O Direito Constitucional da Impunidade Penal

Paulo Augusto Paz Barros[[1]](#footnote-2)

1) INTRODUÇÃO

Desde a antiguidade inúmeros pensadores tentam explicar a natureza social humana, Aristóteles fala em um homem como animal político, sendo, portanto, a sociedade inerente a própria natureza humana. Na idade média, surge São Tomás de Aquino que toma o mesmo sentido ao citar os três motivos excepcionais que levariam o homem à vivência isolada, quais sejam: a *mala fortuna*, *corruptio* *naturae*e *excellentia naturae[[2]](#footnote-3)*. Já no período moderno, em sentido contrário, aduzindo pela formação social a partir de uma vontade direcionada do homem, surgem os contratualistas, entre eles Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, com suas respectivas teorias, quais sejam: o medo, a propriedade privada ou mesmo a própria sobrevivência. Em relação ao Estado, em si, vemos, mais recentemente, pensadores como Pierre Clastres, aduzindo por um nascimento do Estado que se dá, a partir do surgimento do poder nas sociedades primitivas, que seriam, em sua essência, igualitárias. Pierre Clastres quando aduz sobre o papel e a filosofia da chefia indígena nessa sociedade igualitária, preleciona:

Tudo se passa, como efeito, como se essas sociedades constituíssem sua esfera política em função de uma intuição que teria nelas lugar de regra: a saber, que o poder é, em sua essência, coerção; que a atividade unificadora da função política se exerceria, não a partir da estrutura da sociedade e conforme ela; que o poder em sua natureza não é senão um álibi furtivo da natureza em seu poder. Longe, portanto, de nos oferecer a imagem terna de uma incapacidade em resolver a questão do poder político, essas sociedades nos espantam pela sutileza com a qual elas colocaram e regularam. Elas pressentiram muito cedo que a transcendência do poder encerra para o grupo um risco mortal, que o princípio de uma autoridade exterior e criadora de sua própria legalidade é uma contestação da própria cultura; foi a intuição dessa ameaça que determinou a profundidade de sua filosofia política. (CLASTRES, 2012, p. 61).

Vemos, que por mais que sejam distantes as teorias que buscam explicar o modo e o motivo pelo qual nasceram as sociedades e o Estado, pode-se delas extrair um ponto em comum, qual seja, não há sociedade sem direito. Já na Mesopotâmia, há cerca de 1800 a.C., temos o exemplo do Código de Hamurabi, uma das primeiras codificações de leis da humanidade. O Direito Romano, a seu turno, influenciou diretamente o nosso direito pátrio, tal como todos os outros, nasceu pela linguagem oral, vindo a se codificar com a Lei das Doze Tábuas, há 449 a.C.

O que estamos tentando demonstrar aqui é que se o direito é essencial a sociedade e a sociedade é imprescindível ao homem, isso ocorre pelo fato de o homem em sociedade ser potencialmente conflituoso, e a partir daí se fazer necessário o surgimento do direito para o apaziguamento das relações sociais. Nesse ponto, surge também o Direito Penal, onde nos ateremos.

2) DIREITO PENAL

Em seus primórdios, a estrutura social se pautava, talvez ainda se paute, no domínio dos mais poderosos sobre os mais fracos, entretanto, o que muda nas sociedades e em suas épocas, é o conceito de poder.

Em relação à sociedade ocidental, na antiguidade tínhamos o poder atrelado à força física, na idade média ele se perfaz na posse de terras e, desde o surgimento do capitalismo, no dinheiro. De tal forma, que a coercitividade do Direito Penal sempre se prestou a defender o poder e o interesse dos dominantes. Michel Foucault, ao discorrer sobre o caráter público dos suplícios que ocorriam sobre ordens do rei na idade média e moderna, esclarece que eles se consubstanciavam na demonstração do poder do rei, pois segundo o Autor, se o delinquente infringe uma lei, ele vai de encontro ao Estado, logo, se o rei é o estado, ele vai de encontro ao próprio rei. Nesse sentido, a cerimônia do suplício nada mais seria do que a demonstração da força daquele do qual a lei tira o seu fundamento de validade, pois nada melhor do que demonstrar a força sobre o corpo do condenado, local onde a dor e as marcas serão constantemente lembradas por ele e por aqueles que estão ao seu redor.[[3]](#footnote-4)

