

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FERNANDA GUERRA DRUMMOND

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO: UMA
ANÁLISE EXPLICATIVA SOB O ENFOQUE DO PORTE ILEGAL DE ARMA DE
FOGO**

**Curitiba
2010**

FERNANDA GUERRA DRUMMOND

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO: UMA
ANÁLISE EXPLICATIVA SOB O ENFOQUE DO PORTE ILEGAL DE ARMA DE
FOGO**

**Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Centro de Ciências Jurídicas
da Universidade Federal do Paraná –
UFPR -, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Professora Doutora Clara
Roman Borges**

**Curitiba
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA GUERRA DRUMMOND

A DESCRIMINALIZAÇÃO DOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO: UMA ANÁLISE EXPLICATIVA SOB O ENFOQUE DO PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito no Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Professora Doutora Clara Roman Borges

Departamento de Direito Penal e Direito Processual Penal

Professor Mestre André Ribeiro Giamberardino

Departamento de Direito Penal e Direito Processual Penal

**Professor Mestre Francisco de Assis do Rego Monteiro
Rocha Jr.**

Professor das Faculdades Integradas do Brasil.
Departamento de Direito Penal e Direito Processual Penal

Curitiba, _/ _/ _

Dedico esse trabalho aos meus pais, a minha irmã, e aos meus amigos; pessoas estas constantemente presentes, inspirando-me mediante palavras de afeto e harmonia.

Agradeço, em especial, a Laís de Souza, ao Bruno Marcel e a Renata Lais Crema – grandes companheiros - que, com grande sabedoria, acalmaram-me nos momentos de desespero, do mesmo modo como compartilharam instantes de êxito, sempre me direcionando ao melhor caminho, com carinho e paciência.

RESUMO

A presente monografia contesta a criminalização das figuras delitivas de perigo abstrato, utilizadas hodiernamente como instrumento de ampliação do poder punitivo do Estado, através do incremento da máquina legislativa, marginalizando e excluindo a população subalterna mediante a tipificação de comportamentos que nem ao menos ensejam lesão a bens jurídicos tutelados pela norma. Para tal, na finalidade de expressar com clareza o ponto de vista ora defendido, restou exemplificada a incongruência do atual sistema penal face à ostentação do crime de porte ilegal de arma de fogo, conduta esta responsável por mover em demasia a máquina judiciária.

Palavras-chave: perigo abstrato; poder punitivo; repreensão social; prevenção; lesividade; porte ilegal de arma de fogo; descriminalização.

ABSTRACT

This paper challenges the criminalization of criminal violations of abstract danger, in our times used as a tool for expanding the punitive power of the state, through increasing the legislative machine, marginalizing and excluding the subordinate population by typing behavior that does not even damage the following may legally protected by the standard. Thus, for the purpose of expressing clearly the point of view also, left exemplified the inconsistency of the current criminal justice system by the ostentation of the crime of illegal possession of a firearm, conduct this move too responsible for the judicial machinery.

Keywords: abstract danger; punitive power; rebuke social; prevention; harmfulness; illegal possession of firearm; decriminalization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I. A EVOLUÇÃO DO PODER DE PUNIR	11
1. A PUNIÇÃO NO MEDIEVO E SUA TRANSFORMAÇÃO EM DECORRÊNCIA DO ESTADO MODERNO.....	11
2. REPRIMENDAS DO ESTADO MODERNO À CONTEMPORANEIDADE	17
3. DO ESTADO SOCIAL AO NEOLIBERALISMO: AS CONSEQUÊNCIAS DE UM DIREITO PENAL À MERCÊ DO PODER LEGISLATIVO	28
CAPÍTULO II. DO APRIMORAMENTO DAS REPRIMENDAS: CRIAÇÃO DOS TIPOS PENAIS DE PERIGO	35
1. DOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO: A PRÁTICA DO <i>MINORITY REPORT</i>	45
2. DA AUSÊNCIA DE VÍTIMA FÍSICA NOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO	54
3. DA ATIPICIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO FRENTE A VERTENTE RESTRITIVA DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE CLAUS ROXIN.....	60
4. DO DESCUMPRIMENTO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL: PROPORCIONALIDADE E OFENSIVIDADE.....	65
CAPÍTULO III. DO TIPO PENAL DESCRITO NO ARTIGO 14 E ART. 16, INCISO IV, DA LEI N.º 10.826 DE 2003 (PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO)	71
1. A CONDENAÇÃO MEDIANTE AUSÊNCIA DE LESÃO E COMO A MÍDIA PERPASSA A IDÉIA DE IDONEIDADE DESSA PUNIÇÃO.....	71
A) O PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÃO	71
B) O EFEITO DELETÉRIO DISSEMINADO PELA MÍDIA	75
2. A SELETIVIDADE DO PODER PUNITIVO: "INOCUIZAÇÃO" DOS MARGINALIZADOS SOB EXTREMADA VIOLÊNCIA.....	80
3. DA ATIPICIDADE DOS CRIMES DE MERA CONDUTA EM DEFESA DO DIREITO PENAL COMO <i>ULTIMA RATIO</i>	85
CONSIDERAÇÕES FINAIS	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	95

INTRODUÇÃO

Observando-se a atuação do hodierno poder de punir, podemos constatar restá-lo desvirtuado de seus objetivos pretéritos.

Em sabendo ter o Direito Penal se instituído com o fulcro de substituir as relações diretas entre o suposto ofensor e a vítima, de modo a estabelecer e remeter à esfera pública um sistema repressivo (leia-se: repressor), o qual outrora detinha cunho privatístico entre os relacionados com o injusto perpetrado, cabe a seguinte indagação: Onde se sustentam as bases para uma excessiva criminalização, com conseqüente tipificação de condutas que sequer vitimizam outrem?

Desse modo, o que o presente trabalho pretendeu elucidar é que, como diversos fatores sociais e políticos, as questões propostas delineiam-se ao longo da história dos homens e de suas pretensões sociais e políticas – e não, necessariamente, na busca do bem-estar da população.

Logo, para se compreender a tipificação dos delitos de perigo abstrato, bem como defender com veemência sua descriminalização, realizou o presente trabalho, preliminarmente, uma abordagem histórica, explicitando, desde o medievo, quais os comportamentos considerados lesivos à ordem, aos costumes e à moral, bem como os meios e os propósitos para a aplicação de uma reprimenda.

Por conseguinte, intentou-se demonstrar a inadequação desta modalidade delitiva, que, ironicamente, acaba por transgredir o próprio substrato do sistema penal, indo de encontro aos princípios que o delineiam, e ao seu próprio objetivo: qual seja uma utilização última quando nenhum outro meio denotar-se apto a repreender um comportamento indesejado, por de fato lesionar um bem jurídico tutelado pela norma.

A partir do exposto, pretendeu-se ressaltar que o incremento legislativo, sob a exorbitante elaboração de leis especiais, maximizando em demasia o Direito Penal, detém como intento-maior uma inocuização da população já marginalizada, a qual, inclusive, manipulada pelos meios de comunicação e desprovidas de oportunidade para escolarização, pleiteia um enrijecimento do poder criminal, sob uma falsa crença na implementação da seguridade social.

Importante destacar que tal crença abrange todas as classes da população, que, induzidas a um medo excessivo ostentado pela mídia, responsável por retratar

uma realidade minuciosamente escolhida, deixam de questionar o porquê da atual estrutura repressiva e carcerária, acreditando consistir o sistema contemporâneo no único meio existente e eficaz para combater uma criminalidade que ele próprio proporciona.

Por derradeiro, insta salientar que para melhor elucidação do conteúdo exposto, utilizou-se da figura delitiva do porte ilegal de arma de fogo para melhor análise dos crimes de perigo abstrato, de modo que o entendimento das idéias ora propostas não se denotasse vago e, ironicamente, abstrato.

Mencionada escolha deveu-se às intrínsecas características do artefato, entendido sempre, em sua maioria, como um objeto de destruição e de emprego restrito à ofensa a outrem.

Logo, com a demonstração da incongruência da criminalização deste comportamento, ambiciona-se a aceitação da inadequação frente à ilicitude das demais espécies de delitos de mera conduta, disseminando-se o entendimento da imprescindível descriminalização destes tipos penais.

Pois bem. Qual, então, o supedâneo para a tipificação de condutas cuja lesividade apresente-se inexistente? E, em havendo prescrição legal para os comportamentos de homicídio, lesão corporal, estupro, roubo e disparo de arma de fogo, onde se sustentaria a criminalização do mero porte do objeto?

Ora, de onde adveio necessidade tão extreme de punir?

É o que se pretende explanar – e, conseqüentemente, desmistificar.

CAPÍTULO I

A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PUNIR

1. A PUNIÇÃO NO MEDIEVO E SUA TRANSFORMAÇÃO EM DECORRÊNCIA DO ESTADO MODERNO

*“Dentre tantas modificações, atendo-me a uma: o desaparecimento dos suplícios.”
(Michel Foucault)¹*

Consoante se depreende do desenrolar histórico europeu, verifica-se que os limites do poder punitivo, delineando os primórdios de um direito penal, detiveram ampla variação, sobretudo em vistas do desenvolvimento econômico,² elemento este determinante para a formação da ideologia punitiva.

Frente ao aludido, os modos repressivos serão aqui destacados a partir do período concebido historicamente como Idade Média, consistindo, à época, na fixação de fianças ou penas corporais, primando-se, no início de dita era, pela reprimenda de cunho indenizatório.³

Isto porque, face à ausência de um Estado forte e unificado – haja vista a segregação da população em feudos, instituindo relações de suserania, vassalagem e servidão - havia certa dificuldade na imposição e cumprimento de penas institucionalizadas, razão pela qual o sistema repressor, se assim podemos dizê-lo, subsumia-se a uma ordem de cunho privado.⁴

Ademais, a penalidade por fianças colaborava para a manutenção do *status quo*, porquanto eram calculadas frente ao poder econômico de cada indivíduo, de

¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. 2001, p. 11-12.

² “Os diferentes sistemas penais e suas variações estão intimamente relacionados às fases do desenvolvimento econômico.”. KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 23.

³ “Indenização (*penance*) e fiança foram os métodos de punição preferidos na Idade Média. Eles foram sendo gradativamente substituídos por um duro sistema de punição corporal que, por sua vez, abriu caminho para o aprisionamento, em torno do século XVII.”. KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.*, p. 23.

⁴ “O período de vingança privada é o sistema utilizado pelos povos primitivos e neles o destino do criminoso fica à sorte da vontade da vítima ou de familiares. Não há um poder central forte e atuante que reprima as transgressões aos costumes. A vingança privada consiste em um poder e um dever que o ofendido e seus familiares têm de punir o criminoso, com fundamento em base moral e religiosa, possuindo caráter divino.”. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. 2004, p. 28.

modo a manter as classes, já estamentais, ainda mais fixas, bem como públicas e notórias, enraizando-se o sistema e os ideais de submissão da população carente, portanto servil (e praticamente escrava), na mentalidade da sociedade vigente.

Todavia, mesmo havendo expressa preferência por mencionada modalidade punitiva, utilizavam-se das reprimendas corporais quando percebida a inadimplência das fianças, ocorrendo, porém, timidamente, e ainda com escassa crueldade (quadro este que se altera radicalmente).

Ato contínuo, na transição da Alta para a Baixa Idade Média, iniciou-se a ruína do sistema feudal, com um êxodo rural que permeou os séculos XIV e XV, decorrente da insuficiência do modo rudimentar de cultivo da terra, bem como da disseminação da peste negra, o que culminou em um incremento da pobreza e da violência – cuja qual, inclusive, consiste em um estímulo à existência social.⁵

Em resposta, embora as penas indenizatórias permanecessem vigentes, o uso das reprimendas corporais foi intensificado,⁶ haja vista o baixo poder econômico em que os “transgressores” do convívio social se encontravam, face às deletérias condições de vida oferecidas no período vergastado.

Nessa esteira, insurgiu-se Michel Foucault, com sua célebre obra *Vigiar e Punir*, explicitando referido momento histórico através da denominada “ostentação dos suplícios”, expressão esta que além de compreendida em âmbito jurídico, deveria sê-la em seu viés político -⁷ posto formas de repreensão decorrerem imediatamente das intenções da classe dominante – consistindo a “arte” do suplício em uma resposta quantitativa à transgressão da ordem efetuada, mensurando-se,

⁵ TAVARES, Juarez. Reflexões sobre a relação “Violência e Criminalidade”. **Direito Penal no Terceiro Milênio**: Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. 2008, p. 343-353.

⁶ “Na baixa Idade Média, a população dispersa em terras desocupadas, com uma economia agrária de subsistência auto-suficiente, em que todos produzem seus meios de consumo, a criminalidade se limita a violências pessoais e sexuais: o sistema penal de multas e penitências da ideologia religiosa, complementado pela vingança privada – na verdade, o principal desestimulante do crime -, corresponde ao nível de desenvolvimento das relações sociais de produção. Na alta Idade Média, a economia agrária feudal separa ricos (senhores feudais, clero etc.) e pobres (camponeses e artesãos), conhece os fenômenos das guerras camponesas, dos bandos de despreocupados sem meios de subsistência e da criminalidade generalizada, em especial patrimonial: o sistema penal desse estágio de desenvolvimento adota penas atrozes (descritas com riquezas de detalhes por Foucault) e extingue as inúteis penas de multa, porque os condenados não têm como pagar.”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2006, p. 65-66.

⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Nascimento da Prisão. 2001, p. 41.

para tal, além da prática combativa, as condições econômicas do agressor frente às condições financeiras das vítimas lesionadas.⁸

Obviamente que quando praticados tipos considerados lesivos à ordem, portanto analisados sob a ótica criminal, em sendo tais atos perpetrados pelo clero e nobreza, diminuta consistia a cominação de reprimendas, uma vez que, para estes indivíduos, até a pena de morte poderia ser investivada, e, conseqüentemente, não fixada.⁹

Assim, para a aplicação destas retribuições e “correções”, na estipulação do *quantum* de brutalidade a ser empregado ou do valor a ser cobrado (caso ostentasse elevada posição na casta), tanto a infração quanto a pessoa do infrator eram analisados,¹⁰ principalmente tendo-se em vista tal época versar sobre a implementação dos Tribunais de Inquisição, notórios pela expiação, suplícios¹¹ e sofrimentos perpetrados.

Nesta época, expandiram-se igreja e doutrina católica como cerne da estrutura medieval, unificadoras de um novo tipo de civilização insurgente, a partir do denominado Direito Canônico. Este, se por um lado oferecia o perdão aos castigos, como renúncia às ideologias do acusado, de outro apenas o fazia como modo de manutenção e auto-alimentação do sistema, implantando métodos categoricamente cruéis aos que despossuídos fossem.

Assim, além de um tímido funcionamento de um Estado unificado, vigia a estrutura inquisitorial de punição, a qual desprivilegiava os infratores frente à

⁸ “O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento. Mas não é só: esta produção é regulada. O suplício faz correlacionar o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social de suas vítimas.”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Nascimento da Prisão. 2001, p. 31.

⁹ “Quando se trata de uma questão de danos à propriedade praticados por algum membro das classes dominantes, a concepção legal não é tão severa. Um conjunto de leis e práticas judiciais tão antigas quanto a *Clagspiegel* estabelece que devem ser feitas negociações no sentido de se chegar a acordo em casos criminais, inclusive para aqueles que prevêm pena de morte.”. FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 32.

¹⁰ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 23-26

¹¹ “O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento. Mas não é só: esta produção é regulada. O suplício faz correlacionar o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social de suas vítimas.”. FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 31.

nobreza e à Igreja, desconsiderando quaisquer direitos ou mesmo a dignidade dos sobreviventes daquela época.¹²

Pois bem. A título de exemplificação, vale ressaltar que a “positivação” do sistema inquisitorial decorreu das Bulas Papais, em especial da Bula *Ad Aextirpanda* (1252), bem como do *Diretorum Inquisitorum* (1376) e *Malleus Maleficarum* (1489), que consistiam em manuais facilitadores da implantação do sistema, dispondo sobre os procedimentos para denunciar, prender, torturar e executar os delatados.¹³

Cabe destacar que nesse período as denúncias concebiam-se vagas e secretas e a prisão consistia na regra, o que gerava tamanho pânico na população, que deveria desconfiar de tudo e de todos na tentativa de evitar sua presença nos Tribunais da Inquisição, onde de tudo fariam em uma incansável busca pela verdade material (leia-se: uma verdade consonante ao interesse do clerical).¹⁴

Desse modo, aprimoraram-se os instrumentos de tortura outrora utilizados (especialmente no período da Roma Imperial), criminalizando tanto os delitos comuns, como a modalidade pelo sistema criada, consistente nos crimes de heresia (pecado), apta a condenar os que intentassem contra a igreja católica, questionando ou desrespeitando seus dogmas.

Há, portanto, a formação de quadros mentais paranóicos¹⁵ na manutenção de um estado policialesco, onde o réu *longe de ser percebido como sujeito, é tratado*

¹² “No sistema inquisitivo, ao contrário, são essas as regras capitais: a) concentração das funções processuais no órgão judiciário, de forma a tornar este o acusador principal e também juiz da própria acusação; b) restrição dos direitos da defesa, com o encargo ao juiz de suprir a atividade do réu, conforme o princípio de CARPSOVIO, de que *judex supplere debet defensiones rei ex officio*; c) supressão do contraditório; d) instrução judicial inquisitiva com atribuição ao juiz, do dever ‘de reunir, por sua própria atividade, o material do litígio’; e) impulso processual *ex officio*.”. MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. 1997, p. 23.

¹³ CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p. 57-58.

¹⁴ “A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na *gestão da prova*, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que ‘a vantagem (aparentemente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos factos – de *todos* os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na ‘acusação’ -, dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases.”. COUTINHO, Jacinto Miranda (coordenador). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. 2001, p. 24.

¹⁵ Remete a expressão em apreço ao modo como julgavam os magistrados no medievo, perquirido-se o imputado sempre em busca da declaração de sua culpa. Tenta-se enquadrar o sujeito como autor do fato criminoso, fazendo com que a própria persecução penal perdesse seu objeto, pois existia apenas como forma de justificar a reprimenda que desde sempre se encontrava decidida. Explicação retirada do site *Paraná online*, em matéria intitulada *Os 20 anos da Constituição e o Processo Penal*.

como objeto de investigação e de intervenção: o imputado detém com exclusividade a verdade histórica (material).¹⁶

Dito isto, pode-se observar como o direito penal, desde o medievo, restou instituído como modalidade de controle social -¹⁷ fenômeno igualmente concebido, por Juarez Cirino dos Santos, pelo vocábulo “dominação” - consistindo em ferramenta essencial à classe dominante, hábil a inocuizar os despossuídos ou “desviantes”, conforme desejado, entendimento este em consonância com o que preceituou o doutrinador ora citado, quando em defesa à Criminologia Radical¹⁸.

Aos poucos, mudanças começaram a ocorrer, até porque os senhores feudais nada tinham que não irrisória produção de alimentos, ao passo que o poder econômico, então importante mediante as feiras e o comércio nascentes - mormente com o início da era das navegações, ensejando a descoberta e a mercantilização de especiarias -¹⁹ representado pela burguesia, parecia imprescindível para a não estagnação das relações sociais.

Logo, passou o Rei a necessitar do apoio desta nova classe, com conseqüente cooptação de verbas e manutenção do poder, pois, desprivilegiando o grupo emergente, a contestação de seus privilégios, mediante revoltas e rebeliões, consistiria em reação imediata.

Cabe destacar o fenômeno ocorrido principalmente na Inglaterra, denominado *enclosures*, onde camponeses detiveram suas terras produtivas desapropriadas para a realização dos denominados cercamentos, visando a criação de ovelhas para a posterior venda de lã pelos burgueses, o que demonstra que, por determinado período, houve uma corrida pela acumulação de riquezas por vias

¹⁶ CARVALHO, Salo. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p p. 61.

¹⁷ “O Direito, como relação social objetiva, realiza funções ideológicas *aparentes* de proteção da igualdade e da liberdade e funções reais *ocultas* de instituição e reprodução das relações sociais de produção: a desigualdade das relações de classes (exploração) e a coação das relações econômicas (dominação) é o conteúdo instituído e reproduzido pela forma livre e igual do Direito.”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2006, p. 129.