Assim nasceu o direito penal. Entretanto, com o desenvolvimento da sociedade e, consequentemente, do ideal constitucionalista, o garantismo adentrou a essa seara. Encontramos o exponencial desse desenvolvimento em Cesare Beccaria que ainda no século XVII inovou no ordenamento jurídico, trazendo ao direito criminal vários princípios e ditames que hoje passam a ser fundamento de validade para as vertentes material e processual dessa ciência. Beccaria condena veementemente os suplícios, pois em sua visão o homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz[[4]](#footnote-5), ademais, devido à dor da tortura, até mesmo o inocente gritaria que é culpado, contrariando, assim, toda a finalidade do processo penal[[5]](#footnote-6).

No tocante a duração do processo, ele distingue os crimes hediondos, que englobariam os homicídios, e os não hediondos, no qual inclui os crimes menos graves[[6]](#footnote-7), para aqueles aduz que se deve diminuir o tempo da instrução, prolongando-se o tempo da prescrição, para que, por meio da sentença, tire-se a esperança dos maus da certeza da impunidade. Ao discorrer sobre a inevitabilidade das penas[[7]](#footnote-8), Beccaria assevera que na prevenção dos crimes, a certeza da punição é mais eficaz do que o rigor da pena, e conclui seu livro com o célebre trecho que hoje é adotado em quase todos os ordenamos jurídicos de Estados Democráticos de Direito:

É que para não ser um ato de violência contra o cidadão a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionadas ao delito e determinadas pela lei. (BECCARIA, 1764, pag. 99).

Mais recentemente, surge Luigi Ferrajoli com sua teoria garantista penal, que finca suas bases em dez princípios que fundamentam seu raciocínio, são eles: *Nulla poena sine crimine, Nullum crimen sine lege, Nulla lex sine necessitate, Nulla necessitas sine injuria, Nulla injuria sine actione, Nulla actio sine culpa, Nulla culpa sine judicio, Nullum judicium sine accusatione, Nulla accusatio sine probatione, Nulla probatio sine defensione.[[8]](#footnote-9)*

O direito penal brasileiro - quando falamos em direito penal, entenda o leitor que nos referimos ao seu caráter material e processual – se presta a tutelar, de forma excepcional, os bens jurídicos, escolhidos pelo meio democrático do processo legislativo, mais importantes de nossa sociedade. Destarte, quando um indivíduo afronta à lei penal, surge, devido ao *jus puniendi*, o poder-dever do Estado de aplicar a ele uma pena, que terá duas funções principais: a punição e a prevenção.

Na perspectiva da prevenção, urge dois critérios, a prevenção geral e especial. Àquela que encontra sua origem na própria razão de ser dos suplícios, quando se buscava prevenir o cometimento de crimes por meio da aplicação da pena, implantando-se, no seio social, o temor. A prevenção especial, a seu turno, diz respeito à individualidade do sujeito, quando se almeja tirar do seio da sociedade aqueles indivíduos incapacitados de nela conviver e, simultaneamente, busca-se ressocializá-lo para que ele desista de cometer futuros crimes.

Aqui, importa fazermos nossa primeira crítica. Surpreende a importância que nossa doutrina e jurisprudência têm dado ao caráter ressocializador da pena, olvidando-se de suas outras funções. É cediço que a ressocialização é imprescindível para a estruturação de qualquer ordenamento criminal, mas nosso direito penal só estará apto a cumprir efetivamente o papel para o qual existe, quando a pena for aplicada em sua plenitude, prestando-se a todas as suas funções. Ademais, oblitera-se que a ressocialização, antes de qualquer incentivo estatal, é uma escolha do indivíduo. Nesse sentido, aduz Cesare Lombroso:

Nas pessoas sãs é livre a vontade, como diz a metafísica, mas os atos são determinados por motivos que contrastam com o bem-estar social. Quando surgem, são mais ou menos freados por outros motivos, como o prazer do louvor, o temor da sanção, da infâmia, da igreja, ou da hereditariedade, ou de prudentes hábitos impostos por uma ginástica mental continuada, motivo que não valem mais nos dementes morais ou nos delinquentes natos, que logo caem na reincidência. (Lombroso, 2013, pag. 223).