¹⁸ “A pesquisa histórica mostra que a aplicação das normas criminais depende da posição de classe do acusado, uma *variável independente* que minimiza ou cancela princípios da hermenêutica ou de dogmática jurídica, instituindo um autêntico *direito penal do autor*: indivíduos pertencentes aos grupos marginalizados do mercado de trabalho reúnem as maiores probabilidades de criminalização.”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, p. 45-46.

¹⁹ “Uma única bolsa de pimenta valia, na Idade Média, mais do que a vida de um homem, mas o ouro e a prata eram as chaves que o Renascimento empregava para abrir.”. GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**. Estudos latino americano. p. 12.

mercantis, relegando-se a produção de alimentos, ensejando maior fome às populações subalternas.

A propósito, mediante tal engenho, essa fase ficou conhecida como um tripé entre as facetas do poder, onde nobreza e burguesia deveriam apoiar o rei, desde que o mesmo lhes conferisse benefícios, atendendo o pedido de ambas as categoria destoantes, o que, por óbvio, não pode ser mantido por tempo excessivo.²⁰

Com o tempo, a partir do fúnebre período conhecido pela disseminação da fome, da peste e das guerras – vale citar a Guerra dos Trinta anos -, haja vista o desmantelamento do sistema feudal, insuficiente para o abastecimento de produtos alimentícios à população, e frente às rudimentares técnicas de cultivo, sempre voltadas por uma subsistência, somado à ascensão da classe mercantil, sedenta por maiores riquezas, impulsionaram-se as emigrações, no intuito de descoberta de novas regiões, nascendo-se, portanto, as relações entre colônias e suas metrópoles:²¹ inicia-se a busca do ouro, da prata e de especiarias.²²

Em decorrência dos fatos supra, a mão de obra tornou-se escassa. Em um ambiente em que milhares de pessoas morriam em virtude de doenças ou mediante guerra, restando ausentes as desbravadoras de novos lugares, havia poucos indivíduos disponíveis a ocupar os postos de trabalho.²³

Em virtude do desespero a permear os proprietários de empreendimentos mercantis, cujos quais proporcionavam uma demanda além do contingente humano apto a trabalhar, detendo gastos elevados frente aos lucros auferidos, frente o

²⁰ <http://www.colegioweb.com.br/historia/idade-media1.html>

²¹ “Os Reis Católicos de Espanha decidiram financiar a aventura do acesso direto às fontes, para se libertarem da onerosa cadeia de intermediários e revendedores que açambarcavam o comércio das especiarias e plantas tropicais, as musselinas e as armas brancas, provenientes de misteriosas regiões do oriente. O desejo de metais preciosos, meio de pagamento para o tráfico comercial, impulsionou também a travessia dos mares malditos. A Europa inteira necessitava de prata: os filões da Boémia, Saxônia e Tirol já estavam quase exaustos.”. BEAUD, Michel. **História do Capitalismo: de 1500 aos nossos dias**. 1987, p. 10.

²² “A pimenta, o gengibre, o cravo, a noz-moscada e a canela eram tão cobiçados como o sal para conservar a carne no inverno, sem que se apodrecesse ou perdesse o sabor.”. BEAUD, Michel. *Op. cit.*, p. 10.

²³ “De la Court, amigo de Spinosa, pintou um quadro vivo da Holanda, onde uma tal escassez de força de trabalho estrangeira obrigava os proprietários a pagar salários tão altos que seu nível de vida acabava por ser inferior ao se deus próprios trabalhadores. (...). Queixas semelhantes podem ser ouvidas na Alemanha, em função da destruição causada pela Guerra dos Trinta Anos. Frequentemente havia uma tamanha falta de mão-de-obra qualificada que algumas empresas foram forçadas a fechar suas portas. KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 45.

elevado preço da mão de obra, “os capitalistas foram obrigados a apelar ao Estado para garantir a redução dos salários e a produtividade do capital.”²⁴

Inicia-se, pois, declaradamente, a época dos Estados Modernos, característicos por uma forte centralização do poder e incentivo às práticas mercantis, responsáveis por enriquecer a minoria dominante, e explorar a maioria despossuída, obrigada a trabalhar a custos alheios, formando, já, um exército de mão de obra.²⁵

Apenas como um adendo, em que pese a observância da profunda alteração das estruturas sociais, havia a convivência de um antigo regime com um sistema econômico insurgente, deixando a sociedade de conceber-se como estamental, porém ainda guardando suas particularidades ideológicas, políticas e estruturais.

Destarte, com a saída para as navegações, conhecimentos de metais, novas técnicas comerciais, a estrutura feudal foi restando absolutamente desmantelada, dando-se início a um absolutismo desenfreado, com suas bases ideológicas fundadas em um humanismo emergente.

2. REPRIMENDAS DO ESTADO MODERNO À CONTEMPORANEIDADE

“A base da teoria de Liszt é de que a pena é, na sua origem, uma reação cega da sociedade primitiva às perturbações externas das condições de vida, sem qualquer finalidade ou intenção.” (Andrei Zenkner Schmidt)²⁶

O Estado Moderno surge em meio a embates ideológicos e políticas – leia-se: disputas pelo poder - entre a burguesia, nascida a partir da Baixa Idade Média, e as elevadas castas estamentais (clero e nobreza). Desse modo, frente à existência de antigos privilégios conferidos aos nobres, destaca-se que a falta de exausta regulamentação da vida social e econômica os beneficiava, fenômeno este estendido à Igreja católica e, obviamente, à realeza.

²⁴ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.*, p. 47.

²⁵ http://www.colegioweb.com.br/historia/idade-media1.html_2

²⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner. O Papel da Criminologia na Ciência Penal Contemporânea. **Direito Penal no Terceiro Milênio**. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. 2008, p. 237.

Assim, incrementou-se por parte da classe mercantil a pressão por uma intensa produção legislativa, almejando o desmantelamento de regalias entre os antigos donos de terra,²⁷ bem como uma regulamentação criminal – denominada, por Alessandro Baratta, como “etiquetamento” -,²⁸ com aplicação de reprimendas cruéis, como método considerado eficaz para o resguardo da riqueza que possuíam.

Não obstante, além dos problemas acima elucubrados, outras medidas pleiteadas consistiam no estabelecimento pelo Estado de condições favoráveis ao exercício comercial, o qual não encontrava expansão à época face ao pequeno exército de trabalhadores, conforme alhures deduzido.

Ademais, cabe salientar que a escassez de mão-de-obra ocorria não apenas nos meios comerciais, mas também os campos de batalhas. Isto porque, em face aos altos valores oferecidos para o labor, poucos se ofereciam ao corpo de combate.

Conseqüentemente, com o escopo de estabilizar o sistema mercantil, houve incentivo estatal ao aumento das taxas de natalidade.²⁹ E, como solução o problema do contingente bélico, houve obrigação do ingresso de determinados indivíduos, recrutamento os homens considerados criminosos, de modo a instituir a mão de obra necessária.³⁰ Neste momento, a constrição da liberdade demonstrava-se deveras interessante em detrimento às fianças e penas corporais, outrora aplicadas.

²⁷ “Na França, também, foi a burguesia quem sempre tentou obter da Coroa uma intensificação do sistema de repressão. Desde 1353 ela protestava contra o excessivo uso da prerrogativa real do perdão. Em 1576, nos Estados Gerais de Blois, o Terceiro Estado [burguesia] reivindicou não somente maiores garantias nos procedimentos em relação aos seus membros mas também mais energia na perseguição de assassinos e ladrões.”. KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 33.

²⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2002, p. 49.

²⁹ “Na Inglaterra, , diz Pribram, os Stuarts favoreceram as festividades populares do *May Day*, com todo seu divertimento bucólico e hilariedade, pois a consequência era o crescimento da população. (...). Em 1746, o clero prussiano foi proibido de punir as mães solteiras. O objetivo dessa medida era reduzir o número de infanticídios. Em 1747, promulgou-se um decreto contra o costumeiro ao de luto para as viúvas. Os éditos de Frederico II da Prússia, de 17 de agosto de 1756 e de 8 de fevereiro de 1765, proibiam considerar as mães solteiras como sem reputação e as medidas relacionadas à moralidade pública foram abolidas.”. BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* p. 50.

³⁰ “A escassez dos homens tornou-se tão séria que o exército foi reforçado por criminosos. Nas grandes guerras que a Inglaterra travou com a França e com a Espanha durante o último quartel do século XVIII, era difícil achar soldados e marinheiros suficientes por um simples processo de alistamento, convocação ou importação. Juízes e carcereiros eram consultados sobre a adequação dos condenados para o serviço militar, e o critério de qualificação era físico e não moral.”. BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 51.

Logo, verifica-se que ao instituírem-se os sistemas dos cárceres, o intuito primeiro consistiu simplesmente numa inocuização de determinados indivíduos, para que os mesmos estivessem obrigados a servir ao Estado conforme seu interesse, sem liberdade qualquer de escolha, conforme bem disciplinou o doutrinador Cirino dos Santos, em sua obra *A Criminologia Radical*.³¹

Destarte, em contrapartida ao que sustentam diversos doutrinadores, dentre eles Frederico Marques,³² as prisões não surgiram com o objetivo primário de prezar pela adequação do condenado à sociedade, para que a ela retornasse, após o mal perpetrado ter a ele sido retornado, prevenindo novas práticas delitivas pelo mesmo e demais que assistiram sua punição.

Assim, segundo salientado por Kirchheimer e Rusche,³³ as prisões, tanto no fim do medievo quanto nos primórdios da modernidade, detinham por intento unicamente prender os homens, porém não puni-los.

Sobre tal, seguem os ensinamentos de Alessandro Baratta:³⁴

“Segundo as teorias psicanalistas da sociedade punitiva, a reação penal ao comportamento delituoso não tem a função de eliminar ou circunscrever a criminalidade, mas corresponde a mecanismos psicológicos em face dos quais o desvio criminalizado aparece como necessário e ineliminável da sociedade.”.

Com efeito, o que ocorreu foi uma porvindoura explicação ao fenômeno punitivo naturalmente ocorrido por meio do cárcere, concebendo-se elevada importância ao posteriormente denominado *fato punível*³⁵ para o sistema penal em sua totalidade, sob expressão das exprimindo das denominadas prevenção especial

³¹ “As contradições entre as classes na formação social vinculam o controle do crime às relações de produção na estrutura econômica, determinando a ligação da criminologia com a economia, e de ambas com a política, evitando a distorção positiva que separa a estrutura econômica das superestruturas jurídicas e políticas do Estado, mistificando o conjunto das relações sociais.”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2006, p. 125.

³² MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. 1997.

³³ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 94.

³⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 2002, p. 50.

³⁵ “A teoria do fato punível é o segmento principal da dogmática penal, o sistema de conceitos construído para descrever o ser do Direito Penal, esse setor do ordenamento jurídico que institui a política criminal – *rectius*, política penal – do Estado, como programa oficial de retribuição e de prevenção do crime.”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte geral**. 2007, p. 71.

e geral,³⁶ retribuição do mal ocasionado³⁷ e ressocialização do indivíduo infrator (ainda que de conhecimento geral e assentido de que o cárcere tão-somente deteriora as condições físicas, psíquicas e sociais dos criminalizados).³⁸

Retomando, anteriormente ao disseminado sobre as questões de prevenção geral e especial, retribuição do mal perpetrado e ressocialização, havia interesses egoísticos pela repreensão, sendo o modo carcerário uma alternativa satisfatória aos detentores do poder, os quais seriam “senhores” dos condenados, cuja força de trabalho seria explorada segundo necessário.

Sobre o exposto, vale citar o seguinte excerto:

“O processo de criminalização, nos componentes de produção e de aplicação de normas penais, protege seletivamente os interesses das classes dominantes, pré-seleciona os indivíduos estigmatizáveis distribuídos pelas classes e categorias sociais subalternas e, portanto, administra a punição pela posição de classe do autor, a *variável independente* que determina a *imunidade* das elites de poder econômico e político e a *repressão* das massas miserabilizadas e sem poder das periferias urbanas, especialmente as camadas marginalizadas do mercado de trabalho, complementada pelas *variáveis intervenientes* da posição precária do mercado de trabalho e da subsocialização – fenômeno definido como administração diferencial da criminalidade.”.

Ato contínuo, não bastasse a ânsia por soldados, combatentes de guerra, a instalação de indústrias e fábricas -³⁹ característica primordial do século XVII -

³⁶ “É, portanto, na iminência e consolidação do Estado social que se potencializa e se redimensiona a idéia liberal de segurança e nascem as contemporâneas noções de prevenção – ‘(...) *atitude colectiva, racional e voluntarista que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e gravidade de um risco*’³⁶ – que balizarão as formas jurídicas do século XX e XXI” - CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p. 85.

³⁷ “Se existisse, com uma segurança acima de qualquer dúvida, uma justificação suficiente do poder penal do Estado através da necessidade de a pena garantir a manutenção da ordem jurídica e através da sua idoneidade para a persecução desse fim, com ela desapareceria todo o fundamento para reconduzir a pena a um princípio metafísico... Com a missão da pena, apareceria a actuação sobre o delinquente, adequada às peculiaridades do mesmo. Desse modo, a idéia de prevenção especial passava para um plano cimeiro, sem no entanto deixar de lado a idéia de prevenção geral, e à pena retributiva opunha-se a pena protectora ou a pena orientada para os fins”. ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 1986.

³⁸ O termo criminalizado é utilizado por Salo de Carvalho de modo proposital, esclarecendo que tal circunstância é tomada por um momento, concernente ao que a sociedade imputa como crime, e até mesmo como sendo uma resposta do desrespeito social para com o cidadão, assim “aliciado” a quebrar os padrões para garantir sobrevivência digna. O erro na utilização do termo “criminoso” encontra-se no próprio carácter determinista da expressão, ilidindo a idéia de ser esta uma característica intrínseca à pessoa, como se uma moléstia fosse.

³⁹ “A fábrica, instituição das relações de produção, realiza um conteúdo de permanente expropriação de *mais-valia* (exploração), sob a forma de constante compra e venda da força de trabalho (contrato): as relações de classes nos processos produtivos são o ponto de incidência, o centro de convergência

igualmente exigia uma reserva de força de trabalho,⁴⁰ hesitada por grande parte dos empregados frente às deletérias condições em que seriam submetidos, expostos a exorbitantes jornadas de trabalho, bem como condições laborais absolutamente insalubres.⁴¹

Isto porque, se antes a burguesia deveria oferecer altos soldos para a aquisição de mão de obra, com o apoio real, regulamentando o que fosse de seu interesse econômico, passou a determinar a instauração e manutenção de uma população paupérrima, regulando-se uma baixíssima remuneração aos trabalhos a serem desempenhados.⁴²

Por conseguinte, como outrora demonstrado no presente, em detendo as estruturas econômicas – o mercantilismo -⁴³ e políticas problemas com as classes subalternas, interveio o Estado diretamente na vida dos cidadãos, obrigando-os a desempenharem as funções latentes, frente a mandamentos e punições, conforme elucubrado pelos decretos franceses, os quais, em tal período, por exemplo, proibiam a emigração de trabalhadores, sob pena de seqüestro de seus bens.⁴⁴

Não bastasse, crianças eram retiradas dos orfanatos para desempenharem o labor, detendo uma educação unicamente voltada à mentalidade do trabalho fabril, na finalidade de auxílio da família (ideologia difundida à época – labor como obrigação).⁴⁵

e o objetivo real das instituições e mecanismos de controle social.”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2006, p. 130.

⁴⁰ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 53-58.

⁴¹ <http://www.colegioweb.com.br/historia/revolucao-industrial.html>

⁴² “Inicialmente, dar ou receber salários maiores do que aqueles estabelecidos pelos juizes de paz foi considerado um crime punível por encarceramento, e os processos judiciais mostram que esta lei não foi letra morta.”. KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.*, p. 129.

⁴³ “No mercantilismo, que perpassa o escravismo, o modo de produção asiático e alcança o feudalismo, a base da troca da troca de mercadorias desenvolveu o dinheiro – uma das formas de representar o capital -, que servia principalmente para a operação ‘*comprar para vender; a fim de revender: D-M-D!*’(MANDEL, 2006, p. 34, grifo do autor), em que só há sentido comprar para revender por um valor maior que o de início.”. HOLANDA, Antonio César. **Expropriação do trabalho e escolarização do cortador de cana em Alagoas**. 2009, p. 18.

⁴⁴ “A emigração de trabalhadores era vigorosamente proibida pelo Estado. Um decreto francês de 1669 estabelecia o seqüestro e o confisco de propriedade do trabalhador emigrante, e um último decreto de 1682 ia mais longe, introduzindo a pena de morte aos emigrantes e aprisionamento ao incitamento à emigração.”. KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.*, p. 54.

⁴⁵ “O ponto alto de qualquer boa educação era treinar crianças para a indústria. (...). Os teóricos defendiam vigorosamente o trabalho de crianças, dizendo que era o melhor caminho para mantê-las

Países recrutavam asilados políticos, mendigos, como forma de incrementar a produção, sempre defendendo a existência de um Estado com população miserável, vez que, quão maior a necessidade, incrementada é a venda da força de trabalho por mínimos preços, supostamente aumentando a produção.⁴⁶

Todavia, tal recrutamento de trabalhadores nem sempre se denotou suficiente, o que é demonstrado na Inglaterra no reinado de Elizabeth,⁴⁷ com a instituição de trabalhos forçados, ocorrendo a denominada expropriação do trabalhador.⁴⁸

Em mencionado país, vale mencionar que o estatuto de 1547 determinava a escravidão dos vagabundos que se recusassem a trabalhar, sendo entregues como escravos por 2 anos, e, se reincidentes, por uma vida toda, ou condenados à pena de morte se incorressem no erro por uma terceira vez. Nesta época, na França, obras públicas eram incentivadas, empregando-se a mão de obra desses denominados vagabundos.⁴⁹

Nesse passo, a necessidade do trabalho também era disseminada através das religiões, detendo determinados países rompido com as doutrinas católicas, as

longe do mal, ao mesmo tempo em que as ensinava a ajudar os pais financeiramente.”. KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.*, p. 57.

⁴⁶ “(...) são as relações entre as classes sociais no mercado de trabalho que explicam a generalização da prisão como método de controle e disciplina das relações de produção (fábrica) e de distribuição (mercado) da sociedade capitalista, com o objetivo de formar um novo tipo humano, a *força de trabalho* necessária e adequada ao aparelho produtivo.”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2006, p. 63.

⁴⁷ “Como exemplo da influência do protestantismo burguês na origem do capitalismo, proprietários de terras e arrendatários de terra se reuniram, na época do reinado de Elizabeth, para aprofundar leis específicas de criminalização da pobreza, fruto da expropriação dos trabalhadores. Determinava-se, por exemplo, a construção de prisões para os pobres expropriados, negando-se assistência àqueles que resistissem e obrigando ao trabalho aqueles que forem presos.”. HOLANDA, Antonio César. **Expropriação do trabalho e escolarização do cortador de cana em Alagoas**. Dissertação de Mestrado – setor de educação, Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2009. p. 22.

⁴⁸ Cabe destacar, nesta toada, os pensamentos de Karl Marx, que, consoante sustentado por Eugenio Zaffaroni, desde sempre ensejou um discurso deslegitimante: “Embora Marx não tenha analisado com profundidade o sistema penal, ao qual foram dedicados escassos e dispersos parágrafos, sujeitos a interpretações muito controvertidas, considerava, obviamente, que para tanto seria necessário deslegitimar todo o direito, especialmente o direito penal, relegando-o à categoria de ‘superestrutura ideológica.’”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 1999, p. 51.

⁴⁹ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 65.

quais pregavam caridade indiscriminada,⁵⁰ oportunidade em que surgiram o protestantismo, cujo ícone representa-se em Martim Lutero, bem como o presbiterianismo, tendo como representante João Calvino, instituidor do conhecido Calvinismo.⁵¹

Com a mendicância criminalizada, conforme expressamente ocorreu via estatuto de Nuremberg,⁵² diferenciava-se a “*mendicância apta ao trabalho, que comporia um sistema racional de bem-estar social, e mendicância não apta para o trabalho, sujeita a uma política criminal.*”⁵³

Cabe salientar que esta reforma religiosa, que propagava o trabalho como meio de salvação, fez com que certos países se destacassem nas práticas mercantis e fabris, legando às antigas potências – Veneza e Flandres, onde haviam as antigas feiras medievais – espaço às novas regiões colonizadoras, valendo ressaltar, nos primórdios, a Inglaterra, Holanda, França, Portugal e Espanha.