Desta feita, embora saibamos que a aplicação da pena deva ser fundamentada nos princípios basilares do princípio da dignidade da pessoa humana, olvida-se com frequência que, até mesmo, os melhores sistemas de execução penal não são capazes de ressocializar aquele indivíduo que não tenciona a mudança de caráter.

Outrossim, no tocante a sistemática do ordenamento jurídico, sabe-se que o direito penal, como norma infraconstitucional, tira seu fundamento de validade da Constituição Federal, norma superior, motivo pelo qual, para uma adequada abordagem ao tema, faz-se imprescindível tecer uma breve análise sobre a Teoria do Direito Constitucional e seus pressupostos.

3) DIREITO CONSTITUCIONAL

Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com baraço e pregão seja conduzido pelas ruas publicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Sebolas aonde o Réu teve as suas infames práticas e os mais nos sitios de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infamia deste abominavel Réu. (FROND. RIBEYROLLES, 1859, p. 61).

Como visto, durante séculos as penas se consubstanciaram nos suplícios, o meio de tornar público o poder do estado e infundir o temor nas relações sociais. Entretanto, a experiência histórica tem demonstrado à sociedade os males e arbitrariedades que essa política de poder absoluto dado ao estado pode causar ao povo e ao indivíduo em si. Surge, assim, o Direito Constitucional como forma de garantir a proteção aos direitos individuais do homem e controlar o poder daqueles que o detém.

Proteção essa que se dá contra a própria natureza humana, pois é natural do homem quando se vê afrontado por um de seus semelhantes, ter despertado em seu íntimo os piores desejos e sentimentos. Essa natureza garantista e securitária do Direito Constitucional é comumente celebrada nos manuais da matéria no que pertine à interpretação metafórica da obra de Homero, quando no capítulo XII da Odisseia, o personagem principal Ulisses, em uma viagem de barco, ao saber que passaria próximo a uma ilha de sereias, famosas por seus cantos enfeitiçadores que comumente atraiam os marinheiros e afundavam seus navios, determinou à tripulação que todos se amarassem em um dos mastros do navio, pois caso contrário fatalmente seriam atraídos por seus cantos. Da mesma forma se colocaria o direito constitucional, como um pré-compromisso da sociedade em resguardar seus valores fundamentais em face do instinto inerente a natureza humana, que fatalmente, poderia acabar com nossa sociedade[[9]](#footnote-10). Dessa forma, consubstancia-se um dos pressupostos básicos da teoria constitucional, que é justamente o fato do direito constitucional se perfazer em um ordenamento jurídico que se propõe a garantir direitos e limitar o poder, sendo dotado de hierarquia superior, que, por sua vez, pressupõe um processo de mudanças mais gravoso.

Entretanto, o debate que queremos travar aqui é justamente a respeito do garantismo resultado desse compromisso social, destarte, pedimos *vênia* ao leitor para brevemente fazermos uso de uma linguagem metafórica. É interessante observar que cada sociedade navega em um barco distinto, com proporções próprias. Assim, quanto menor o barco social, mais cuidado a tripulação precisa ter, afinal não adiantaria a tripulação do barco de Ulisses ter dado nós tão fortes a ponto que não pudessem desatá-los, pois, assim, facilmente as sereias ou outros inimigos que os encontrassem durante o seu percurso teriam facilidade para virar o seu barco.

Nesse ponto queremos focar a presente digressão, nos riscos que, mormente no direito penal, o excesso de garantismo por vezes defendidos por alguns setores do direito pode acarretar à nossa sociedade. É interessante observar que o barco da sociedade brasileira ainda é modesto, afinal devido a nossa modernidade tardia, ainda temos muitos problemas sociais e econômicos a combater.

Entretanto, aqui se faz pertinente tecer algumas observações. Acredito veementemente que o direito constitucional e as garantias que dele advém, principalmente no que diz respeito à própria natureza dos direitos fundamentais, são intrínsecos a qualquer sociedade democrática. O que criticamos aqui é, justamente, o excesso e o uso errôneo dos pressupostos constitucionais, que afrontam diretamente, inclusive, os próprios fundamentos dessa ciência. Destarte, para uma melhor compreensão do tema passemos a análise dos pressupostos da teoria do direito constitucional.