Obviamente que tais procedimentos não ocorreram de modo pacífico, sendo a Europa palco de cruéis perseguições religiosas, tanto entre católicos, protestantes e calvinistas, quanto entre os insurgentes teóricos do humanismo, os quais pregavam a razão a frente dos dogmas, questionando-os, valendo-se citar os grandes nomes da época: Giordano Bruno, Galileu Galilei, Copérnico, dentre outros.⁵⁴

Entretanto, somada à emblemática e a constante ausência de mão-de-obra satisfatória, a mendicância aumentou ainda mais, fato este que, ao invés de agradar os proprietários e comerciantes, gerou elevada instabilidade e descontentamento social, dando origem à bestialidade, tanto por parte dos opressores quanto dos oprimidos.

⁵⁰ “O princípio religioso que sustentava a ajuda a mendigos aptos para o trabalho parecia ser tão estúpido à sobriedade calvinista quanto a idéia de varrê-los da face da terra.”. KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 63/64.

⁵¹ “A ética comercial tipicamente calvinista fortaleceu-se, encorajando, a um só tempo, a realização de grandes negócios e a renúncia pessoal.”. KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.*, p. 62.

⁵² <http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf>

⁵³ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.*, p. 64.

⁵⁴ “Giordano Bruno, v.g., foi morto porque afirmava que o Sol era apenas mais uma estrela do céu, isto é, segundo ele, haveria outras estrelas. Galileu Galilei, em razão de suas descobertas científicas, foi condenado à prisão domiciliar e a afirmar que estava errado em suas constatações.”. BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: Um Estudo sobre os Preconceitos**. 2008, p. 97.

A propósito, salienta-se que, conforme exaustivamente demonstrado, a pobreza desenfreada decorreu da própria política econômica intencionalmente empregada à época, inicialmente primando por uma população deveras carente, assim solícita aos encargos empregatícios.

Porém, o a miséria tornou-se feroz e descontrolada, fazendo com que as esferas de sociais dominantes, como reação e tentativa de controlar a população, equivocadamente embruteassem o sistema penal, gerando um ciclo vicioso de punição – fenômeno este fortemente observado nos dias atuais.

Com efeito, não obstante o aumento da violência entre os setores que compunham o proletariado, bem como o embrutecimento das leis criminais frente a tais classes subalternas (mormente no tocante a crimes patrimoniais) - fatos ocorridos nos séculos XIV e XV –, especialmente verificados nas regiões da Itália, de Flandres e da Alemanha, o sistema misto de aplicação de reprimendas, consistentes em fiança e punição corporal, não havia sido extinto em sua completude, todavia manejados com maior clareza frente aos indivíduos em que eram aplicadas.⁵⁵

Destaca-se que até o século XVIII, funcionava o cárcere como o adequado abrigo de um infrator, lá retido até que findo seu julgamento, para assim saber qual seria o seu destino, excepcionalmente funcionando como método de punição (prisão decretada após sentença).⁵⁶

No entanto, como o poder de punir apresentava novas facetas quando a estrutura econômica se alterava, o mesmo ocorreu aos métodos de combate às infrações penais com o incremento da produção burguesa – criação das máquinas a vapor, dando início à Revolução Industrial, proveniente da Inglaterra no século XVIII -, desvinculando-se da sujeição Real e seu aparato absolutista.⁵⁷

⁵⁵ “Variações no tratamento de categorias diferentes de delitos e delinquentes tornam-se mais pronunciadas.”. KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 31

⁵⁶ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.* p. 95.

⁵⁷ Massimo Pavarini assevera que o objetivo primordial do encarceramento, portanto, consistiu na transformação do criminoso em proletário, assim tornando-o útil ao sistema vigente, de modo a ceder sua força de trabalho mediante a ideologia de uma sociedade industrial. “Daí a dimensão real da ‘intervenção penitenciária’: o ‘cárcere como máquina’ capaz de transformar – depois de atenta observação do fenômeno desviante (leia-se, o cárcere como lugar privilegiado da observação criminal) – o criminoso violento, agitado, impulsivo (sujeito real) em detido (sujeito ideal), em sujeito disciplinado, em sujeito mecânico. Em síntese, uma função não apenas ideológica, mas também atipicamente econômica. Em outras palavras, a produção de sujeitos para uma sociedade industrial, isto é, a produção de *proletários* a partir de presos forçados a aprender a disciplina da fábrica.”.

Da insurgência dessas mudanças na estrutura social, novas correntes doutrinárias surgiram, instaurando-se a denominada era das luzes,⁵⁸ onde, por meio da razão, argüiram-se os preceitos de igualdade, fraternidade e liberdade,⁵⁹ ratificando os anseios da classe econômica dominante. Um marco para época consistiu na defesa dos denominados Direitos Humanos, concretizados a partir da Revolução Francesa, em 1789.

Tais concepções detiveram direta influência nos pensamentos sobre o sistema penal, o qual entrou em foco ante as atrocidades reinantes no período, valendo citar, nesta toada, o trabalho de Montesquieu mediante obra intitulada *Cartas Persas*, questionadora da forma como a justiça criminal era concebida e realizada, que em nada possuía correlações diretas entre o crime e punição.⁶⁰

Zaffaroni bem sustenta esta posição, sob a assertiva de que, a época, deixava o discurso jurídico penal de se basear em dados concretos da realidade social, fazendo-o por meio de ficções e metáforas com o escopo de garantir o interesse das minorias.⁶¹

Outro marco consistiu na obra de Cesare Beccaria, intitulada *Dos Delitos e das Penas*, a qual, ainda que timidamente, pregava que o caráter penal deveria consistir na prevenção de novos delitos, porém jamais em um simples modo retributivo, condenando, portanto, o sistema vigente.⁶²

Desse modo, com o ingresso dos ideais iluministas, inteligentemente utilizados pela classe econômica dominante, pugnou a burguesia pela redução dos poderes do Estado frente aos cidadãos, sob o falacioso discurso de contenção dos

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica** – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). 2006, p. 211.

⁵⁸ “Mas o Século das Luzes – século XVIII – não encontra precedentes no sentido de disseminação de valores de respeito aos direitos humanos. (...). O mundo ocidental será influenciado pelo pensamento de filósofos como Rousseau, Voltaire, Diderot, Montesquieu e Marat.”. BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: Um Estudo sobre os Preconceitos**. 2008, p. 97-98.

⁵⁹ “É o marco inicial das gerações ou dimensões dos direitos humanos, enunciados no lema Liberdade, Igualdade e Fraternidade.”. BACILA, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 98.

⁶⁰ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 109.

⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 1999, p. 48.

⁶² “A repressão que pretende valer-se por si é opressão. Como tal, incontrolável geradora de ofensas a bens jurídicos essenciais e, por isso, não defende a sociedade. Antes, é fator de desestabilização e destruição.” BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e Das Penas**. 2005, p. 54.

abusos provenientes da justiça criminal, assim requerendo a criação de leis que determinassem as medidas a serem aplicadas, bem como os motivos para sua incidência nos comportamentos considerados desviantes.⁶³

Logo, tem-se o *desaparecimento dos suplícios*, tão ostentado por Foucault. Entretanto, este fato, embora aparentemente benévolo, não deixou de ser vergastado, sendo o fenômeno visto por alguns como uma exacerbada *humanização*. Assim, deixa-se o meio físico como modo predominante de punição - o que não necessariamente ensejaria menos dor.⁶⁴

Nesse passo, atesta-se a conformação dos primórdios de um sistema penal tal qual conhecemos, tendo, neste período, sido sorrateiramente introduzidos os ideais sobre os princípios da reserva legal, da irretroatividade da lei penal, da proporcionalidade, tendo extrema importância nesta área, conforme já mencionados, os pensadores Beccaria e Montesquieu.⁶⁵

Todavia, em que pesem as alterações decorrentes do período, sustentam Rusche e Kirchheimer que não obstante a justiça criminal absolutista tivesse sofrido forte oposição ante a ausência de prefixação de mandamentos, nada se objetou a respeito do cárcere como técnica punitiva,⁶⁶ defendido, inclusive, pelo Marquês de Beccaria, desde que graduado o mal perpetrado face à reprimenda imposta.⁶⁷

Sobre o descompasso entre as práticas efetuadas e sua conseqüente repreensão, o autor supracitado pleiteava a mescla a constrição da liberdade com o

⁶³ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 110.

⁶⁴ “Dentre tantas modificações, atenho-me a uma: o desaparecimento dos suplícios. Hoje existe a tendência de desconsiderá-lo; talvez, em seu tempo, tal desaparecimento tenha sido visto com muita superficialidade ou com exagerada ênfase como ‘humanização’ que autorizava a não analisá-lo. De qualquer forma, qual é sua importância, comparando-o às grandes transformações institucionais, com códigos explícitos e gerais, com regras unificadas de procedimento; o júri adotado quase em toda parte, a definição do caráter essencialmente corretivo da pena, e essa tendência que se vem acentuando sempre mais desde o século XIX a modular os castigos segundo os indivíduos culpados? Punições menos diretamente físicas, uma certa discricção na arte de fazer sofrer, um arranjo se sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação, merecerá tudo isso acaso um tratamento à parte, sendo apenas o efeito sem dúvida de novos arranjos com mais profundidade? No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal.”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Nascimento da Prisão. 2001. p. 11-12.

⁶⁵ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.*, p. 110-112.

⁶⁶ “onde quer que a oposição política ao absolutismo condenasse a justiça penal, posto que não era governada por leis prefixadas, o uso do encarceramento não sofreu objeções.”. KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.*, p. 110

⁶⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e Das Penas**. 2005, p. 35.

a reprimenda pecuniária, exemplificando que enquanto o roubo com violência ensinaria o cárcere como punição, não poderia o roubo simples sê-lo assim repreendido, porquanto, em se havendo lesado apenas o patrimônio alheio, que apenas isto fosse retirado do condenado.⁶⁸

Contudo, a burguesia entendia de modo diverso. Como seu sustentáculo consistia na riqueza, portanto patrimônios, os delitos que envolvessem ofensa a esses bens jurídicos fatalmente incorreriam em penas graves, valendo, pois, ressaltar o asseverado por Rusche e Kirchheimer:

“A privação da liberdade é considerada o resultado natural para a ofensa à propriedade, ou seja, a propriedade e a liberdade pessoal têm valor igual.”⁶⁹

Deste então, os grandes teóricos da época, com destaque aos já mencionados, somados a Voltaire e Marat,⁷⁰ denunciavam o conteúdo das leis, visivelmente direcionado às camadas subalternas, sem que os ricos e poderosos sofressem quaisquer repreensões por parte do novel direito penal.⁷¹

Não obstante, alguns benefícios foram auferidos à população de modo igualitário, como, por exemplo, a instauração de um processo penal misto ou acusatório,⁷² a prática dos júris, julgamentos públicos, proteção contra encarceramento ilegítimo, livre arbítrio para constituição de advogado, produção de provas, supressão das torturas, etc., o que foi concretizado com a Revolução Francesa de 1789.⁷³

⁶⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e Das Penas**. 2005, p. 87.

⁶⁹ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 113.

⁷⁰ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.*, p. 115-122.

⁷¹ “O que são estas leis que eu devo respeitar, que fazem a diferença entre um homem rico e eu ser tão grande? (...) Quem fez estas leis? O homem rico e o grande que nunca se dignaram a visitar uma cabana miserável de um pobre. (...) Vamos quebrar esses vínculos fatais para a maior parte da humanidade, e apenas úteis para uns poucos tiranos!”. BECCARIA, Cesare. *Op. cit.*, p. 110.

⁷² CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p. 117.

⁷³ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.*, p. 116-117.

3. DO ESTADO SOCIAL AO NEOLIBERALISMO: AS CONSEQUÊNCIAS DE UM DIREITO PENAL À MERCÊ DO PODER LEGISLATIVO

“A *proteção do bem jurídico* torna-se, no direito penal moderno, de um conceito negativo para um conceito positivo da incriminação.”. (Winfried Hassemer)⁷⁴

Os resultados de aumento populacional, tão almejados pela burguesia mercantilista, conforme alhures deduzido, vieram a lume no final do século XVIII e início do século XIX,⁷⁵ gerando demasiado contingente para o labor, oportunidade em que a sociedade não deteve capacidade para acompanhar dito crescimento, ocasionando crescente desemprego, péssimas condições às classes subalternas, e, por conseguinte, o incremento da criminalidade.⁷⁶

Após a primeira Revolução Industrial, instaurou-se o caos por completo na justiça criminal.⁷⁷ Com o aumento da população, bem como ausência de capacidade de alocação do novo contingente de trabalhadores, a violência foi deveras incrementada, elevando-se o número de condenações, principalmente no tocantes a delitos patrimoniais.

Como consequência, pugnou a população por um embrutecimento das leis penais, reintroduzindo-se as reprimendas degradantes⁷⁸ – acoites, marcas de ferro, dentre outros -, como forma de aterrorizar as pessoas para que não atentassem contra o mandamentos estatais, e retribuísse ao transgressor o mal perpetrado.⁷⁹

⁷⁴ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. 2007. p. 194.

⁷⁵ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 126.

⁷⁶ “Entretanto, uma vez que o mercado de trabalho estava saturado, os trabalhadores foram mais oprimidos que nunca e os salários baixaram. Marshall observa que nesse período a classe trabalhadora caiu na maior miséria que já havia sofrido, pelo menos desde o início de produção de dados confiáveis na história social inglesa.”. KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.*, p. 117.

⁷⁷ “O agravamento da luta pela sobrevivência pôs o nível de vida da classe trabalhadora num patamar incrivelmente baixo. Na Inglaterra, o maior grau de pauperização ocorreu entre 1780 e 1830.”. KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.*, p. 136.

⁷⁸ “O açoite, a vara, o pelourinho (*pillory*), a marca do ferro quente e o confinamento com privações foram restaurados de forma a controlar o número crescente de salteadores e ladrões.”. KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.*, p. 141.

⁷⁹ “Estudiosos da teoria penal conservadores estabeleceram com satisfação que o princípio da justiça retributiva estava começando a surtir um efeito salutar no sistema penal.”. KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.*, p. 140.

A propósito, seguem tabelas demonstrativas da instabilidade do sistema criminal no período:

QUADRO 1. Furtos em Londres, 1821-27

ANOS	TOTAL DE CONDENAÇÕES	CONDENAÇÕES POR FURTO
1.821	8.788	6.629
1.822	8.209	6.424
1.823	8.204	6.452
1.824	9.452	7.550
1.825	9.964	8.011
1.826	11.095	8.962
1.827	12.564	9.803

Fonte: C. Lucas. *Du système pénitentiaire en Europe et aux États-Unis*, I, p. 53.⁸⁰

QUADRO 2. Condenações em Assizes e Quarter Sessions, 1805-33

ANOS	CONDENAÇÕES
1.805-6	2.649
1.807-9	2.843
1.810-12	3.411
1.813-15	4.443
1.816-18	7.937
1.819-21	9.205
1.822-24	8.613
1.825-27	11.212
1.828-30	12.596
1.831-33	14.408

Fonte: E. Ducpetiaux. *Statistique comparée de la criminalité (Bruxelas, 1835)*, p.41.⁸¹

QUADRO 3. Furtos na França, 1825-42.

ANO	TOTAL DE CONDENAÇÕES	CONDENAÇÃO POR FURTO
1.825	35.214	7.132
1.828	41.120	9.400
1.832	45.431	13.463
1.836	54.976	14.601
1.842	72.490	1842

Fonte: Compilada do anuário *Compte general de l'administration de La justice criminelle*.⁸²

⁸⁰ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 137.

⁸¹ *Ídem*, p. 138.

⁸² *Ídem*.

Com efeito, cabe ressaltar que mencionado caráter retribucionista da pena pautou-se, inclusive, nos ideais de Kant, o qual pregava a igualdade no tratamento do criminoso mediante o detrato social por ele praticado.⁸³ Assim, em uma era iluminista, onde todos deveriam ser iguais, semelhante deveria ser o tratamento para com eles, quando o mal causassem.

Por conseguinte, mediante os anseios da população que, em decorrência do incremento da criminalidade, pleiteava o embrutecimento legal, aumentaram-se as prisões nos cárceres. E, não bastasse, além da liberdade de locomoção constrangida, impunham aos prisioneiros deletérias condições de vida: má alimentação, higiene precária, celas superpovoadas.⁸⁴

Entendiam que as condições carcerárias deveriam ser piores que a realidade do indivíduo em liberdade. Assim, o trabalho nas prisões, além de obrigatório, deveria ser vexatório. Não poderiam exercer atividades que ensejassem, para que sofressem um castigo em decorrência das infrações cometidas.⁸⁵

Com o passar do tempo, a situação estabilizou-se, melhorando a estrutura econômica das classes subalternas, o que ficou demonstrado pela acentuada diminuição de condenações nesta época - argumento este hábil a demonstrar a direta proporcionalidade entre as práticas delitivas e as circunstâncias sociais.

Este período restou demarcado pelos pensamentos de Enrico Ferri, Francesco Carrara e Liszt, questionadores do antigo determinismo, assim pregando a reforma no sistema penal, de modo a afastar o caráter retributivo das reprimendas. Como exemplo, Von Liszt rechaçava as pequenas reprimendas, afirmando que os condenados deveriam ser reeducados a viver em sociedade, ao invés de serem tratados como aprendizes para o crime.⁸⁶

Assim, os reformadores pleiteavam uma independência do judiciário, detendo por função a escoreita aplicação da lei, bem como o uso de um processo

⁸³ “Aliás, vem de Kant esse princípio de igualdade no pagar o mal com o mal como fundamento válido da justiça penal.”. CALHAU, Lélío Braga. **O sistema Criminal brasileiro**. Vitimologia no Terceiro Milênio. 2004, p. 64.

⁸⁴ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 146-154.

⁸⁵ “O trabalho na prisão agora passou a ser visto como um fator outorgado ao prisioneiro [mais uma forma de punição], que era deliberadamente mantido em níveis de vida abaixo do mínimo. Este rebaixamento do nível de vida permanece um dos princípios norteadores da prática criminal francesa até os dias de hoje.”. KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.*, p. 120.

⁸⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2002, p. 36.

penal adequado para a persecução dos delitos praticados, bem como concessão de penas equivalentes.⁸⁷ O crime passaria a ser concebido como um fato social, como devidamente compreendido por Émile Durkheim, e não mais como uma anomalia.

Desse modo, ainda que frente ao descaso dos detentores do poder quanto ao tratamento mais benéfico à população carente e aos encarcerados - haja vista a definitiva instalação da burguesia, não mais temerosa em temer a perda de espaço – o íterim entre os anos 1880 e 1930 foi demarcado por uma expressiva diminuição de condenações (exceto na Itália), com introdução de penas alternativas (cumprimento da pena em liberdade, de forma assistida) e fianças.⁸⁸

Frente à estabilidade econômica reinante no momento, havia findado a necessidade do trabalho dos presidiários como forma de retorno financeiro ao Estado. Logo, colocaram-nos no campo para que desenvolvessem atividades produtivas como pena alternativa, fato este que, embora de notório avanço social (assim como a instituição da progressão de regime),⁸⁹ reduziu a possibilidade de inserção dos infratores à sociedade, em virtude da perda de capacidade técnica.

Nesta toada, problemas empregatícios aos ex-presidiários foram observados, uma vez que a iniciativa pública negava-lhes a concessão de empregos, fazendo-o ante o do risco por eles supostamente representado e mediante a ausência de capacidade técnica, posto que alheios ao mercado de trabalho. Assim, deveria o Estado concedê-los oportunidade.⁹⁰

Todavia, com a primeira Guerra Mundial, novamente o cárcere europeu passou a compor uma forte empresa estatal, que, solicitando embrutecimento das leis, sob os mais diversos delitos, incrementou as condenações em busca de material humano, utilizando-se dos condenados em campos de batalha – quando as penas apresentavam-se mais brandas -, ou mesmo de forma interna, para a produção de material bélico.⁹¹

⁸⁷ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 197-198.

⁸⁸ *Idem.*, p. 201-220.

⁸⁹ *Idem.*, p. 210-215.

⁹⁰ *Idem.*, p. 219.

⁹¹ “ As próprias prisões tornaram-se importantes empresas do governo, usando ao máximo a força de trabalho disponível. Os comissários de prisão ingleses, no relatório anual que fechava em 31 de março de 1919, informaram que ‘a fabricação de material bélico continuou a empregar todo interno disponível, e o resultado tem sido satisfatório apesar das dificuldades experimentadas em obter

Finda a guerra, as condições sociais e financeiras da população decaíram, principalmente nos países da Europa Oriental, o que cominou no aumento dos delitos contra o patrimônio, reação esta estabilizada por meados de 1923, voltando a decair com a depressão instaurada pela quebra da Bolsa de Valores de Nova York, em 1930.⁹²

Mas, vale aqui destacar o exemplo da Alemanha, que, conforme salientado por Rusche e Kirchheimer,⁹³ ainda que vencida no combate, sofrendo os mais devastadores efeitos do mencionado confronto, elevando em demasia a pobreza, fome e índices de delinqüência, consistiu no local de maior progresso da escola reformista, demonstrando claramente que o embrutecimento das penas para a contingência criminosa resta inútil, em oposição ao resultado mediante o incremento das condições sociais e carcerárias.

A propósito:

“A observação da íntima relação entre crime e condições socioeconômicas ensina àqueles que lidam com o problema que é inútil lutar contra o crime introduzindo penas mais duras. (...). A par de considerações puramente práticas de que a reabilitação do criminoso economiza verbas públicas, a teoria da responsabilidade da sociedade pelo crime e a crença na possibilidade do progresso humano e no dever da sociedade como um todo nessa missão estavam de pleno acordo com o espírito dos partidos políticos dominantes na Alemanha de Weimar.”⁹⁴

Entretanto, em que pese o relativo sucesso supra descrito, bem como a ampla aceitação das teorias reformistas nos demais países, a situação carcerária no restante da Europa regrediu, o que se denotou nítido frente às superpopulações amontoadas em celas apartadas, declínio das condições básicas de higiene, dentre outros.⁹⁵

Com a guerra também foram observadas a emergência dos ideais preventivos, passando a ser arguida desde 1914, por Exner, a existência “*perigos da*

matérias-primas, a remessa da produção sob encomenda foi feita em quase todos os casos dentro do prazo limite requerido pelas diversas repartições governamentais.”. KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p 221-222.

⁹² KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.*, p. 223.

⁹³ *Idem.*, p. 224-226.

⁹⁴ *Idem.*, p. 225.

⁹⁵ *Idem.*, p. 226.

periculosidade".⁹⁶ Logo, a partir da dialética da modernidade, determinou-se uma excessiva proteção aos bens jurídicos, cuja prevenção, no entendimento de Hassemer, denotava-se orientada pelas conseqüências.⁹⁷

É a partir desse momento que se inicia a corrida legislativa, ainda tímida, à tipificação de novos comportamentos concebidos como perturbadores da tranquilidade social, haja vista desconstituir-se o Estado de sua liberalidade, iniciado, após 1930, sua característica intervencionista – o Estado Social – instituindo garantias oriundas do Estado-Providência.⁹⁸

É, portanto, na iminência e consolidação do Estado social que se potencializa e se redimensiona a idéia liberal de segurança e intensificam-se as contemporâneas noções de prevenção – '(...) *atitude colectiva, racional e voluntarista que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e gravidade de um risco*'⁹⁹ – que balizarão as formas jurídicas do século XX e XXI.¹⁰⁰

Consequentemente, o próprio intento grandioso do novo modelo intervencionista culminou em sua ruína, frente sua natural impossibilidade de cumprir as diversas promessas oriundas desse Estado de Bem-estar Social.¹⁰¹ Ademais, restou evidenciada uma supremacia das garantias mercadológicas em detrimento às circunstâncias sociais da população, mentalidade inerente às minorias.¹⁰²

Logo, a solução encontrada por meados da década de 80, com a falência de um governo garantista, decorreu da nova implantação, um tanto desvirtuada, de uma

⁹⁶ ROTMAN, Edgardo. **A Prevenção do Crime**. 1999, p. 19.

⁹⁷ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**; tradução de Regina Greve; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 194.

⁹⁸ CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p. 85.

⁹⁹ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 344.

¹⁰⁰ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 85.

¹⁰¹ "As transformações contemporâneas do sistema de controle social são o resultado de contradições internas entre o sistema punitivo e a estrutura de classes da sociedade: por um lado, a prisão parece abandonar a ideologia do tratamento, constituindo-se menos como aparelho produtivo e mais como instrumento de terror; por outro lado, a convergência entre ideologia do controle social e a organização capitalista do trabalho engendrou a política dos substitutos penais: o 'arquipélago carcerário' se ampliou de setores produtivos da sociedade (o mercado de trabalho, área dos substitutivos penais)". CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2006, p. 131.

¹⁰² "A crise do Estado-providência passa a ser perceptível a partir da predominância da razão mercadológica em detrimento das garantias sociais.". CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 84.

parcial liberalidade. Privatizar-se-iam os serviços públicos, vendendo-os a pessoas privadas, desde que regulados fossem pelo Estado.

Entretanto, este novamente restou sobrecarregado e incapaz de seguir devidamente com seu escopo, vez que regular implica em atividade deveras elevada que realizar. E, somada á incompetência governamental a gerir seus próprios instrumentos, antigamente públicos, relativizaram-se os direitos sociais e individuais dos cidadãos.¹⁰³

Deste período aos dias atuais, em relação ao Direito Penal, apenas verificando uma diminuição acentuada da qualidade de vida dos cidadãos submetidos a um poder punitivo que se acredita como solução para a resolução de conflitos de ordem social e econômica, perpetrando, desse modo, ainda mais desigualdade e insatisfação, como será demonstrado no curso do presente.

¹⁰³ CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p. 94.

CAPÍTULO II.

DO APRIMORAMENTO DAS REPRIMENDAS: CRIAÇÃO DOS TIPOS PENAIS DE PERIGO

“La amplia y ambigua utilización de categorías como ‘interés Del Estado’ o ‘interés público’ han producido graves daños a los derechos individuales.”. (López Calera)¹⁰⁴

A partir do momento em que o direito penal passou a ser entendido como um meio de proteção dos bens jurídicos descritos na Constituição,¹⁰⁵ o embrutecimento das leis versou não apenas sobre lesões destes bens, mas à possível ocorrência de um resultado danoso, oportunidade em que foram originadas as figuras delitivas de mero perigo.¹⁰⁶

Com efeito, há que se salientar que, conforme alhures deduzido, o exercício de prevenção de futuros delitos – antigamente consistente tão somente nas prevenções especial e geral – fora sempre atribuído ao sistema penal, o qual se utilizava da aplicação de reprimendas para o desempenho de sua função.¹⁰⁷ Tal idéia, inclusive, restou defendida por Von Liszt e Beccaria, sob o argumento que a finalidade precípua da legislação penal consistia, mais do que punir o infrator, em prevenir crimes porvindouros.¹⁰⁸

¹⁰⁴ CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p. 106.

¹⁰⁵ “A noção de crime em uma sociedade democrática está limitada a certas formas de conduta, particularmente definidas pela lei, que atacam e põe em perigo valores fundamentais que são vitais tanto para o indivíduo como para a sociedade, tais como a vida, a integridade física e moral e a propriedade. Tal noção inclui também a integridade do estado, de seus representantes, e da sociedade em geral, na medida em que esses são os meios necessários para que os indivíduos possam alcançar seus objetivos pessoais.”. ROTMAN, Edgardo. **A Prevenção do Crime**. 1999, p. 11.

¹⁰⁶ “Os tipos de perigo descrevem somente a produção de um perigo para o objeto de proteção, distinguindo-se, por sua vez, em tipos de perigo concreto e tipos de perigo abstrato.”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte geral**. 2007, p. 110.

¹⁰⁷ Segundo Hassemer, “o princípio da proteção do bem jurídico se transforma de uma proibição condicionada de punição para um mandamento de punição, de um critério negativo para um critério positivo de uma incriminação mais correta.”. HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. 2007, p. 195.

¹⁰⁸ ROTMAN, Edgardo. *Op. cit.*, p. 16-19.

Todavia, adentrando-se os séculos, esta idéia de prevenção foi estendida¹⁰⁹ com a implementação dos Estados Democráticos de Direitos – Os Estados-Sociais -, o que pôde ser percebido diante da criminalização de condutas que trouxessem consigo unicamente certa conotação perigosa, tipificações estas perpetradas sob o discurso de que a prática de determinadas lesões, devido a estes procedimentos legais, seria obstada -¹¹⁰ fenômeno este denominado por Hassemer de *orientação voltada para as conseqüências*.¹¹¹

Corroborando com esta posição o doutrinador Ângelo Roberto Ilha da Silva que, mediante tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo, entende tudo radicar em torno de valores, merecendo tutela penal um valor de considerável relevância. Para tal, apóia-se no pensamento de Francisco de Assis Toledo, para quem *“bens jurídicos são valores ético-sociais **que o direito seleciona**, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.”*¹¹²

Destaca-se que o substrato para a alteração da perspectiva criminal, voltando-se a uma expansão da idéia de prevenção dos delitos,¹¹³ decorreu da emergência das teorias do risco -¹¹⁴ sob uma leitura equivocada -,¹¹⁵ posteriormente albergada pela Teoria da Imputação objetiva, que apresenta como grandes

¹⁰⁹ “É, portanto, na iminência e consolidação do Estado social que se potencializa e se redimensiona a idéia liberal de segurança e nascem as contemporâneas noções de prevenção – ‘(...) *atitude colectiva, racional e voluntarista que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e gravidade de um risco*’. CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p. 85

¹¹⁰ “A *prevenção* que, no direito penal clássico, era de qualquer forma um objetivo bem delineado da justiça penal, torna-se um paradigma penal dominante.”. HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. 2007, p. 195.

¹¹¹ HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, p. 196.

¹¹² SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. 2003, p. 37.

¹¹³ “O conceito de *prevenção* significa se evitar futuros e indesejáveis resultados. No caso da prevenção do crime, o dito conceito inclui a legislação, a intervenção policial, a instauração e administração de prisões e cárceres e uma gama de atividades dirigidas a evitar-se delitos futuros.”. ROTMAN, Edgardo. **A Prevenção do Crime**. 1999, p. 11.

¹¹⁴ “A teoria parecia resumir-se em dois pontos de vista: criação de um risco proibido e realização deste risco no resultado.”. ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 2002, p. 2.

¹¹⁵ Tal fato será adiante elucidado.

defensores os doutrinadores ROXIN¹¹⁶ e JAKOBS,¹¹⁷ cada qual com suas visões e entendimentos.

Dita doutrina resultou do período histórico ora vivenciado, demarcado pelo incremento tecnológico, responsável por introduzir no meio social circunstâncias para além do controle individual, como, vale citar, correntes elétricas, campos magnéticos, ondas energéticas, dentre outros.¹¹⁸ Desse modo, envolveu-se o âmbito social, a par de seu próprio desenvolvimento, situações temerárias, tanto quanto atualmente entendidas como indispensáveis.¹¹⁹

Assim, em virtude das mudanças insurgentes, bem como a alteração dos modelos governamental, volvidos à composição dos estados-providência, foi-se enraizando a tendência a regular comportamentos entendidos como possivelmente lesivos, ocasionando a enxurrada de leis que hoje presenciamos.¹²⁰

Logo, haja vista a gama de comportamentos a ocasionarem presumível lesão, entendeu-se por bem que deveriam ser submetidos à tutela penal aqueles que ensejassem riscos não permitidos pelo ordenamento jurídico, uma vez que entendidos, pelo sistema legal, como danosos à vida social,¹²¹ o que, por óbvio, como salientado *a posteriori*, decorreu de nítida escolha política.

¹¹⁶ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal.**, 2002. p. 10.

¹¹⁷ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal.** 2000, p. 63.

¹¹⁸ “No início de sua exposição sobre o tema, Günther Jakobs desenvolve a idéia de que viver é correr riscos, para então concluir que somente os riscos que não estão inseridos na categoria social da pessoa, no rol, no seu modelo ou no *standard* de sua atividade são os riscos proibidos. Aquele que projeta automóveis, diz Jakobs, tem um padrão para fazê-lo; o que vende bebidas alcoólicas não pode vendê-las a menores de idade; quem vende armas de fogo deve vendê-las para pessoas autorizadas.”. BACILA, Carlos Roberto. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal.** 2008, p. 139.

¹¹⁹ “Ações que não criam riscos, isto é, ações não perigosas, jamais são típicas, ainda que venham eventualmente a causar lesões.”. ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 8.

¹²⁰ “A alternativa ao Estado-Providência, portanto, passa a ser a edificação do Estado penitência, configurando máxima que parece ser a palavra de ordem na atualidade: Estado social mínimo, Estado penal máximo.”. CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia.** 2008, p. 96.

¹²¹ “(...) o tipo objetivo não se esgota mais nos elementos da ação, resultado o nexos de causalidade; para que se realize é necessário, ademais, que se acrescentem os requisitos da criação de um risco juridicamente desaprovado e da realização deste risco no resultado.”. ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 3.

Iniciou-se, portanto, a era preventiva, cujo ingresso nos Estados Ocidentais datou-se da Primeira Guerra Mundial, não obstante o tímido ingresso de tal ideologia a partir do final do século XIX.¹²²

Cumprido salientar que, no Brasil, o fato precursor para a implantação desta sistemática punitiva consistiu na Era Vargas, posto o presidente à época, Getúlio Vargas, no intento de instaurar um Estado intervencionista, altamente nacionalista e industrial, ter implantado uma política criminal expansionista, fazendo-o também a partir da idéia da prevenção de delitos, mediante o incremento legislativo.¹²³

Evidencia-se, destarte, que em contrapartida às conquistas históricas e populares defensoras de um poder governamental de intervenção mínima (onde o Estado atuaria unicamente quando necessário), passou o Estado Social a inverter este posicionamento, acreditando, no concernente ao sistema penal, poder calcular e prever resultados delitivos frente a grafados comportamentos individuais, como se a conduta humana restasse absolutamente previsível através de análises estatísticas.¹²⁴

Inclusive, Salo de Carvalho contrapõe a presente organização social ao liberalismo anterior quanto ao poder punitivo, asseverando que *“Se no liberalismo o objetivo da intimidação era privilegiado, no modelo de providência importa a reintegração do criminoso no mercado de trabalho.”*,¹²⁵ já que este incumbia-se da tarefa de reorganizar a sociedade, de modo a aumentar a máquina estatal e, principalmente, a capacidade laboral do legislativo.

Por oportuno, destaca-se:

“A idéia de basear uma reação estatal na periculosidade tornou-se arraigada nos sistemas legais das sociedades democráticas, mesmo quando seus argumentos preventivos acarretaram uma expansão do poder estatal.”¹²⁶

¹²² “A nova metodologia preventiva começou no final do século XIX, assinalando um papel central na noção de risco, prometendo, dessa maneira o Estado proteger a sociedade contra a periculosidade.”. ROTMAN, Edgardo. **A Prevenção do Crime**. 1999, p. 19.

¹²³ “Com a finalidade de implementar modelo de Estado intervencionista e fomentar a industrialização, a Era Vargas, de perceptível vocação repressivo autoritária, produziu, no plano jurídico penal, política expansionista.”. CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p. 86.

¹²⁴ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 88.

¹²⁵ *Idem.*, p. 85.

¹²⁶ ROTMAN, Edgardo. *Op. cit.*, p. 18.

Assim, se o controle no século XIX ocorria *post factum*, mediante indenização, no século XX a idéia de resguardo técnico dos riscos impôs modelo de antecipação do dano via medidas preventivas.¹²⁷

Com o passar do tempo, a expansão do Estado tornou-se fato normal – leia-se: exime de contestações -, denotando-se o governo um ente extremamente autoritário,¹²⁸ em que pese desvestido de características absolutistas,¹²⁹ minorando o valor de seus cidadãos mediante a intensa ingerência na vida privada,¹³⁰ com previsões baseadas em meras presunções travestidas de interesses políticos.

Com efeito, faz-se notório o contrasenso do mencionado incremento do poder estatal sob a esfera individual,¹³¹ haja vista que para a instauração dos crimes de perigo, princípios fundamentais foram (e são) negados, ponderados¹³² de forma equivocada, ingressando o estado, por meio da disseminação de suas noções de periculosidade, em um viés extremo de anti-democracia.¹³³

A propósito:

“Juan Bustos Ramírez, por sua vez, refere-se a uma função dialética deslegitimadora da incriminação de condutas que não lesem bens jurídicos, que, a nosso ver, nada mais é que a por nós referida função crítica, visto

¹²⁷ CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p. 88.

¹²⁸ “Ao descartar a pessoa como valor em razão de ser considerada supérflua, projeta-se a necessidade de maximização do poder polícialesco de coação direta.”. CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 96.

¹²⁹ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 94.

¹³⁰ “O efeito deste processo é a descartabilidade do valor *pessoa humana*.”. CARVALHO, *Op. cit.*, p. 95.

¹³¹ “O dilema da prevenção surge do fato de que ele se constitui tanto uma proteção da liberdade como uma interferência com a mesma.”. ROTMAN, Edgardo. **A Prevenção do Crime**. 1999, p. 21.

¹³² “Enfim, diante de conflito entre dois ou mais direitos fundamentais, o intérprete deverá utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuaas.”. PAULO, Vicente. **Aulas de Direito Constitucional**. 2007, p. 117.

¹³³ “A periculosidade se define essencialmente com a alta probabilidade de cometimento de futuros crimes. Como se justifica a intervenção do estado baseada em uma predileção do futuro, constitui um sério entrave à idéia democrática de controlar o crime sobre a base de atos passados. Através da idéia de periculosidade, a prevenção pode facilmente deslizar-se de um estilo penal democrático a outro autoritário.”. ROTMAN, Edgardo. *Op. cit.*, p. 18.

que, ao auferirem-se soluções por meio da dialética, outra coisa não se faz senão se proceder à crítica.”¹³⁴

Por derradeiro, entende Eugenio Raul Zaffaroni que “*todos os perigos são ‘concretos’ e todos os perigos são abstratos, segundo o ponto de vista que se adote: ex ante são todos concretos, ex post são todos abstratos.*”.¹³⁵

Nesse passo, conforme sustentou o tributarista Roque Antonio Carrazza, antigas condutas delineadoras tão somente de infrações administrativas – haja vista seu pequeno caráter lesivo -, passaram a ser punidas mediante penas privativas de liberdade,¹³⁶ alterando por completo o sistema penal, de modo a deixá-lo tão mais imperativo quanto insuficiente.¹³⁷

Segundo se verifica, não obstante imperar no direito penal o princípio da reserva legal,¹³⁸ consistente na idéia de limitação do *ius puniendi*¹³⁹ perante os indivíduos – consonante a premissa *nullum crimen nulla poena sine lege* -,¹⁴⁰ este se encontra relativizado. Isto porque, ainda que não possa haver criminalizações sem a

¹³⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. 2003. p. 40.

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugênil Raúl. **Tratado Del derecho penal**. Parte General. v. 1. Buenos Aires: Ediar, 1996. p. 259.

¹³⁶ “Para impedir a ‘evasão tributária’(meio ilícito de evitar ou diminuir a carga fiscal) a legislação brasileira, seguindo uma tendência mundial, sempre mais tem mandado sancionar criminalmente comportamentos que até há poucos anos mereciam, quando muito, multas administrativas. Melhor esclarecendo, meros ilícitos administrativos de ontem foram, hoje, transformados, pela lei, em ilícitos penais, sujeitos, pois, aos regimes da jurisdição criminal.”. CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 2009, p. 2.

¹³⁷ “(...) as novas estratégias podem ser fonte de desenvolvimentos negativos incompatíveis com a noção de uma sociedade democrática. (...). As novas técnicas levam consigo a possibilidade de violação de princípios constitucionais básicos, (...)”. ROTMAN, Edgardo. **A Prevenção do Crime**. 1999, p. 13.