3.1) Evolução Histórica do Direito Constitucional

O direito constitucional deve ser compreendido sob duas óticas, quais sejam, a material e a formal. Esta pertinente ao direito positivado que integra o corpo da Constituição, o documento escrito, dotado de máxima hierarquia, que ocupa o ápice de cada respectivo ordenamento jurídico. Hierarquia essa, que está ligada diretamente ao conceito de rigidez, afinal superioridade hierárquica pressupõe um procedimento agravado de mudança, como no caso brasileiro no qual há proscrição de emendas a constituição tendentes a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal, periódico, a separação de poderes e os direitos e garantias individuais, além da necessidade de maioria qualificada para as demais matérias. Ademais, ainda resta as vedações de emendas constitucionais em caso de intervenção federal, estado de defesa e de sítio.

Por sua vez, a base do direito constitucional, sob a ótica material, pode ser entendida como a) as normas que organizam e delimitam o exercício do poder político b) que definem os direitos fundamentais dos indivíduos c) as normas constitucionais programáticas[[10]](#footnote-11). Nesse sentido, urge a máxima acadêmica de que as normas materialmente constitucionais são aquelas que delimitam o poder e garantem direitos.

Outrossim, para se melhor compreender o conteúdo tido como material das normas constitucionais, faz-se necessário tecer uma breve explanação do desenvolvimento do constitucionalismo.

Nesse sentido, sabe-se que o berço do ideal democrático e constitucional se deu em Atenas, historicamente o primeiro grande precedente de limitação ao poder político, afinal na pólis se tinha o “governo de leis, e não de homens”, os, então, cidadãos, por meio das Assembleias que se reuniam nas Ágoras, diretamente comandavam à pólis. Tendo sido esse ideal, ainda, compartilhado por Roma, no qual com a República surgiu a Lei das Doze Tábuas. Luís Roberto Barroso, em seu livro, cita um dos fragmentos dessa Lei, qual seja: “salus populi suprema lex esto” que pode ser entendido como “o bem-estar do povo é o bem-estar supremo”, vislumbrando-se, assim, uma total conformidade com a garantia de direitos do povo.[[11]](#footnote-12) Entretanto é a partir do período compreendido entre o fim da Idade Média e o começo da Idade Moderna é que se surge o pressuposto para o desenvolvimento do constitucionalismo tal como se concebe hoje, ali o poder que até então era descentralizado nas mão dos senhores feudais passa a se centralizar nas mãos do rei, que passa a ser soberano, chegando-se ao ponto de se confundir a pessoa do rei e o estado.

No século X, todavia, começa o declínio do absolutismo, a força política dos barões feudais atrelada ao enfraquecimento político do rei João Sem Terra, vencido na guerra que travava no continente, em especial na Batalha de Bouvines, contra a França, resultaram, em 1215, na assinatura da Magna Carta.[[12]](#footnote-13) Documento esse, que originalmente garantia aos barões direitos relativos à propriedade, à tributação e às liberdades, inclusive religiosa, entretanto devido à amplitude de seus termos, permitiu que assumisse um caráter garantista mais amplo. Nasce, assim, a primeira ideia concreta do que entendemos como Constituição, faz-se pertinente salientar que essa Carta diz respeito justamente aquilo que se entende hoje como o que faz parte do conteúdo material da constituição, que seja, o controle do poder e a garantia de direitos. Entretanto, na Inglaterra, a luta por direitos não findou nessa época. Ora a partir do momento que o povo percebe que o poder estatal existe em razão da sociedade, e não, que a sociedade existe em razão do povo, descobre que não há força maior do que aquela existente na força da união popular.

Assim, percebe-se que na Inglaterra essa realidade se mostrou exemplarmente, a partir da Magna Carta, diversos outros direitos foram fundamentados em outras cartas jurídico-políticas, tais como: a Petição de Direitos de 1628, o Acordo do Povo de 1947, o Instrumento do Povo de 1653, o Ato de Habeas Corpus de 1679, a Declaração de Direitos de 168, o Ato do Parlamento de 1911, o Estatuto de Westminster de 1931, além de diversos outros que formam, até hoje, o que entendemos ser a Constituição Inglesa.

Destarte, a fim de cumprir as finalidades para as quais se propõe o constitucionalismo é porque o colocamos no ápice do ordenamento jurídico, dotado de um procedimento mais gravoso de mudança, expressando seu nítido papel contramajoritário. Assim, como suprassumo dessa natureza, adveio da teoria constitucional a teoria dos direitos fundamentais.

Nesse esteio, Ingo Wolfgang Sarlet preleciona:

O termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. (SARLET, 2013, p. 29).

O professor George Marmelstein vai além, quando assevera:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (MARMELSTEIN, 2013, p. 17).

Outrossim, conceituamos como direito fundamental aquela norma positivada na constituição, que se presta à, de forma excepcional, resguardar a dignidade da pessoa humana e assegurar à limitação do poder.

Acredito sim, que essa conceituação deva se dar de forma excepcional. Afinal, os direitos fundamentais, por serem definidos como cláusula pétrea, normas de aplicabilidade imediata, parâmetro hermenêutico de interpretação conforme, trunfo de minorias sociais e, inclusive, fundamentação axiológica para o ordenamento jurídico, deve ser visto como núcleo essencial da Constituição. Dessa forma, por ser excepcional, caracteriza-se seu papel de núcleo essencial. Entretanto, ao meu ver, a doutrina e a jurisprudência tem tido papel primordial para uma banalização dos direitos fundamentais. Ora, é compreensível porque isso ocorre, afinal se eu tenho um direito, é interesse meu defender que ele faz parte da categoria fundamental, justamente porque se assim eu conseguir convencer o intérprete, ele será amparado por todos aqueles pressupostos visto alhures, nesse caso, dificilmente não teria minha pretensão atendida.

Todavia, entendo que, justamente pela força de suas características, não há como se sustentar qualquer ordenamento jurídico que seja permeado por um número incontável de direitos fundamentais, afinal nesse caso, teríamos frequentemente em nome do princípio da razoabilidade, da inexistência de direitos absolutos e, até mesmo, devido aos choques de direitos, que passariam a ser frequentes, relativizar a teoria do direito fundamental, passando, essa, a ser banalizada.

Destarte, tenho sérias preocupações com a cláusula de abertura dos direitos fundamentais prevista no art. 5º, § 2º da Constituição Federal, *verbis*:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Vejamos o que ensina Ingo Wolfgang Sarlet:

Em primeiro lugar, cumpre referir que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5, §2º da CF aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, **bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição. (**Grifo Nosso) (SARLET, 2013, p. 64).

Outrossim, poderíamos encontrar direitos fundamentais não somente no art. 5º ou, mesmo no título II, da CF, mas, também, em todo o ordenamento jurídico-constitucional, como inclusive, teríamos que aceitar normas fundamentais não escritas, decorrente de princípios. Dessa forma, entendo que no contexto brasileiro, quase todas as normas, mormente as constitucionais, teriam potencial para passarem a ser fundamentais, bastando tão somente uma decisão do judiciário nesse sentido. Aquilo que deveria ser núcleo intangível, trunfo de minorias contra maiorias eventuais, passa a ser banalizado.

4) COMO AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS TÊM SIDO USADAS ERRONEAMENTE.

* Tráfico Privilegiado:

Prelecionava o art. 33 da Lei 11.343/2006, em sua redação originária:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

**§ 1o Nas mesmas penas incorre quem:**

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

...

**§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Grifo Nosso)**

Entretanto, após decisão do Supremo Tribunal Federal em sede do Habes Corpus nº 97.256/RS, que por meio de decisão com eficácia *inter partes* declarou a inconstitucionalidade do trecho que vedava a conversão em penas restritivas de direitos, o Congresso Nacional, por meio da resolução nº 5 de 2012, asseverou em seu art. 1º:

É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

*In casu*, não nos interessa, nesse trabalho, adentrarmos no mérito dessa decisão do Pretório Excelso, mas, tão somente, fazermos uma análise do referido parágrafo. Que, a seu turno, prevê a redução da pena de um sexto a dois terços nos crimes previstos no seu caput e § 1º quando o agente for primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades ou organizações criminosas.