¹³⁸ “Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Gera. 2006, p. 14.

¹³⁹ “Cometido um delito com a verificação de que foi praticada ação punível descrita na lei, surge o jus puniendi ou o direito do Estado de exigir a punição do delinqüente de acordo com a sanção legal previamente estatuída. Por outra parte, o autor do ato ilícito sancionado pela norma penal tem o direito de liberdade consistente em não ser punido senão nos limites da lei, e a obrigação legal de submeter-se à pena.”. MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 1997, p. 27.

¹⁴⁰ “A garantia constitucional do *nullum crimem nulla poena sine lege* cria uma limitação, pois que ninguém pode ser punido senão por norma penal expressa em lei ‘em sentido estrito’”. MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 178.

existência de lei anterior,¹⁴¹ se o legislativo sobre tudo legisla e criminaliza, versará a regulamentação sobre os comportamentos mais diversos.

Assim, demonstra-se que, em virtude deste incremento desenfreado da produção legislativa,¹⁴² de modo a conferir tipicidade a inúmeros comportamentos não ofensivos, as imputações delitivas apresentaram-se superficialmente como admitidas e inquestionáveis, posto que resguardadas e incontestes perante a premissa da reserva legal.¹⁴³

Sobre tal, ressalta-se o sustentado por Hassemer, o qual, em análise a presente discussão, aduziu ser o direito penal da atualidade marcado pelo desenvolvimento [negativo] e exaustão de sua parte especial, deixando a parte geral, de fato importante, a mercê de sua própria sorte.¹⁴⁴

Nesta banda, Eugénio Raul Zaffaroni explica com clareza a impossibilidade de se criminalizar cada infração perpetrada pelos cidadãos, o que demonstra que, frente às atividades consideradas delituosas, consiste a escolha do legislador em algo deveras mais além que as moralidades do mundo jurídico.¹⁴⁵ Grifa-se:

¹⁴¹ “A primeira legislação penal a incorporar o princípio da legalidade foi o Código Penal da Bavária (1813), depois da Prússia (1851) e a Alemanha (1871), generalizando-se por todas as legislações penais ocidentais sob a fórmula latina do *nullun crimen, nulla poena sine lege*, inaugurada por FEUERBACH.”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte geral**. 2007, p. 20.

¹⁴² “Do programa de intervenção mínima liberal (direito penal como *ultima ratio legis*), o Estado social projeta modelo legislativo comissivo que deflagrará estrutura legal hipertrofiada, propícia à maximização da ineficácia e solo ideal para inaugurar a crise de legitimidade do direito penal.”. CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p. 87.

¹⁴³ Tal emblemática será desenvolvida *a posteriori*.

¹⁴⁴ “O direito penal moderno se realiza, como logo restará demonstrado, acima de tudo, na parte especial do código penal, bem como pelo denominado “direito penal secundário” e dessa esfera se originam também os exemplos os quais devem ser discutidos.”. HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. 2007, p. 190/191.

¹⁴⁵ “Infelizmente, este processo de redescoberta das funções e finalidades do conjunto de ciências penais vem sendo desenvolvido ao mesmo tempo em que se instala outro processo, o de expansão do direito penal. O inchaço do Direito Penal está em plena ascensão, fundamentalmente a partir da década de noventa. O recurso à criminalização inadequada, sem critérios objetivos de ofensividade aos bens jurídicos, e a ausência de técnica legislativa marcam o injustificável crescimento da legislação penal especial. Por isso, muito se tem discutido os modelos de justiça criminal e as alternativas a eles. Não há novidade em afirmar que muitos conflitos não deveriam receber tratamento penalístico, pois poderiam ser solucionados fora do âmbito da Justiça Criminal. Por qual razão? Porque a Justiça Criminal não deve e não pode resolver todos os conflitos sociais. Se assim não for, continuar-se-á produzindo na justiça a injustiça.”. WUNDERLICH, Alexandre e OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Resistência, Prática de Transformação Social e Limitação do Poder Punitivo a Partir do Sistema de Garantias: pela (Re)Afirmação do Garantismo Penal na Contemporaneidade. **Direito Penal no Terceiro Milênio**. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. 2008, p. 193.

“Na realidade, se cada cidadão fizesse um rápido exame de consciência, comprovaria que várias vezes em sua vida infringiu as normas penais: não devolveu o livro emprestado, levou a toalha de um hotel, apropriou-se de um objeto perdido etc. Em sã consciência, cada um de nós tem um “volumoso prontuário”. Os juízes incrementam-no diariamente, ao subscrever falsamente declarações como aquelas prestadas em sua presença e nas quais jamais estão presentes. Os serventários da Justiça certificam diariamente várias dessas falsidades ideológicas.”¹⁴⁶

Procura-se, portanto, manter afastado da sociedade o estereótipo do “criminoso”, tipificando condutas mais facilmente praticadas pelas classes desafortunadas,¹⁴⁷ vez que sem o devido amparo estatal para proceder de maneira diversa.¹⁴⁸ Sobre tal, vale citar, por exemplo, a prática do porte ilegal de arma de fogo com o fulcro de resguardar a incolumidade pessoal e da família, em um lugar de extrema violência que, quando o Estado atua, tão-somente acarreta maior caos e insegurança.

Deteriam tais pessoas adotar solução diversa, mesmo sendo desprovidas de recursos para tal?

Esta política criminal taxativa, expressa de modo veemente nos Estados Unidos, foi devidamente estudada por Jonathan Simon e Malcolm Feeley, os quais denominaram a nova tendência como *justiça atuarial*, no intuito de demonstrar que a perseguição não visa aos indivíduos, mas aos considerados delinquentes, como se compusessem uma classe alheia de pessoas, pronta para ser neutralizada.¹⁴⁹

¹⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2006, p. 53/54.

¹⁴⁷ “Uma legislação que tem imensa quantidade de estigmas torna o sistema jurídico impuro.”. BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: Um Estudo sobre os Preconceitos**. 2008, p. 181.

¹⁴⁸ “No âmbito dos exercícios dos poderes punitivos, esta violência [impossibilidade de concretização do mundo das belas aparências] é presentificada em forma de perda de vidas humanas. As ciências criminais, ao idealizarem o ideal de Bondade (direito penal) e da Beleza (criminologia), desenvolveram técnicas de correção e de transformação do não-igual (teorias da pena). Assim, a partir da concepção idealizada do homem bom, não delinqüente, cria os instrumentos góticos de reforma do mal que se manifesta no homem delinqüente, seu não-igual. Todavia, a universalização do valor concretizada no mecanismo pena não garante, absolutamente nada, a reforma moral e estética do criminoso, por como não existem homens delinqüentes – apenas pessoas que cometeram, em determinado momento de suas vidas, fatos selecionados e denominados crime -, não existe instrumento aplicável idôneo a reforçar, em grupo plural, descontínuo, distinto de indivíduos, determinado valor e universalizá-lo.”. CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p. 87.

¹⁴⁹ “As novas práticas de justiça criminal tentem a não apontar para indivíduos, senão para taxas criminais, ‘entendidas como uma distribuição de condutas na população em sua totalidade’ [Malcolm Feeley e Jonathan Simon]. Essa nova tendência, que Feeley e Simon chamam de *‘justiça atuarial’*, está refletida na maneira de indicar delinquentes de alto risco para sua neutralização seletiva, no uso de práticas semelhantes as ‘atuariais’ para predizer uma cooperação com êxito nos procedimentos de

Em vias do exposto, verificamos renascer, portanto, um estado policialesco.¹⁵⁰ Isto porque, consoante a direta exclusão social promovida pela estrutura dominante, ocasionada pela perda do *status* de cidadão por determinados grupos superiores economicamente, inicia-se um embate de forças entre classes destoantes,volvendo-se o aparato estatal contra um *inimigo*.

Voltam-se as milícias e demais poderes governamentais a perseguirem indivíduos marginalizados, estereotipados, que, segundo critica Dahrendorf,¹⁵¹ não detêm utilidade para a esfera social e política, pesando economicamente, bem como denegrindo a imagem das cidades segundo seu próprio espelho.

Logo, não bastasse a atitude presunçosa do sistema penal, incumbindo para si a impossível e insubsistente tarefa de repreender as infrações geradoras de resultado, criou, trazendo para sua alçada, as figuras delitivas que remeteriam a comportamentos perigosos – os crimes de perigo.

Vale salientar que em uma sociedade que detém como princípio constitucional a máxima do *in dubio pro reo*, punir-se por mera presunção ou por perigo consiste algo deveras paradoxal.

Isto porque, a partir do momento que se legitima a punição por atividade meramente representativa de perigo – porquanto a lesão poderia não ter ocorrido caso não obstado o comportamento do indivíduo – pondera-se negativamente sua liberdade de locomoção e dignidade em face de uma segurança social ou de outrem, cujo qual não sofreu qualquer dano real.

Nessa banda, coloca-se a abstrata, fictícia, segurança dos indivíduos como um todo em detrimento a importantíssimas garantias fundamentais do personagem infrator, o qual nem ao menos produziu um resultado danoso.

livramento provisório sem fiança durante a prisão preventiva e no desenvolvimento de um perfil próprio dos agentes envolvidos no tráfico de drogas, utilizado pela polícia para identificar indivíduos suspeitos de transportar narcóticos ilegais.”. ROTMAN, Edgardo. **A Prevenção do Crime**. 1999, p. 19/20.

¹⁵⁰ “Compreende-se, neste quadro político, a formação de condições de irrupção de políticas criminais igualmente sustentadas na exclusão, para determinadas pessoas, do *status* de cidadão – *v.g.* direito penal do inimigo.”. CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p. 95.

¹⁵¹ “As renovadas formas de exclusão seriam caracterizadas pelo fato de algumas pessoas perderem o *status* de cidadão, não somente em razão das restrições econômicas, mas por qualquer característica que as possa diferenciar (raça, nacionalidade, religião, etc). Contudo Dahrendorf é mais drástico ainda em sua anamnese: “certas pessoas (por mais terrível que seja colocar no papel) simplesmente não servem: a economia pode crescer sem a sua contribuição; de qualquer ponto de vista se considere, para o resto da sociedade essas pessoas não são um benefício, mas um custo.”. CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 95.

Corroboram estas elucubrações os ensinamentos de Hassemer:

“Como fato típico deve valer apenas a violação das liberdades garantidas pelo contrato social. O bem jurídico obtém um local sistemático como critério negativo de uma incriminação legítima; **sem uma violação palpável a um bem jurídico, não há fato típico.**”¹⁵² (grifo meu).

Por fim, cumpre destacar que os delitos de perigo subdividem-se em duas modalidades:¹⁵³ crimes de perigo concreto¹⁵⁴ e delitos de perigo abstrato,¹⁵⁵ onde o primeiro, para existir, deve ser comprovado; ao passo que o segundo resta meramente presumido.

Nesta banda, consoante sugere o doutrinador Cirino dos Santos, crimes de perigo consistem em tipos de mera atividade, os quais “*se completam com a realização da ação, sem qualquer resultado independente, como a violação de domicílio (art. 150), o falso testemunho (art. 342), etc. A distinção possui interesse prático, porque relação de causalidade (entre ação e resultado) somente existe nos tipos de resultado, não nos tipos de simples atividade.*”¹⁵⁶

Diferenciando-se os tipos de mera atividade, sustenta Bitencourt que:

“O perigo, nesses crimes, pode ser concreto ou abstrato. Concreto é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação de risco ocorrida pelo bem juridicamente protegido. O perigo só é reconhecível por uma valoração subjetiva da probabilidade de superveniência de um dano. O perigo abstrato é presumido *juris et de jure*. Não precisa ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa.”¹⁵⁷

¹⁵² HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**; 2007, p. 193.

¹⁵³ “O perigo, nesses crimes, pode ser concreto ou abstrato.”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 2006, p. 266.

¹⁵⁴ “Nos tipos de perigo concreto, a realização do tipo pressupõe a efetiva produção de perigo para o objeto da ação, de modo que a ausência de lesão do bem jurídico apareça meramente acidental, como o perigo de contágio venéreo (art. 130), o perigo para a vida ou a saúde de outrem (art. 132), o incêndio (art. 250), a explosão (art. 251) etc. Segundo a moderna *teoria normativa do resultado de perigo*, de SCHÜNEMANN, o perigo concreto se caracteriza pela ausência *casual* do resultado, e a *causalidade* representa circunstância em cuja ocorrência não se pode confiar.”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte geral. 2007, p. 110.

¹⁵⁵ “O perigo abstrato é presumido *juris et de jures*. Não precisa ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa.”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 266.

¹⁵⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, p. 109.

¹⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 78.

Desse modo, não obstante a existência das figuras delitivas de perigo concreto, o presente trabalho versará sobre a modalidade dos crimes de perigo abstratos, a qual, inclusive, engloba a questão do porte ilegal de arma de fogo, atualmente tipificado pelos artigos 14, *caput*, e 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 10.826/2003.¹⁵⁸

1. DOS DELITOS DE PERIGO ABSTRADO: A PRÁTICA DO *MINORITY REPORT*

“Não se pode atirar em pardais com canhões, justamente, no direito de intervenção pública.”. (Winfried Hassamer)¹⁵⁹

De antemão, cumpre ressaltar que uma das subdivisões didáticas dos tipos penais, necessárias para a abordagem do presente tema, consiste na interpretação dos crimes como materiais, formais e de mera atividade,¹⁶⁰ havendo, entretanto, autores que entendem existir uma congruência entre os delitos formais e de mera atividade, não os diferenciando -¹⁶¹ como o fez Cirino dos Santos, em sua obra intitulada *Direito Penal: Parte Geral*.¹⁶²

Sobre tal, versam os delitos concebidos como materiais naqueles que necessitam de um resultado naturalístico para sua consumação, ou seja, o tipo penal elencará, além de uma conduta, a lesão ao bem jurídico tutelado.¹⁶³ Todavia, o entendimento sobre o tema denota-se controvertido, haja vista que para determinados pensadores – como Ângelo Roberto Ilha da Silva – tal espécie delitiva

¹⁵⁸ “**Art. 14.** Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.”

¹⁵⁹ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. 2007, p. 141.

¹⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 2006, p. 266.

¹⁶¹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. 2003, p. 59.

¹⁶² Fala o autor e *tipos de resultado e de simples atividade*. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte geral**. 2007, p. 109.

¹⁶³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, p. 109.

englobaria tanto crimes de dano como os de perigo;¹⁶⁴ ao passo que para outros – como Cirino dos Santos e Bitencourt – abordariam tão-somente tipos de resultado (dano).¹⁶⁵

Na sequência, na visão daqueles que defendem uma dissonância entre as figuras formais e de simples conduta, sustentam que os tipos penais formais descrevem, igualmente aos crimes materiais, um resultado naturalístico, o qual, porém, confunde-se com a própria conduta, sendo, esta, desprezada para fins de condenação (exemplo: fabricação de moeda falsa).¹⁶⁶

A propósito:

“O crime *formal* também descreve um resultado, que, contudo, não precisa verificar-se para ocorrer a consumação. Basta a ação do agente e a vontade de concretizá-lo, configuradoras do dano potencial, isto é, do *eventus periculi* (ameaça, a injúria verbal).”¹⁶⁷

Por derradeiro, como crime de mera atividade são entendidos os comportamentos prescritos em lei e prescindíveis de quaisquer lesões a bens jurídicos, punindo-se apenas pelo enquadramento de determinada conduta com o descrito no ordenamento, ainda que não exista resultado na prática vergastada,¹⁶⁸ como ocorre com o delito de porte de arma de fogo, tipificado no artigo 14, *caput*, e art. 16, parágrafo único, inciso IV, do Estatuto do Desarmamento (Lei n.º 10.826 de 2003).¹⁶⁹

De acordo com o supra elucubrado, verifica-se a dificuldade de diferenciação destas classificações do tipo penal, valendo, pois, ressaltar ser este um instrumento de criminalização em massa, porquando, consoante alhures

¹⁶⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. 2003, p. 57.

¹⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 2006, p. 266.

¹⁶⁶ Código Penal: **Art. 289** - Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro:
Pena - reclusão, de três a doze anos, e multa.

¹⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 266-267.

¹⁶⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Op. cit.* p. 60-61.

¹⁶⁹ **Art. 14**. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

explanado, a punição em tempos pretéritos fazia-se pela turbação de direitos que provocassem um resultado lesivo.

Com efeito, conforme aduzido, consistem as figuras delitivas de perigo, principalmente as descritas na modalidade de crimes de perigo abstrato, nos tipos penais da atualidade, conforme bem destacou Hassemer,¹⁷⁰ em sua obra intitulada *Direito Penal Libertário*, haja vista conferirem possibilidade de maior ingerência do poder punitivo sob a esfera privada, de modo a ensejar elevado controle social.

Referido entendimento sobreveio ante a facilidade, com conseqüente liberdade, do legislador em confeccionar mandamentos, posto que, sem ter que ilidir à comprovação de um dano no comportamento, desobrigou-se o mesmo quanto ao estabelecimento do nexo de causalidade entre a pessoa a praticar determinado ato e o resultado perpetrado. Passou a bastar, portanto, apenas o comportamento para a incidência da lei.¹⁷¹

Tal feito, inclusive, conforme sustentou Zaffaroni, igualmente beneficiou o magistrado, o qual não mais precisaria estudar a periculosidade da causídica - bem como preceitos éticos, morais e sociais a ela relacionados -, porém tão-somente imputar um tipo penal, com contígua e incontestada aplicação de sanção, uma conduta descrita pelo legislador.¹⁷²

A partir desse modelo, não haveria mais o que sopesar, devendo o juízo unicamente examinar a ocorrência da transgressão ao mandamento, com direta aplicação de reprimenda,¹⁷³ de modo completamente acéfalo e mecânico.

Ainda sob a ótica do autor supracitado, destaca-se que esta hodierna forma delitiva acarretou como consequência direta uma insensibilidade geral - tanto na população leiga quanto na envolvida com o mundo jurídico – no tocante ao injusto

¹⁷⁰ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. 2007, p. 198/199.

¹⁷¹ *Idem*.

¹⁷² Sobre tal, sustenta o pensador que a posição da agência judicial é de que "(...) a legitimação geral do sistema penal não é problema de sua incumbência, reduzida unicamente à solução dos casos concretos conforme as pautas legais que regem o fato particular a resolver". ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 1999, p. 82.

¹⁷³ "A conseqüência é uma suavização e redução das determinações interpretativas definidas pela lei perante a jurisprudência.". HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, p. 199.

que“(…), muitas vezes [passa a ser], nada mais, nada menos, do que um resultado de um cálculo de um perito.”¹⁷⁴

Isto porque, a aceitação da cominação de crimes de delito abstrato, conceituado como aquele exime de resultado naturalístico para sua consumação, ou, melhor explanando, de um dano concreto em face do comportamento perpetrado, implica em complacência à ausência de uma vítima física a sofrer quaisquer mazelas concernentes à conduta.¹⁷⁵

Cabe destacar que tal concepção incrementou-se a partir do pensamento de Binding, que entendia como bem jurídico um estado valorado pelo legislador.¹⁷⁶ Logo, na finalidade de proteger este estado valorado, imprescindível seria a elaboração de leis neste sentido, as quais não visariam apenas em uma repreensão, mas em proteção por meio de prevenção.

Já Von Liszt não limitava o bem jurídico à norma ou à vontade do legislador, mas a uma necessidade proveniente de relações sociais, posteriormente convertida em bem jurídico mediante entendimento do poder legislativo,¹⁷⁷ o que, embora revelasse uma evolução da mentalidade punitivo-repressiva, não desconfigura o pensamento preventivo.

Por oportuno, insta salientar que, ao menos a fins didáticos, o assunto ora investivado pode ser subdividido em três teorias, sendo a primeira delas denominada como teoria precursora - defendida por Janka, Von Buri e Finger -, entendendo ser a idéia de perigo uma representação mental, não existindo faticamente, vez que oriunda de um temor e ignorância humana.¹⁷⁸

A seu turno e em direção diametralmente oposta à visão supra relatada, há a teoria objetiva representativa dos crimes de perigo – disseminada pelos autores Hälschner, Merkel, Von Kries, Binding, Von Liszt, Florian, Jannitti di Guyanga,

¹⁷⁴ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**.; 2007, p. 199.