Ocorre que a Lei 11.343/2006 tem como um dos objetivos, reprimir a produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas, além de definir os crimes pertinentes a essas práticas. Ora, a problemática das drogas ilícitas no Brasil assume questão endêmica em nossa sociedade, grande parte das mazelas sociais e, inclusive da atuação do direito penal, seja na proteção ao patrimônio ou à vida, tem se devido ao uso das drogas. Dentro dessa ótica, urge salientar a importância que o direito penal assume em coibir essas práticas.

Todavia, justamente no art. 33 da aludida lei, que trata sobre as modalidades de tráfico de drogas, advém a forma privilegiada, garantindo direito subjetivo à redução de um sexto a dois terços ao traficante que preencher os requisitos elencados no dispositivo. Destarte, preenchendo os aludidos requisitos dificilmente o pequeno traficante ficará preso, devido à atual possibilidade das penas restritivas de direitos, ou por mais que não seja beneficiado com elas, fique tempo suficiente para efetivar o fim a que se destina o direito penal.

O traficante, seja ele pequeno ou grande, presta grande desserviço à sociedade, pois objetivando aferir lucros, através da venda de drogas, tem, em seus atos, grande potencial de destruição da mesma. Ademais, tal redução, devido á proteção insuficiente, potencializa o uso das “mulas” por aqueles que realmente estão no gerenciamento do verdadeiro tráfico de drogas, que movimenta cifras milionárias e domina o poder sócio estatal.

Sob outra ótica, mostra-se de difícil distinção qual o critério que será empregado pelo juiz para a maior ou menor diminuição da pena. Ocorre que, nos termos do critério trifásico adotado por nossa legislação pátria, o intérprete dentro da primeira fase de valoração da pena, adentrará ao mérito do art. 59 do Código Penal, *verbis*:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Ou seja, se na tipificação do crime o juiz enquadrar o fato ao aludido parágrafo, deverá – em nome da coerência – fixar o patamar mínimo legal para o *quantum* da pena. Ademais, por analogia à vedação ao *bis in idem*, não se pode considerar possível que o criminoso venha a ser beneficiado duas vezes pelo mesmo motivo.

Assim, por todo exposto, consideramos que o aludido parágrafo, dentro da sistemática penal, pelo fim ao qual a própria lei tenciona, consubstancia-se como verdadeira norma de proteção insuficiente, que se reveste sob uma roupagem de garantia penal constitucional.

* Crimes de menor potencial ofensivo:

Inicialmente, cabe salientar que reconhecemos o caráter minimalista do direito penal, ou seja, que a punição estatal deve estar voltada, tão somente, para ações que diretamente afrontem os principais bens jurídicos da sociedade, já que para as demais poderão se voltar às outras searas do direito, tal como as medidas cíveis ou administrativas. Nesse sentido assevera o nobre professor Lênio Streck:

Não há dúvidas que as baterias do Direito Penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas preferentemente para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado e para os que violam direitos fundamentais, assim como os crimes que ofendem os bens jurídicos inerentes ao exercício da autoridade do Estado, além de condutas que ferem a dignidade da pessoa humana. (STRECK, 2005, p.178).

Mais a frente continua:

Nesse sentido, não parece razoável supor que delitos como porte ilegal de arma (alterado recentemente pela Lei 10.826), abuso de autoridade, desacato, desobediência, crimes contra crianças e adolescentes, crimes contra a ordem tributária, crimes nas licitações, para citar apenas alguns, possam ser epitetados como de menor potencial ofensivo a partir de uma simples formalidade legislativa. (STRECK, 2005, p. 180)

Entretanto, no que pertine aos bens jurídicos aos quais o *jus puniendi* estatal deve objetivar, não se pode aceitar medidas insuficientes, tal como ocorre com a partir da lei 9099/99.