¹⁷⁵ Este assunto será melhor abordado no tópico subseqüente.

¹⁷⁶ “Binding, que se alinha entre os principais contribuidores da doutrina do bem jurídico, estabelecia uma relação de dependência do bem jurídico à norma. Para ele, o bem jurídico era criado pelo legislador, entendendo que este não deveria preocupar-se com interesses singulares, mas com a manutenção das condições de uma vida sã da comunidade jurídica, paz, desenvolvimento, com livre exercício dos direitos.”. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. 2003, p. 31-32.

¹⁷⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Op. cit.*, p. 94.

¹⁷⁸ *Idem.*, p. 53.

Maggiore, Carnelutti, Ranieri, Madureira de Pinho – que entende ser este um excerto da realidade, “*um ente concreto e objetivo*”.¹⁷⁹

E, por derradeiro, a Teoria Intermediária, igualmente conhecida como Objetiva e Subjetiva, diverge em suas correntes majoritária – detendo como precursores Bettioli, Biamonti, Carnelutti, Maggiore, Patrocelli, Pannain, Grispigni, Ranieri, Santoro, Vannini, Nelson Hungria e Aníbal Bruno – e minoritária – defendida por Rocco, Delitala, Florian e Von Hippel.¹⁸⁰

De acordo com a corrente majoritária, o perigo seria representado por uma potencialidade da conduta de perpetração de dano ao bem jurídico tutelado, ou, em outras palavras, “*a idoneidade de um fenômeno de ser causa de dano*”,¹⁸¹ ao passo que para a doutrina minoritária, o perigo deveria ser determinado a partir da probabilidade de lesão de um bem frente a certa conduta, o que, de acordo com seus seguidores, desconsideraria meras eventualidades para a cominação de delitos.¹⁸²

Desse modo, perceptível o acolhimento da Justiça Criminal brasileira pela Teoria Intermediária, em seu segmento da doutrina majoritária, o que se contrapõe ao posicionamento do presente trabalho, deliberadamente defensor da Teoria subjetiva, pautada em uma realidade fática, e não em meras projeções e medos oriundos da psique humana, bem como desenvolvidos pelas esferas de poder, com decisivo papel da mídia neste campo, como a seguir demonstrado.

Com efeito, o entendimento atual do sistema criminal vai de encontro com toda a história do poder punitivo, quiçá da humanidade, o qual desde os primórdios castigou – ainda que de formas variadas - aqueles que intentassem contra outrem. Logo, a idéia de penitência esteve sempre acoplada a ocorrência de lesão, concepção esta alterada perante a contemporaneidade que, através de um populismo e da falsa democracia, implantou sorrateiramente o Estado Máximo de Direito,¹⁸³ onde Direito de fato não há.

¹⁷⁹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. 2003, p. 53.

¹⁸⁰ *Idem.*, p. 54.

¹⁸¹ *Idem.*

¹⁸² *Idem.*

¹⁸³ “A absoluta ausência de percepção dos limites da moderna ciência (criminal) produziu a interferência inábil de atores (juristas) em fenômenos trágicos permeados pela violência (individual e

Obviamente, restando ausentes os alicerces que estruturavam um mínimo de logística às infrações penais, verifica-se pesar em desfavor da população a carência de requisitos que obstaculizem a atividade legislativa, que tudo pode criminalizar, uma vez que até a ofensa a corpos físicos tornou-se prescindível.¹⁸⁴

Coaduna com o ora exposto o doutrinador Juan Bustos Ramirez, conforme excerto que segue em apartado:

“Juan Bustos Ramírez, por sua vez, refere-se a uma função dialética deslegitimadora da incriminação de condutas que não lesem bens jurídicos, que, a nosso ver, nada mais é que a por nós referida função crítica, visto que, ao auferirem-se soluções por meio da dialética, outra coisa não se faz senão se proceder à crítica.”¹⁸⁵

Desta sorte, o mais interessante – tanto quanto irônico – consiste no fato de que os argumentos defensivos às tipificações subsumem-se ao princípio que nasceu com o escopo de proteger os nacionais, qual seja o princípio da legalidade. Já não se pergunta se a conduta punida de fato mereceria a reprimenda aplicada, mas indaga-se e se responde: Está certo condenar um indivíduo pelo fato de portar uma arma de fogo? Sim, está na lei!¹⁸⁶

Confia-se na racionalidade dos homens, e pior, na lógica intelectual daqueles que dominam, comandam, sem mais questionar frente à ideologia de que a lei é sempre benévola, consecutivamente *pró-societatis*. Inferre-se Salo de Carvalho no concernente ao ora elucubrado, remetendo os fatos ao emergente narcisismo do direito penal.¹⁸⁷

Vale, pois, destacar:

institucional). Crentes em seu potencial resolutivo, não esporadicamente a intervenção (castigo) provocou danos maiores à humanidade do que a soma dos crimes cometidos, encenando espetáculo cujo melancólico final (dramático) produz profundo mal-estar.”. CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p. 52.

¹⁸⁴ “(...) será perigoso (para o mundo jurídico) o que a lei assim considerar. Daí o seu caráter normativo, sem se negar o ontológico.”. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. 2003, p. 52.

¹⁸⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Op. cit.*, p. 40.

¹⁸⁶ “Com acerto ímpar afirmou o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro que é ilusão pensar que o rigor da lei, por si mesmo, possa diminuir a delinquência.”. GOMES, Luiz Flávio e OLIVEIRA, William Terra de. **Lei das armas de fogo**. 1999, p. 42.

¹⁸⁷ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 52.

“O encantamento do homem teórico com sua racionalidade, manifestação exemplar do narcisismo dos cientistas da modernidade – e dentre eles os teóricos das ciências criminais -, impediu perceber as limitações e os riscos da técnica. Ao pensar estarem domando a natureza (crime, violência) através dos instrumentos criados pela razão (direito penal, processo penal, criminologia e política criminal), foram, lentamente, dominados pelo ideal científico, o qual impediu notar que ‘dominar a ciência é determinar seu valor no sentido de controlar a exorbitância de suas pretensões, no sentido de estabelecer até onde ela pode se desenvolver. É formular a questão dos limites.’”¹⁸⁸.

Verifica-se, portanto, a transformação do ordenamento criminal em uma estrutura de aplicação de um direito penal máximo,¹⁸⁹ porquanto todos os comportamentos – uma vez que o princípio da lesividade e da proporcionalidade encontram-se rechaçados no atual sistema punitivo – denotam-se à mercê da criminalização.

Cumpra salientar que para o Estado sustentar a possibilidade de enquadramento de tais práticas, como o porte ilegal de arma de fogo, determinou o legislativo a criação de uma “abstratidade”, consistente na incolumidade pública, defendida como lesada frente a comportamentos potencialmente ofensivos.¹⁹⁰

Cabe, por oportuno, a seguinte indagação: deve-se condenar alguém por sua conduta ser presumidamente perigosa?

Desta feita, infelizmente entendem de forma afirmativa os Egrégios Tribunais de Justiça e os Tribunais Superiores, asseverando que a criminalização dos indivíduos que praticam crimes de perigo abstrato deve ocorrer ainda que não comprovada qualquer lesão, sob o argumento de que o comportamento vergastado agride, *per si*, o ordenamento posto.

A propósito:

“PENAL. ART. 10, CAPUT, DA LEI 9.437/97. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE LESÃO À INCOLUMIDADE PÚBLICA. INVIABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. UNÂNIME. **O crime de porte ilegal de arma é de perigo abstrato, consumando-se**

¹⁸⁸ CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p. 52.

¹⁸⁹ *Idem*. p. 96.

¹⁹⁰ Sobre tal, sustentam Hassemer e Francisco Conde: (...); também ressalta que a moderna política criminal tende a desvincular cada vez mais o delinqüente da vítima e a converter a proteção em abstrato desta em um mero pretexto para criminalizar ações que não estão direcionadas a pessoas em particular.”. HASSEMER, Winfreid e CONDE, Francisco Muñoz. **Introdução à Criminologia**. 2008, p. 158/159.

independentemente de resultado, sendo desnecessário indagar se a conduta representou perigo para pessoa certa e determinada. Absolvição que se impõe.¹⁹¹ (sem grifos no original).

“APELAÇÃO CRIME. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO, COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA (ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, LEI Nº 10.826/03). ERRO MATERIAL NO DISPOSITIVO DA SENTENÇA, QUANTO À CAPITULAÇÃO DO CRIME. CORREÇÃO DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE LESÃO A BEM JURÍDICO TUTELADO. DELITO DE MERA CONDUTA OU DE PERIGO ABSTRATO (...). SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. **O crime de porte ilegal de arma de fogo se consuma com a realização de qualquer um dos verbos relacionados no tipo, não se exigindo dolo específico ou a causação de perigo concreto à coletividade. É crime de mera conduta ou de perigo abstrato.** 2. Portar arma de fogo, como meio de defesa pessoal, sem que haja concreta ameaça ao portador, não exclui a tipicidade da conduta.”¹⁹² (aqui em destaque).

Sobre o exposto, insta enxergar o atual sistema penal sob os olhos de Steven Spielberg, diretor do longa metragem *Minority Report*, que constrói na cidade de Washington, nos EUA, no ano de 2054, um modelo preventivo de crimes.

No filme, a polícia investigativa utiliza-se dos *precogs* – três criaturas com poderes paranormais que trabalham juntas e flutuam conectados em um tanque de fluido nutriente – que por meio de suas visões prevêm os futuros crimes, que serão evitados a partir da precoce prisão dos supostos infratores.

O diretor supra elencado, por meio de recursos tecnológicos e com uma visão romantizada, descreve com clareza a atual forma de representação do poder punitivo, expondo a condenação prematura de cidadãos, sem que de fato detivessem praticado qualquer conduta apta a ensejar um resultado lesivo.

Como consequência, já no próprio longa-metragem questiona-se a veracidade desses veredictos precoces, subjugando o livre arbítrio dos cidadãos, como se, ainda que munidos do *animus* de delinquir, não pudessem desistir da prática delitiva no ultimo momento.

Agora, como aceitar que um Estado Democrático de Direito proceda da mesma forma, detendo como providente um corpo legislativo deveras distante das mazelas e realidade sociais? Como punir de modo antecipado comportamentos entendidos como potencialmente lesivos pelos legisladores? Qual seria a base científica para a aplicação da lei penal? E o livre arbítrio? Não poderia uma pessoa

¹⁹¹ Apelação Criminal nº 20010810013349 (233131), 2ª Turma Criminal do TJDF, Rel. Romão C. Oliveira. j. 06.10.2005, DJU 25.01.2006.

¹⁹² TJ/PR, Apelação Crime nº 0411717-5, 2ª Câmara Criminal, Rel. Miguel Kfoury Neto. j. 12.07.2007.

com porte de arma de fogo estar unicamente resguardando sua segurança social, sem intentar perpetrar mal a outrem?

Os objetivos para tais classes delituosas são nítidos: reduzem-se os pressupostos para punição, promovendo um encarceramento em massa pois, como outrora salientado, custa barato ao direito penal, além de lhe trazer prestígio frente à população, enganada pelo próprio sistema.¹⁹³

Logo, apresenta-se como um modo primitivo de punir, pois desprovido de consciência científica e social, bem como um instrumento feroz de controle governamental sobre os indivíduos sob sua tutela. De tal modo, nota-se, sem sombra de dúvida, a danosa extensão do Direito Penal, a qual ocorre, infelizmente, dentre os meios considerados legítimos pela população.¹⁹⁴

Retomando o já transcrito: *Não mais se exige um dano. O injusto é, muitas vezes, nada mais, nada menos, do que o resultado de um cálculo de um perito.*¹⁹⁵

¹⁹³ Nesse passo, Cirino dos Santos, abordando a temática do crime organizado, relata as causas dessa excessiva intervenção estatal, mascarando a insuficiência do governo perante os projetos sociais com um aumento da criminalização das massas. Aduz o excerto: “Na verdade, como assinala ALBRECHT, o conceito de crime organizado funciona como *dirscurso encobridor* da incapacidade política de reformar democráticas dos governos locais: a *incompetência política* em face de problemas comunitários estruturais de emprego, habitação, escolarização, saúde etc...seria compensada pela demonstração de *competência administrativa* na luta contra o crime organizado.”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Instituto de Criminologia e Política Criminal: Crime Organizado. **1 Fórum Latino-Americano de Política Criminal**. 2002, p. 7.

¹⁹⁴ Sobre esta cega e estrita obediência à lei, segue, ensinamentos do doutrinador Zaffaroni: “Numerosos autores e cultores do discurso jurídico-penal, de pensamentos distintos e com níveis muito diferentes de elaboração discursiva, não integram nenhuma teorização orgânica, mas, em geral, coincidem – a partir de uma visão neokantiana, positivista lógica ou positivista jurídica (nem sempre expressa e, menos ainda, coerentemente sustentada) – em considerar que, como sua ‘ciência’ encontra-se limitada estritamente pela lei, o discurso jurídico-penal deve reduzir-se à completude lógica da interpretação da lei em nível semântico, procurando, zelosamente, evitar qualquer dado da realidade ‘incômodo’ (não assimilável pelo discurso).”. “O protagonismo das maiorias não era mais do que o triunfo da degeneração (não era democracia e, sim, ‘demagogia’); liberalismo e democracia constituíam termos antagônicos na América Latina desde a Revolução Mexicana, e o discurso racista-criminológico representava o grande programa político neocolonialista.”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 1999, p. 80.

¹⁹⁵ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**.; 2007, p. 199.

2. DA AUSÊNCIA DE VÍTIMA FÍSICA NOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO

“As descrições dos delitos do direito penal moderno são voltadas, nomeadamente, a incriminações com reduzidas vítimas ou até mesmo sem vítimas.”. (Winfried Hassemer).¹⁹⁶

Inicialmente, cumpre salientar que, segundo a doutrinadora Ana Sofia Schimidt de Oliveira, o entendimento a respeito da existência de um sujeito passivo do delito resta derivado da noção do bem jurídico lesionado.¹⁹⁷ Desse modo, constitui o pólo passivo de determinada ação o titular de um bem jurídico lesado, razão pela qual, para sabê-lo, necessária se faz a análise daquele direito violado.

Todavia, não obstante entendam alguns doutrinadores compor a vítima o pólo passivo da ação penal, como o faz Aníbal Bruno¹⁹⁸, há autores que vão além, argüindo ser esta apenas uma das possibilidades cabíveis, sob o argumento de que nem sempre o comportamento lesivo atinge unicamente o titular do interesse concretamente violado.

A propósito, Bettiol defende essa segunda vertente de pensamento, aduzindo que a ofensa a um bem jurídico pode ocorrer mediata ou imediatamente, oportunidade em que a pessoa imediatamente lesada – titular de um interesse concreto – seria a vítima *stricto sensu* do crime, ao passo que mediatamente responderia o Estado, posto que, como encarregado pela segurança e bom andamento social, a ofensa a outrem importaria mediata lesão a si, em virtude da transgressão do ordenamento por ele posto.¹⁹⁹

Logo, a partir do ponto de vista defendido pelo autor supra, o Estado-administração estaria sendo indiretamente atingido sempre que algum delito restasse perpetrado, compondo um pólo passivo constante,²⁰⁰ (fato este que, a propósito, conferiu legitimidade ao Ministério Público para que, em seu nome,

¹⁹⁶ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. 2007, p. 199.

¹⁹⁷ OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. **A vitimologia e o Direito Penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal**. 1999, p. 79.

¹⁹⁸ *Idem.*, p. 80.

¹⁹⁹ *Idem.*

²⁰⁰ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. 2004, p. 17.

defendesse os interesses sociais, atuando, na esfera criminal e em primeiro grau, como órgão acusatório, portanto pólo ativo da demanda).²⁰¹

Seguindo essa doutrina exarada por Bettiol, ao lado do Estado, como pólo passivo constante, haveria o pólo passivo eventual, caracterizado pelo titular do interesse concretamente lesionado, compondo, pois, a vítima *stricto sensu*, a qual, mediante a visão de Frederico Marques, destoa da figura referente ao indivíduo prejudicado pela ação ilícita.²⁰²

Segundo o pensador, este nem ao menos integraria o pólo passivo do crime por não ser titular do bem jurídico violado, apenas sofrendo conseqüências da transgressão normativa ²⁰³ por conseguinte, na visão de tal autor, a sociedade poderia ser concebida como um terceiro prejudicado.

Ato contínuo, em decorrência do exposto e principalmente em exame aos ensinamentos de Giuseppe Bettiol, acredita Ana Sofia Schimidt de Oliveira inexistir uma sinonímia entre vítima e titular do bem jurídico ofendido – como imediatamente lesados -, haja vista as modernas construções dos tipos delitivos de mera conduta, desnecessários de vítimas físicas para sua consumação.²⁰⁴

Assim, ao invés de ampliar o conceito de pólo passivo, estende seu juízo no concernente à vítima, o que pode ser observado sobre suas conclusões perante o prejudicado – em contraposição ao entendido por Frederico Marques -, onde este será assim considerado tão-somente se integrante do pólo passivo da ação delituosa.²⁰⁵

Isto porque, em que pese a simplicidade de tal questão em tempos pretéritos – leia-se: em uma época em que o poder punitivo era exercido por meio de um direito penal de vingança privada -, onde o pólo passivo e a vítima consistiam em um único ente, veementemente delineados e sabidos aos olhos de todos, conforme alhures deduzido, os conceitos modernos trouxeram grande transformação, valendo destacar o seguinte excerto:

²⁰¹ OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. **A vitimologia e o Direito Penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal.** 1999, p. 80.

²⁰² *Idem.*

²⁰³ *Idem.*, p. 81.

²⁰⁴ *Idem.*

²⁰⁵ *Idem.*

“Inicialmente, no período do Direito Penal na vingança privada, a vítima possuía extraordinária relevância, constituindo-se em ponto fundamental de referência para a resposta punitiva. Com a transformação do Direito Penal e sua visualização como Direito Público, a vítima foi reduzida praticamente a mero sujeito passivo do delito, quase que sem relevância na análise das categorias jurídico-penais.”²⁰⁶

Dessa banda, em termos técnicos, verifica-se ter o conceito de vítima sido alterado pela vitimologia moderna, de modo a possibilitar a elaboração dos tipos penais prescindíveis de vítimas (tipos de perigo abstrato), uma vez que a vitimologia tradicional – pautada na relação interpessoal entre o delinqüente e a pessoa lesada – obstava o incremento do poder punitivo.²⁰⁷

Destarte, por meio de interesses escusos, exarados no curso do presente, passaram a integralizar na criminalidade contemporânea²⁰⁸ diversas condutas consideradas potencialmente lesivas, onde restam ausentes vítimas específicas, passíveis de identificação, ou mesmo figuras delituosas em que do bem jurídico protegido inexistente como titular um indivíduo específico.²⁰⁹

Ou seja, com o objetivo de controle das massas, de modo a isolar os indesejados pela população monetariamente favorecida, incrementaram-se as figuras delitivas, de modo a punir não só os que perpetrassem um mal a outrem, mas os que, de acordo com um comportamento prescrito, pudessem – leia-se: tivessem oportunidade e capacidade – causar o mal antevisto pelos previdentes legisladores.²¹⁰

²⁰⁶ CARVALHO, Alexandre Victor de. *Vítima e Dogmática. Vitimologia no Terceiro Milênio*. 2004, p.1.

²⁰⁷ OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. *A vitimologia e o Direito Penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. 1999, p. 82.

²⁰⁸ “Na futura evolução do papel da vítima também deve-se levar em conta que a mudança social e a intervenção do Direito Penal em novos setores ou âmbitos como o meio ambiente, saúde pública, responsabilidade pelo produto, etc., estão levando, claramente, a uma política de criminalização e condutas danosas sem vítima ou, em seu caso, com uma vítima diluída no seio da sociedade, ou, com outra terminologia, contra o meio ambiente e todo o âmbito de delinqüência do ‘colarinho branco’, são infrações onde as vítimas não são visíveis. (...); também ressalta que a moderna política criminal tende a desvincular cada vez mais o delinqüente da vítima e a converter a proteção em abstrato desta em um mero pretexto para criminalizar ações que não estão direcionadas a pessoas em particular.”. HASSEMER, Winfreid e CONDE, Francisco Muñoz. *Introdução à Criminologia*. 2008, p. 158/159.

²⁰⁹ OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. *Op. cit.*, p. 82

²¹⁰ “Em direito penal também existem ‘delitos sem vítima’ ou com vítimas diluídas em toda a sociedade, que é, em última instância, quem, como um todo, sofre as conseqüências negativas do delito. Em princípio, portanto, quando aqui falamos de vítima, o fazemos no sentido da pessoa que sofre diretamente os efeitos da ação delitiva. A partir deste ponto de vista, o conceito de vítima é

Como consequência direta desta transformação, podemos perceber o decréscimo do valor conferido à vítima, bem como a sobreposição de holofotes às pessoas dos delinquentes, como se o Estado houvesse por bem repreendê-los, porém em nada importando uma reparação dos danos - sejam estes patrimoniais, físicos ou psíquicos - sofridos pelos titulares dos supostos bens jurídicos lesionados.²¹¹

Isto porque, a partir do momento em que dos tipos penais de resultado apenas se conferem medidas para neutralizar e repreender o transgressor, existindo ainda, na modernidade, práticas que nem ao menos ofendem diretamente outrem, verifica-se atuar o Estado de modo controvertido, ou seja: não reparando prejuízos sofridos, mas simplesmente se vingando de quem infringiu seus mandamentos.²¹²

E a vítima? Que proteção recebe esta do Estado? Uma garantia de punição do delinqüente? E que benefícios por ela serão auferidos com mencionada medida? Não detém a mesma importância ao Estado?²¹³

Pois bem. Infelizmente, observa-se ser órfã a vítima no sistema penal brasileiro, haja vista que tratá-la – restituindo seu patrimônio, dignidade, bem como lhe concedendo tratamentos físicos e psiquiátricos, dentre diversos outros -

somente relevante e importante nos crimes contra a vida, integridade física e moral, honra, intimidade, liberdade, liberdade sexual, patrimônio e alguns mais, nos quais indiretamente se produzem danos colaterais concretos a pessoas individuais, como são os delitos contra a saúde pública, os meios ambientais e alguns delitos socioeconômicos.” HASSEMER, Winfreid e CONDE, Francisco Muñoz. **Introdução à Criminologia**. 2008, p. 129.

²¹¹ “Praticamente até o início dos anos 70 a criminologia centrou todos os seus esforços de elaboração científica, tempo, dinheiro, hipóteses e investigações exclusivamente no delinqüente, sem preocupar-se com a vítima do delito.” HASSEMER, Winfreid e CONDE, Francisco Muñoz. *Op. cit.*, p. 127.

²¹² “A pena de prisão não cumpre, nem sequer, nem em teoria, as hipotéticas funções ressocializadoras, senão reais funções de custódia e controle do recluso. Este segundo aspecto da prisão tem sido revalorizado nos últimos anos, até a ponto de ter sido considerado prioritário e verdadeiro fundamento de sua imposição, já que, através dela, neutraliza-se o delinqüente e o impede de voltar a delinqüir durante o tempo em que passar recluso, o máximo possível, sobretudo quando se tratar de delinqüentes perigosos, dificilmente corrigíveis e ressocializáveis e muito provavelmente, portanto, reincidentes. A esta revalorizada função da pena de prisão chama-se, na moderna teoria penitenciária americana, ‘incapacitacion’.” HASSEMER, Winfreid e CONDE, Francisco Muñoz. *Op. cit.*, p. 22.

²¹³ “Um Direito Penal orientado para a prevenção se ocupa, ao contrário, da vítima somente de forma tangencial. Sua meta é prevenir o futuro e se roga sobre as possibilidades de melhorar o autor do delito, de dissuadir futuros delinqüentes e reforçar o sentimento social de respeito às normas. Não pode argumentar com considerações morais, mas empíricas. A lesão do interesse da vítima já não constitui o fundamento da consequência jurídico-penal, mas um mero indicador utilizado para valorar a probabilidade de comissão de futuros delitos por parte deste ou aquele autos.” HASSEMER, Winfreid e CONDE, Francisco Muñoz. *Op. cit.*, p. 157/158.

demanda um custo deveras superior à construção de inúmeras penitenciárias e suporte técnico para manutenção da estrutura repressiva.²¹⁴

Logo, qual a real serventia do Direito penal? Simplesmente constringir a liberdade daqueles que por diversos motivos – principalmente em virtude da displicência do poder estatal frente a população carente – não se submetem às normas, ou que por necessidade infringem-nas?

Com efeito, em oposição ao hodierno entendimento sobre a vítima e os delitos onde esta é entendida como inexistente ou prescindível, destaca-se com louvor o professor alemão Hassemer, que entende consistir a pessoa lesada em partícipe necessário à configuração de delitos, de modo algum sendo dispensável à sua realização de um crime.²¹⁵ Assim, defende que perante a ausência física de um ofendido, não há delito.

Além do exposto, apenas a título elucidativo, há uma concepção diversa da aqui apresentada a respeito dos crimes sem vítimas. Consiste esta aceção no entendimento da vigência de um acordo de vontade entre todos os envolvidos, restando ausente qualquer sentimento de vitimização – crimes denominados consensuais. Assim, punir-se-ia não pela ofensa a outrem, mas pela quebra do contrato social, pelo mal perpetrado pelo delinqüente a ele próprio. Logo, os tipos penais prescindiriam de vítima em virtude desta congruência entre esta e o infrator, o que, por óbvio, consiste em absurdo.²¹⁶

Retomando, cumpre observar, em vias do explicitado, que a figura da vítima nos delitos de perigo abstrato ou será concebida em sua forma difusa, sendo, portanto, um ofendido aparente – vez que não consiste no titular do bem jurídico

²¹⁴ “O problema da prevenção geral é que, diferente do que sucede com a previsão especial, que de algum modo, mais cedo ou mais tarde, tem como objeto concreto de referência um sujeito individual que tenha cometido o delito, seu sujeito de referência é sempre a coletividade anônima de todos os cidadãos que potencialmente podem, alguma vez, chegar a cometer um delito. (...). Abstém-se, realmente, a maioria da população de cometer delitos por medo das conseqüências penais com que as leis ameaçam sua comissão? Ou acima, ou debaixo delas, outros fatores mais relevantes previnem de um modo geral mais eficazmente a criminalidade?”. HASSEMER, Winfreid e CONDE, Francisco Muñoz. **Introdução à Criminologia**. 2008, p. 236.

²¹⁵ “A vítima é partícipe necessário nas constelações de delitos mais clássicos: furto, roubo, estelionato, lesões, homicídio, sequestro, ameaça, injúria. Esses delitos são inimagináveis se não existisse um ataque, ao menos tentado, a uma vítima. E se não existe uma vítima, ou pelo menos a possibilidade que exista, não há delito.”. HASSEMER, Winfreid e CONDE, Francisco Muñoz. *Op. cit.*, p. 128.

²¹⁶ OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. **A vitimologia e o Direito Penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. 1999, p. 83-84.

lesado imediatamente – ou o interesse público na tutela do bem jurídico não existirá, a não ser de forma indireta.²¹⁷

Ambas as hipóteses constituem indevida intromissão do direito penal na esfera da atividade privada de pessoas responsáveis. Assim, “a solução, exatamente porque é um contra-senso a existência de um crime sem vítima, deve ser a descriminalização.”²¹⁸

Como supedâneo à nova vitimologia, foi criada pelo legislativo a figura da incolumidade pública, bem como do meio ambiente, como se um ente fossem, vitimizando tudo e a todos, como forma sutil e dissimulada de implantação de um Direito Penal Máximo.²¹⁹

Sobre essa questão da vitimização, sustenta Ana Sofia Schimidt de Oliveira sua compreensão subsumir-se às modalidades primária, secundária e terciária, onde a primeira consistiria na vítima diretamente atingida pelo delito (quando essa houver), a segunda no poder punitivo – mediamente abalado pela transgressão normativa – e a terceira àqueles diretamente desamparados pelo Estado, desmunidos, portanto, de qualquer assistência social.²²⁰

Ademais, de acordo com os ensinamentos de Ferrajoli, teria o Direito Penal surgido para substituir a relação bilateral entre vítima e ofensor, de modo a confeccionar uma relação trilateral a partir da inserção do judiciário para uma resolução imparcial dos conflitos.²²¹ Logo, em sendo entendida a vítima como incolumidade pública, inexistiria este terceiro imparcial (posto consistir o judiciário

²¹⁷ OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. **A vitimologia e o Direito Penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal.** 1999, p. 83-84.

²¹⁸ *Idem.*

²¹⁹ “A tipologia contemporânea de Neuman é extremamente ampla, abrange indivíduos, grupos humanos, nações e até mesmo o meio ambiente. Tal amplitude sugere mesmo a indagação: quem fica de fora? Parece tratar-se, mais, de uma fórmula que possibilita incluir toda a humanidade na categoria de vítima. Sem dúvida, o mérito de tal abrangência é revelar as formas sutis e evidentes dos processos de vitimização que atingem a todos. Se se pretende encontrar aí alguma utilidade prática, para além desse aspecto, é tarefa que fica por ser feita.” OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. *Op. cit.*, p. 101.

²²⁰ “Normalmente, por vitimização primária se entende aquela causada pelo cometimento do delito; por vitimização secundária, aquela causada pelas instâncias formais de controle social. Alguns autores mencionam também a vitimização terciária, que seria a resultante do desamparo de assistência pública e social.” OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. *Op. cit.*, p. 111.

²²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** 1999, p. 95.

em um poder público), o que de pronto inviabilizaria a persecução penal frente ao total descumprimento dos princípios processuais penais de garantia ao cidadão.

Desse modo, cabe uma análise sob outro viés. Não seriam também os delinquentes vítimas diretas da displicência do poder estatal, tão absoluto e quanto excludente? Como vitimizar a incolumidade pública se tão ofendidas são as classes subalternas?²²²

Sob este viés, atesta-se ser o delinqüente, mediante certa análise, igualmente uma vítima social. Ou seja, ao atuar o Estado do modo excludente como o faz, igualmente agride a incolumidade pública, conferindo subsídios às populações carentes para ingressarem em um quadro de descumprimento das exigências legais.

Ironicamente, o fato do transgressor ser também uma vítima social reitera o posicionamento presente, haja vista que, em não havendo reparos aos imediatamente ofendidos, obviamente restariam os marginalizados desprovidos de quaisquer auxílios. Eis mais uma comprovação da total falência do sistema criminal como o temos.

3. DA ATIPICIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO FRENTE A VERTENTE RESTRITIVA DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE CLAUD ROXIN

“A instituição do direito penal pode ser considerada, ao lado das instituições de socialização, como a instância de asseguramento da realidade social.”. (Otto Kirchheimer e Georg Rusche)²²³

Há quem defenda a instauração e manutenção das figuras delitivas de perigo abstrato sob o argumento de estarem resguardadas pela moderna teoria da imputação objetiva, posto esta pautar, conforme sustenta Roxin, seu objetivo na

²²² “Como bem salientou Javier de Vicente Remesal, ‘o conteúdo básico da vitimodogmática consiste, em termos gerais, em examinar se, e em que medida, o comportamento da vítima é relevante na determinação da responsabilidade criminal do autor, como atenuante (sobre o qual não existe maior discussão), como eximente (para as posições mais extremas), ou como agravante (ainda que a doutrina tenda a rechaçar que a repercussão agravadora tenha algo que ver com o princípio vitimológico)’.”. CARVALHO, Alexandre Victor de. **Vítima e Dogmática. Vitimologia no Terceiro Milênio**. 2004. p. 3

²²³ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 98.

reformulação do tipo penal, calcado no ideal de risco produzido por um determinado comportamento.²²⁴

Sobre esta teoria, ressalta-se tê-la origem no pensamento platônico, sendo, posteriormente, aperfeiçoada pelos ensinamentos aristotélicos.²²⁵ Após, em meados do século XVII, Samuel Pufendorf trabalhou no conceito de imputação, subdividindo-o nas denominadas *imputativitas* – condições objetivas de determinação da imputação ou sua expulsão – e *imputatio* – análise subjetiva, onde se valora o evento, levando-se em consideração, inclusive, atividades posteriormente realizadas ao episódio vergastado.²²⁶

Por conseguinte, Georg Hegel, no século XIX, concedeu sua contribuição à temática, sob seus questionamentos concernentes aos fatos objetivos que seriam aptos a serem imputados ao indivíduo supostamente infrator, fazendo—o sob um viés subjetivo, utilizando-se, destarte, do ideal volitivo de perpetração de determinado ato para justificar superveniente responsabilização penal.²²⁷

Ato contínuo, foi a doutrina da imputação objetiva também beneficiada com os ensinamentos de Karl Larenz,²²⁸ em meados do século XX, detendo, entretanto, como grandes contribuintes após a Segunda Guerra Mundial Claus Roxin²²⁹ e Günter Jakobs,²³⁰ com visões um tanto quanto divergentes entre si, porém com um intuito em comum: diminuir a responsabilização penal imposta pela Teoria da Equivalência das Condições.²³¹

²²⁴ “A teoria da imputação objetiva surge com o intuito de reformular o tipo penal, com base na idéia de “risco”. “A teoria parecia resumir-se em dois pontos de vista: criação de um risco proibido e realização deste risco no resultado.”. ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 2002, p. 2.

²²⁵ RIBEIRO, Fernanda Chávez Pina. **Teoria da Imputação Objetiva**. 2008, p. 12.

²²⁶ *Idem.*, p. 13.

²²⁷ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2008, p. 124.

²²⁸ “Larenz diz que a resposta que se procura num caso concreto é se é possível atribuir ao sujeito o fato como ação sua e daí torná-lo responsável. Quando o resultado não é objetivamente previsível, não se lho pode atribuir como obra sua, mas como acontecimento casual.”. BACILA, Carlos Roberto. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal**. 2008, p. 63.

²²⁹ BACILA, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 66.

²³⁰ RIBEIRO, Fernanda Chávez Pina. *Op. cit.*, p. 17.

²³¹ “As tendências teleológicas visam garantir a prevalência de um conceito jurídico sobre um conceito natural (pré-jurídico) de ação. Nesse sentido, destacou-se que o processo causal, partindo de uma perspectiva objetiva, não poderia ser considerado como realidade natural, mas como processo

Todavia, ainda que unidos sob um mesmo intento, enquanto o primeiro visava estabelecer um direito penal mínimo, com intensa redução da responsabilização penal, de modo a ampliar os critérios à imputação de uma figura delitiva a determinado sujeito, Jakobs primou pela garantia das expectativas sociais em relação à proteção dos bens jurídicos, de modo a endossar o incremento das formas preventivas, fazendo-o, pois, mediante defesa quanto à aplicação da pena nos casos em que riscos proibidos restassem produzidos.²³²

Com efeito, Jakobs serviu-se do conceito de risco proibido, o qual se originaria quando alheio ao comportamento padronizado de determinada pessoa, em virtude de suas aptidões e conhecimentos pessoais.²³³ Somado a este elemento, imputar-se-ia ao sujeito o que, com conduta arriscada, consistisse socialmente perturbador.²³⁴

Ou seja, para este autor, a concretude de um resultado resta prescindível em termos de cominação delitiva, haja vista primar, como afirmado, pela estabilidade – suposta seguridade - social. Assim, para ele, as figuras de perigo abstrato denotar-se-iam-se plenamente justificadas.

Em contrapartida a este entendimento, Roxin sustenta que, na teoria da imputação objetiva, além da criação de um risco juridicamente não permitido para justificar porvindoura condenação, deveria este ser observado no resultado lesivo,²³⁵ Sob esse entendimento, ao contrário do elucubrado por muitos doutrinadores, não

dotado de um sentido – já que integrava um sistema normativo – e, portanto, o resultado não seria unicamente o produto necessário de um dado antecedente, mas algo determinado a partir de um objetivo.”. PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes. **Teoria da Imputação Objetiva do Resultado**. Uma aproximação crítica a seus fundamentos. 2006, p. 14.

²³² “Günter Jakobs, autor de nossos dias, concebe o bem jurídico como uma validade fática da norma, fato que, em última análise, resulta por esvaziar a noção de bem jurídico. Consoante aduz Chaves Camargo, para Jakobs a ‘pena tem uma função de garantir as expectativas sociais e se caracteriza pela prevenção geral, que é positiva e não intimidatória’, não tendo, por conseguinte, a finalidade de tutelar bens jurídicos.”. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. 2003, p. 35.

²³³ “(...) para Jakobs, o sujeito somente cria o risco proibido se ultrapassar os limites de seu modelo social de atuação. Se ele defraudar as expectativas que se tem do seu modelo social ou *standard* e ele tiver um dever de garantidor, então está criado o risco proibido.”. BACILA, Carlos Roberto. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal**. 2008, p. 145.

²³⁴ BACILA, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 144.

²³⁵ “Conforme Claus Roxin, três são os níveis de imputação: 1) a criação de um risco jurídico – penalmente relevante ou não permitido ou desaprovado; 2) a realização do risco imputável no resultado lesivo; 3) a infringência ao fim de proteção do tipo penal ou alcance do tipo.”. CARVALHO, Alexandre Victor de. *Vítima e Dogmática. Vitimologia no Terceiro Milênio*. 2004, p. 5.

bastaria que a conduta gerasse um perigo juridicamente desaprovada para delinear-se como punível, mas que, por meio desse risco gerado, detivesse um resultado naturalístico – uma ofensa concreta a um bem juridicamente tutelado.²³⁶

Desse modo, sustenta o pensador que uma conduta consiste penalmente relevante tão-somente quando desta originar-se um risco desaprovado pelo ordenamento. Aduz que a inexistência de um risco proibido em uma conduta seria, de antemão, um óbice para a elaboração de um tipo penal, uma vez que utilizado apenas como *ultima ratio* – em que pese isso não mais ocorrer.²³⁷

Todavia, somado ao requisito supra explicitado, faz-se necessário que tal risco tenha sido observado no resultado ocorrido.²³⁸ Ou seja, determina-se imprescindível a existência de lesão concreta a bens jurídicos, sendo esta decorrente de um perigo anterior desaprovado juridicamente.

A propósito:

“Contudo, para que se impute ao autor a causação de um resultado, não basta que ele crie o risco não permitido (isto é, juridicamente desaprovado) de um certo resultado. É necessário, ademais, que o resultado decorra justamente deste risco, que seja o desenvolvimento natural do perigo cuja produção o Direito houve por bem proibir. Noutras palavras: o segundo requisito da imputação objetiva é a realização do risco no resultado”.²³⁹

Assim, temos que intentou Claus Roxin a inovação da teoria objetiva do tipo, acrescentando critérios à aferição do tipo delitivo. Logo, consistiria o tipo objetivo, pós teoria da imputação objetiva, na existência de uma ação, um resultado e nexos de causalidade entre ambos, somados a criação de um risco desaprovado pelo ordenamento, com realização do mesmo no resultado produzido.

Contudo, frente à necessidade de risco na conduta perpetrada, há autores que asseveram ser a Teoria da Imputação Objetiva adequada a conferir legitimidade

²³⁶ “(...) o tipo objetivo não se esgota mais nos elementos da ação, resultado o nexos de causalidade; para que se realize é necessário, ademais, que se acrescentem os requisitos da criação de um risco juridicamente desaprovado e da realização deste risco no resultado.”. ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 2002, p. 3.

²³⁷ “Ações que não criam riscos, isto é, ações não perigosas, jamais são típicas, ainda que venham eventualmente a causar lesões.”. ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 8.

²³⁸ “Neste ponto, vale uma observação muito importante, que consiste num argumento da Teoria da Imputação Objetiva, que é a necessidade da ‘realização do risco proibido’, isto é, se o risco proibido criado realizou o resultado.”. BACILA, Carlos Roberto. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal**. 2008, p. 77.

²³⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 8.

aos delitos de perigo abstrato, ignorando seu preceito fundamental, qual seja a presença do risco em um resultado praticado.