Preleciona o art. 61 do aludido diploma, a partir da redação dada pela Lei 11.313/06:

Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Destarte, percebe-se que ao se consubstanciar o crime ao caráter de menor potencial ofensivo, o réu terá algumas vantagens tais como a possibilidade de composição cível ou o cumprimento das medidas restritivas de direitos, que muitas vezes resultam no já institucionalizado pagamento de cestas básicas.

Ocorre que ao fixar a lei um critério abstrato para a caracterização da potencialidade ou não ofensiva de uma conduta, não se resguarda em observar a tipificação em si do crime, ocasionando, em muitos casos, verdadeiros absurdos jurídicos, no qual atos que afrontam diretamente os mais importantes bens jurídicos da sociedade, acabam sendo considerados como figuras de menor potencial ofensivo.

Nesse sentido, pode-se citar como exemplo o crime de exposição ou abandono de recém-nascido, previsto no art. 134 do Código Penal, que prevê a pena de seis meses a dois anos, ou mesmo os crimes contra a ordem tributária previstos no art. 2º da Lei 8.137/90, de penas igual as do tipo anterior.

Preleciona Maria Streck:

É quase inacreditável pensar que o legislador escolheu classificar como de baixa lesividade tipos penais como, por exemplo, o do art. 99 da Lei 10.741/03: “expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis , quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado”. (STRECK, 2008, p.138).

Por arremate, não olvidamos a dificuldade existente na definição dos crimes de menor potencial ofensivo, até mesmo, poder-se-á considerar que a problemática aqui explanada urge a partir de uma baixa penalização atribuída a diversos tipos penais, nascendo, assim, uma necessidade de verdadeira reforma penal, ou nos termos propostos por Maria Streck e pelo Professor Lênio, para uma resposta mais célere, uma declaração de nulidade parcial do texto, sem redução, tão somente, no que tange às hipóteses de infração penais que violem direitos fundamentais e, consequentemente, não possam ser classificadas como de menor potencial ofensivo.

5) CONCLUSÃO

Não podemos nos ater a ilusão de que encontraremos no Direito Penal a solução dos males sociais, afinal nem mesmo o Estado, por si, tem essa capacidade. Entretanto, há uma necessidade de que o Estado alcance, através da educação, do esporte, da saúde e de políticas públicas inclusivas, todas as camadas sociais, a fim de verdadeiramente efetivarmos no Brasil uma democracia material, na qual a sociedade possa viver, ao menos, pautando-se sobre o sentido do mínimo existencial imprescindível ao estado democrático.

Ocorre, que a efetivação desses pressupostos que são, sim, legítimos e urgentes, não pode se prestar a afastar a aplicação do direito penal, nos estritos termos de sua teoria.

Não se pode olvidar que o direito constitucional e, consequentemente, o surgimento de seus pressupostos garantistas são intrínsecos a aplicação do direito penal, em qualquer democracia. Todavia, urge uma necessidade de equilíbrio, que, muitas vezes, é esquecida. Não corroboramos com o estado meramente penalista, tão pouco, com as teses que se aproximam do abolicionismo.

Assim, qualquer garantismo que constitua óbice à efetivação dos fins ao qual o direito penal se presta, consubstanciar-se-á exagero. Neste posto, reside nossa crítica.

É cediço que no Brasil, nosso sistema carcerário é composto, em caráter iminentemente majoritário, por homens, jovens, negros ou pardos e pobres. Nesse sentido:

Dados do conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária apontam que: 2/3 da população carcerária são negros e mulatos, 76% são analfabetos ou semialfabetizados, 95% são absolutamente pobres, 98% não tem condições de contratar um advogado e 72% dos processos criminais são por roubo e furto. (SICA, 2011, p.51).

A partir do exposto, poder-se-ia chegar a uma conclusão determinista de que esse seria o perfil do criminoso nato. Todavia, com essa assertiva não podemos corroborar. Afinal, o desvio, que por vezes, acarreta o crime, faz parte da natureza humana, que, por sua vez, constantemente os barra através dos freios que ao decorrer da construção de nossa personalidade adquirimos. Dessa forma, como característica universal há de se encontrar criminosos em todos os grupos e camadas sociais.

Se hoje o nosso sistema carcerário assume esse perfil, a nosso sentir, mostra-se outra prova da problemática endêmica sobre a qual estamos a discorrer. Assim, fica preso tão somente o “pobre, o preto e a prostituta”, ou seja, aqueles que não têm condições de arcar com uma defesa processual qualificada e, assim, poder-se beneficiar do garantismo.

Vemos que a corrupção é um dos maiores problemas que nossa sociedade enfrenta hoje, perpetrada pelos conhecidos crimes de colarinho branco. Entretanto, justamente por seus agentes serem, em regra, políticos, juízes, ou seja, indivíduos das altas classes sociais, a sociedade dificilmente vislumbra através do judiciário uma resposta eficiente e proporcional à potencialidade de suas condutas.

Ante o exposto, percebemos que para o efetivo crescimento de nosso país e para a aplicação justa do direito, faz-se imprescindível que o Direito Penal passe por uma restruturação que se mostra necessária e urgente, que deverá ocorrer antes mesmos das leis, junto ao intérprete penalista.

6) Bibliografia Consultada:

1. MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do Direito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
2. CLASTRES, Pierre. A Sociedade Contra o Estado. 3.ed. São Paulo: Cosac Naify, 2012.
3. PINTO, Agerson Tabosa. Teoria geral do estado. 1. ed. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2002.
4. FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. 40. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.
5. BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1999.

1. FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
2. LOMBROSO, Cesare. O Homem Delinquente. 2. ed. São Paulo: Cone Editora, 2013.
3. FROND, Victor; RIBEYROLLES, Charles. La Conspiration dês Mines (Tira-dentes). 1. ed. Brazil Pittoresco,1859.
4. SARMENTO, Daniel. Os Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
5. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
6. CAETANO, Marcello. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Almedina, 2006.
7. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos direitos fundamentais. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
8. MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
9. BRASIL. Constituição de 5 de outubro de 1988.
10. BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.
11. BRASIL. Senado Federal. Resolução nº 5, de 15 de fevereiro de 2012.
12. BRASIL. Código Penal. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.
13. STRECK. Lênio. A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade: Da Proibição de Excesso (ÜBERMASSVERBOT) à Proibição de Proteção Deficiente (UNTERMASSVERBOT) ou de Como Não Há Blindagem Contra Normas Penais Inconstitucionais. **Revista da AJURIS,** Rio Grande do Sul, v. 32, n. 97, p. 172-201, Março, 2005.
14. BRASIL. Lei nº 11.313 de 28 junho de 2006.
15. STRECK. Maria Luiza. O Direito Penal e o Princípio da Proibição de Proteção Deficiente: A Face Oculta da Proteção dos Direitos Fundamentais. 2008. 161. Dissertação de Mestrado - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008.

21) SICA, Leonardo. Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

1. Graduando – Faculdade 7 de Setembro. Estagiário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará – Gabinete da Desembargadora Maria Gladys Lima Vieira. Estagiário do Departamento de Polícia Federal – Delegacia de Combate à Corrupção e Crimes Financeiros. Monitor da Disciplina de Direito Constitucional II – Orientador: Professor George Marmelstein Lima. Monitor da Disciplina de Direito Constitucional I – Orientador: Professor Jânio Nunes Vidal. [↑](#footnote-ref-2)
2. Que correspondem, respectivamente, a alguma espécie de infortúnio da vida, problema físico e a busca de aperfeiçoamento espiritual. [↑](#footnote-ref-3)
3. FOUCALT, Michel. Vigiar e Punir, p. 50. [↑](#footnote-ref-4)
4. BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas, p. 34. [↑](#footnote-ref-5)
5. BECCARIA. p. 37. [↑](#footnote-ref-6)
6. BECCARIA. p. 41. [↑](#footnote-ref-7)
7. BECCARIA. p. 59. [↑](#footnote-ref-8)
8. FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão, p. 74-75. [↑](#footnote-ref-9)
9. SARMENTO, Daniel. Os Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p.7. [↑](#footnote-ref-10)
10. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, p. 223. [↑](#footnote-ref-11)
11. BARROSO, p. 29. [↑](#footnote-ref-12)
12. CAETANO, Marcelo. Direito Constitucional, p. 68. [↑](#footnote-ref-13)