A propósito, destaca Carlos Roberto Bacila:²⁴⁰

“Os autores apontam que a Teoria da Imputação Objetiva também pode ser tratada nos **tipos de perigo abstrato ou de perigo concreto**. Nesses tipos de perigo (que também são denominados de tipos de mera conduta) não existe necessidade de lesão efetiva ao bem jurídico, necessitando-se para a sua consumação a conduta sem o resultado material, fazendo com que a análise da imputação objetiva seja somente sobre o tipo, isto é, sobre o dever especial do autor.”. (destaque original).

Ora, em visão diametralmente oposta à supra aludida, se os critérios para a imputação penal, mediante a doutrina em apreço, verificam-se na necessária criação de um risco não permitido, com conseqüente aplicação do mesmo no resultado praticado, como considerar como um tipo penal um comportamento ausente de resultado concreto?

Assim, como propõe a teoria em sua versão mais pura, aqui considerada a elucubrada por Claus Roxin, a confecção do perigo seria um requisito isolado, necessário de sua concretude em um resultado para finalização (desde que igualmente somados à ação e nexo de causalidade, conforme alhures deduzido).

Logo, se o porte de arma consiste meramente num risco, qual seria o resultado lesivo?

Desse modo, de acordo com exposto, verifica-se a existência, dentro desta doutrina, de duas linhas de pensamento, abrangendo, portanto, as teorias restritivas – defendida por Roxin - e as teorias extensivas – explanada por Jakobs.²⁴¹

Conseqüentemente, defende a visão restritiva que apenas demandam responsabilidade penal os crimes materiais, ao passo que determina o entendimento extensivo que tanto crimes materiais, formais e de mera atividade ensejam tutela judicial, o que, como apresentado, contraria a própria lógica do sistema penal, uma vez que ausente um resultado concreto, insubsistente a punição.

²⁴⁰ BACILA, Carlos Roberto. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal**. 2008, p. 110-111.

²⁴¹ RIBEIRO, Fernanda Chávez Pina. **Teoria da Imputação Objetiva**. 2008, p. 20.

4. DO CUMPRIMENTO DE PRINCÍPIOS²⁴² FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL: PROPORCIONALIDADE E OFENSIVIDADE

“Ou seja, no momento em que o criminólogo reconhece que é crime o que a lei penal diz que é, ele abre mão de sua visão crítica e aceita que o Código Penal é um divisor de águas legítimo e eficiente.” (Ana Sofia Schmidt de Oliveira)²⁴³

Os princípios do ordenamento penal detêm importante função - em que pese não devidamente cumprida nos tempos hodiernos - concernente na delimitação dos poderes judicial e, principalmente, legislativo,²⁴⁴ o qual tão somente deveria elaborar tipos penais após observação estrita aos mesmos, uma vez que detentores de assento constitucional, compondo legítimos limitadores do *ius puniendi*.²⁴⁵

Na finalidade do presente trabalho, o mandamento abstrato de elevado destaque, responsável pelos questionamentos quanto à constitucionalidade das figuras delitivas de perigo abstrato, cinge-se no princípio da ofensividade (ou lesividade),²⁴⁶ o qual defende que uma conduta para ser considerada típica deve proporcionar lesão a bens jurídicos tutelados pela norma, ou, ao menos, oferecer perigo de lesão concretamente verificado.

Sobre tal, seguem os ensinamentos de Cesar Roberto Bitencourt:

²⁴² “os princípios são normas jurídicas de otimização (optimierungsgebote) das possibilidades de realização jurídica dos mandados, das proibições e das permissões na vida real.”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte geral**. 2007, p. 19.

²⁴³ OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. **A vitimologia e o Direito Penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal**. 1999, p. 84.

²⁴⁴ Sobre tal, assevera Bitencourt que “*O princípio da ofensividade* no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, *servir de orientação à atividade legiferante*, fornecendo substratos políticos-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração de um tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, *servir sw critério interpretativo*, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 2006, p. 28.

²⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (nullum crimen sine iniuria)**, funções político-criminal e dogmático interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*. p. 33.

²⁴⁶ Há autores, como Márcio Antônio Ribeiro Lopes, que distingue como autônomos os princípios da ofensividade e lesividade, afirmando ser o primeiro informador do conteúdo material do conceito de delito. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. 2003, p. 93.

“Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um *perigo concreto*, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de *repressão penal* se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem juridicamente tutelado. Por essa razão, são *inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato*.²⁴⁷ (grifo original).

Em mesma toada, Cirino dos Santos expande ainda mais a concepção do princípio em voga, sustentando o mesmo proibir a cominação de penas e medidas de segurança em hipóteses que as lesões perpetradas demonstrem-se irrelevantes.²⁴⁸

Assim, para o autor não basta a existência de lesão ou de perigo concreto para a imposição de um tipo penal, mas, sim, a existência de relevante ofensa um bem jurídico, sendo a expressão positiva do princípio da insignificância.²⁴⁹

Logo, inexistindo lesão a um bem jurídico penalmente resguardado, ou um concreto perigo a sua ofensa, um dos requisitos para a concepção primária da figura delitiva resta insubsistente, qual seja o desvalor do resultado. Desse modo, resta ausente o delito quando não houver desvalor da ação – realização de uma conduta consciente – ou afetação concreta de um bem jurídico.²⁵⁰

Portanto, de acordo com a premissa latina, não pode haver crime quando ausente injúria - *Nullum crimen sine iniuria*.²⁵¹

Na sequência, encontramos igualmente em Nilo Batista supedâneo ao ponto de vista ora assentado, uma vez que este proíbe a cominação de crimes quando existente apenas a intenção delitiva – mera cogitação -, em existindo simplesmente atos preparatórios ou a autolesão, determinando proibida, também, a incriminação

²⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral** 2006, p. 27-28.

²⁴⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte geral**. 2007, p 25.

²⁴⁹ *Idem.*, p. 26.

²⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral**. 2004, p. 116.

²⁵¹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e dogmático interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale***. 2002, p. 34.

de estados ou condições existenciais, e, por fim, de condutas que deixem de afetar bens jurídicos.²⁵²

Logo, de acordo com o exposto, novamente os delitos de perigo abstrato apresentam-se rechaçados por ferramentas consolidadas pelo ordenamento, demonstrando serem espécies delitivas sem respaldo legal, meramente inventadas frente a interesses políticos, conforme alhures deduzido. Como observado, tais crimes apresentam-se inconstitucionais, porém não vergastado ante a inércia frente aos desmandos do legislativo.

Nesse contexto, interessante observar que Ângelo Roberto Ilha da Silva - ferrenho defensor da constitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, como demonstra sua Tese de doutoramento defendida na Universidade de São Paulo - afirma, contraditoriamente a seu entendimento, que intervenções penais justificam-se unicamente “(...). *quando for estritamente necessária a defesa de valores eleitos pela comunidade como essenciais em face de agressões intoleráveis.*”²⁵³

Conclui a exposição retromencionada, todavia, sob o argumento de ser o princípio da lesividade respeitado nessa espécie de infração penal frente aos resultados catastróficos que um dano efetivo poderia trazer,²⁵⁴ o que denota certa ambigüidade, distorcendo os preceitos trazidos pelo princípio, primeiramente defendendo intervenção estatal somente frente a agressões intoleráveis, posteriormente afirmando sua legitimidade frente a possíveis danos.²⁵⁵

Destarte, somado ao ora elucidado, bem como às contradições daqueles que defendem a legitimidade dos delitos de mera atividade, deve-se ressaltar que

²⁵² “Ao tratar do princípio, Nilo Batista enumera quatro funções principais: a primeira consiste em “proibir a incriminação de uma atitude interna”. Por essa função não será possível responsabilizar criminalmente alguém sem que tenha esboçado qualquer conduta que vise a atingir bem alheio, ainda que tenha havido cogitação (*cogitationis poenam Nemo patitur*). A segunda função está em “proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio amor”, segundo a qual não se devem criminalizar meros atos preparatórios, autolesão etc. A terceira função visa a “proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais”, tratando-se, pois, de suprimir o direito penal do autor para dar lugar ao direito penal do fato. A quarta função tenciona “proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.” SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. 2003, p. 94.

²⁵³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Op. cit.*, p. 94.

²⁵⁴ *Idem.*, p. 101.

²⁵⁵ Para o autor, delitos de perigo abstrato respeitam o princípio da lesividade. Sustenta que alguns bens só podem ser eficazmente tutelados de forma antecipada, “seja em razão dos resultados catastróficos que um dano efetivo traria, seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior, (...)”. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Op. cit.*, p. 101.

justamente pela ausência de ofensividade destas condutas, a aplicação de pena, com conseqüente exercício dos poderes executivo, legislativo e judiciário para a resolução de tais questões, apresenta-se em dissonância com os preceitos abstratos da proporcionalidade.²⁵⁶

Isto porque, além dos três subprincípios que englobam este mandamento de otimização – idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -,²⁵⁷ o mesmo, segundo o doutrinador Cirino dos Santos, subdivide-se em mais dois campos, determinando, desse modo, pregar a proporcionalidade abstrata a limitação da criminalização primária às lesões significantes, consistentes em graves violações aos direitos humanos; e a proporcionalidade concreta como delimitadora dos custos individuais e sociais da criminalização secundária.²⁵⁸

De tal modo, determina a regra abstrata que a conduta a ser criminalizada, além de ser adequada, necessária e deter proporcionalidade entre já elaborado pelo *Codex Penal* e legislações esparsas, deve guardar importância frente a comportamentos lesivos que destoem de meras bagatelas – como o próprio porte ilegal de arma de fogo -, sendo, ainda, a punição equivalente em face aos custos individuais e os sofridos pela sociedade.

Conseqüentemente, o princípio da proporcionalidade desmantela as figuras delitivas de perigo abstrato, haja vista que, por não oferecerem lesão a bens jurídicos ou mesmo perigo concreto a eles, verifica-se deveras custosa a segregação pessoal defronte ao “mal” tolerado pela sociedade, que de fato não sofreu mal algum.²⁵⁹

Não bastasse, em existindo meios menos gravosos para sancionar determinados comportamentos, determina o princípio em comento que estes sejam empregados, de modo a levar a esfera penal unicamente às práticas consideradas

²⁵⁶ Cabe, sobre o assunto, fazer menção aos ensinamentos de Salo de Carvalho: “O vício metafísico que envolve a cultura judaico-cristã ocidental fomentou excessos de normativismo cujo resultado histórico foi desde o baixo grau de efetividade à inversão ideológica dos direitos humanos.”. CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p. 109.

²⁵⁷ “O princípio que temos examinado, o sentido da proporcionalidade em sentido amplo, decompõem-se em três subprincípios: a) princípio da adequação ou idoneidade; b) princípio da necessidade ou da exigibilidade e c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.” SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. 2003, p. 103.

²⁵⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte geral**. 2007, p. 28.

²⁵⁹ “Os conflitos de divergência contidos o Direito Penal – as infrações criminosas – pertencem ao pior que os seres humanos podem fazer uns aos outros, eles são o ataque a interesses fundamentais.”. HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. 2007, p. 212.

relevantes, danosas, conforme citado por Ângelo Roberto Ilha da Silva,²⁶⁰ novamente contrariando suas convicções.

Por oportuno, destaca-se:

“A lição de Nelson Hungria nos oferece uma boa noção do princípio: ‘Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica, é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com sanções civis, não há motivo para a reação penal.’”²⁶¹

Já em tempos pretéritos defendia-se a intervenção do poder punitivo como *ultima ratio*, defendendo Beccaria que a punição de práticas indiferentes, não ofensivas de fato, ao invés de coibi-las, delineava novos delitos, sendo inclusive sustentado por Montesquieu ser tirânica toda pena que se demonstrasse desnecessária,²⁶² pensamento este consolidado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 8º.²⁶³

Enfim, poderíamos aqui elencar outros princípios aptos a destituir de legitimidade os comportamentos ora investivados – como o princípio da exigibilidade (necessidade),²⁶⁴ da intervenção mínima,²⁶⁵ da insignificância²⁶⁶ no entanto, os

²⁶⁰ “Destarte, havendo dois meios igualmente adequados para alcançar-se a consecução de um fim que o direito demanda, figurará como proporcional – pressupondo-se presente a necessidade – aquele que se apresentar como menos gravoso.”. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. 2003, p. 105.

²⁶¹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Op. cit.*, p. 118-119.

²⁶² Em mesma linha de pensamento, assevera Hassemer: “Um conceito mais exigente da efetividade não pode somente atentar para os efeitos imediatos da ameaça da pena e da execução da pena, ele deve considerar que uma proteção ‘efetiva’ dos bens jurídicos penais, a longo prazo, somente pode ser desejado, quando os homens respeitarem os bens jurídicos dos outros pela própria compensação e não pelo medo. ‘Efetividade’ deve ser concebida a partir da pessoa para a qual as normas penais se dirigem.”. HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. 2007, p. 218.

²⁶³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Op. cit.*, p. 120.

²⁶⁴ “O segundo elemento, dito princípio da necessidade ou exigibilidade, decorre do fato de ser inconciliável com um Estado de Direito medida constrictiva ao cidadão que se mostre dispensável, desnecessária. Indaga-se se não há outro meio menos gravoso de que possa o Estado valer-se para alcançar o fim proposto.”. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Op. cit.*, p. 104.

²⁶⁵ “A intervenção penal deve ser fragmentária e subsidiária. (...) a) somente os bens mais relevantes devem merecer a tutela penal; e b) exclusivamente os ataques mais intoleráveis é que devem ser punidos penalmente.”. GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral**. 2004, p. 113.

mandamentos ora apresentados já o fazem magistralmente, demonstrando, por si só, a equivocada atuação do hodierno sistema punitivo.²⁶⁷

Cabe, pois, finalizar o presente tópico com um pensamento de Michel Foucault:

“E acima dessa distribuição dos papéis se realiza a negação teórica: o essencial da pena que nós, juízes, infligimos não creiais que consista em punir; o essencial é procurar corrigir, reeducar, ‘curar’; uma técnica de aperfeiçoamento recalca, na pena, a estrita expiação do mal, e liberta os magistrados do vil ofício de castigadores. Existe na justiça moderna e entre aqueles que a distribuem uma vergonha de punir, que nem sempre exclui o zelo; ela aumenta constantemente: sobre esta chaga pululam os psicólogos e o pequeno funcionário da ortopedia moral.”²⁶⁸

²⁶⁶ “A *irrelevância* ou *insignificância* de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação *ao grau de sua intensidade*, isto é, *pela extensão da lesão produzida*, (...).” BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 2006, p. 27.

²⁶⁷ “Muito embora a tese de que os prisioneiros são sujeitos de direito e são portadores de proteção legal tenha merecido certo reconhecimento, a execução das penas é, na prática, controlada por regulamentos puramente administrativos, que podem ser arbitrariamente interpretados e que não passam de instruções para uso interno dos corpos administrativos, alguma coisa como os regulamentos costumeiros ingleses (*standing orders*).” KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 217.

²⁶⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Nascimento da Prisão. 2001.p. 13.

CAPÍTULO III.

**DO TIPO PENAL DESCRITO NO ARTIGO 14 E ART. 16, INCISO IV, DA LEI n.º
10.826 de 2003 (PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO)**

1. A CONDENAÇÃO MEDIANTE AUSÊNCIA DE LESÃO E COMO A MÍDIA PERPASSA A IDÉIA DE IDONEIDADE DESSA PUNIÇÃO

*“Na verdade, a ação deve ser entendida não sobre algo que os homens fazem, senão o significado do que fazem, Não o substrato de um sentido, mas o sentido de um substrato.”
(Paulo Busato)²⁶⁹*

A) O porte ilegal de arma de fogo e munição

Consoante se depreende da análise supra, são os delitos de perigo abstrato figuras criminalizadas, aptas a gerar responsabilidade penal, ainda que não produzam qualquer lesão a um bem jurídico ou que a ele ofereçam um perigo concreto. Dentre tais tipos penais, encontra-se o porte ilegal de arma de fogo, disciplinado nos artigos 14 da Lei n.º 10.826 de 2003.

Infringe este preceito normativo quem “portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, restando submetido a uma reprimenda que pode variar de 02 (dois) a 04 (quatro) anos de reclusão.²⁷⁰

Vale destacar, ainda, que se o armamento portado detiver numeração suprimida ou apresentar-se como de uso restrito ou proibido (armamento de poder

²⁶⁹ BUSATO, Paulo César. *Modernas Teorias do Delito: Funcionalismo e Significado e Garantismo. Direito Penal no Terceiro Milênio*. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. 2008, p. 627.

²⁷⁰ “**Art. 14.** Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.”.

exclusivo das forças armadas), o limite da pena será diverso, calcando-se no patamar de 03 (três) a 06 (seis) anos de reclusão, conforme preceitua o artigo 16, *caput* e inciso IV, do Estatuto do Desarmamento.²⁷¹

Desse modo, segundo entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça,²⁷² portar significa deter em seu poder. Logo, porta ilegalmente arma de fogo quem, sem registrá-la e desmunido de autorização para portá-la, estiver com o artefato consigo ou em suas proximidades, desde que fora do domicílio próprio ou do local de trabalho, salvo se proprietário do estabelecimento.²⁷³

Ainda, destaca o autor Guilherme de Souza Nucci, bem como o E. Tribunal do Estado de Justiça do Paraná, que mencionada conduta abarca não apenas as armas de fogo em si, mas também seus acessórios ou munições, de uso restrito²⁷⁴ ou permitido, consoante novo entendimento trazido pela lei n.º 10.826/2003.

A propósito:

“PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE SE ENCONTRAVA COM A ARMA NA CINTURA, NA CALÇADA, EM FRENTE DE SUA RESIDÊNCIA. CONDUTA DE PORTAR. INAPLICABILIDADE DA ANISTIA TEMPORÁRIA. ARMA DESMUNICIADA. CONDUTA TÍPICA. 1. Há que se diferenciar as duas condutas: a posse consiste em manter no interior da residência (ou dependência desta) ou no local de trabalho, a arma, acessório ou munição; o porte, por sua vez,

²⁷¹ “**Art. 16.** Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem: (...)

IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado.”.

²⁷² Sobre tal, sustenta o Ministro Feliz Fischer: “Não se pode confundir posse com o porte ilegal de arma de fogo, acessório ou munição. Com o advento do Estatuto do Desarmamento, tais condutas restaram bem delineadas. A posse consiste em manter no interior de residência (ou dependência desta) ou no local de trabalho a arma de fogo, acessório ou munição. O porte, por sua vez, pressupõe que tais itens estejam fora da residência ou local de trabalho. (Precedentes).” HC 111.803/PB, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 31/08/2009

²⁷³ Também afirmam Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira que “a doutrina internacional é clara em exprimir a idéia de que ‘portar’ significa estar com a arma de maneira a poder utilizá-la, como meio de defesa ou de ataque, a qualquer momento.”. GOMES, Luiz Flávio e OLIVEIRA, William Terra de. **Lei das armas de fogo**. 1999, p. 82-83.

²⁷⁴ Seguindo Guilherme de Souza Nucci, faz-se necessária a consulta à legislação extraordinária para a ciência dos artefatos considerados como de uso restrito, valendo destacar o artigo 3º, inciso LXXX, do Decreto n.º 3.665/000. NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**. 2006, p. 264.

pressupõe que a arma, acessório ou munição esteja fora da residência ou do local de trabalho (STJ 5ª Turma, HC 87.482/SP). Se o réu é encontrado com a arma na cintura, na calçada, em frente da sua residência, a conduta é de porte. 2. Quando a conduta é de porte não está amparada pela alegada anistia temporária dos artigos 30 e 32 da Lei 10.826/2003. 3. O fato de a arma de fogo estar desmuniada não descaracteriza o crime previsto no art. 14, caput, da Lei nº 10.826/03. RECURSO NÃO PROVIDO.”²⁷⁵.

“PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03). - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. - AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. - IRRELEVÂNCIA. - PRESCINDIBILIDADE DO LAUDO, NO CASO CONCRETO. - EVIDENCIADA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. - CRIME DE PERIGO ABSTRATO. - SENTENÇA REFORMADA. - RECURSO PROVIDO. I. A ausência do laudo de prestabilidade da munição não afasta a caracterização da materialidade do crime, porquanto para configuração do delito de porte ilegal de munição de uso restrito prescinde da realização de exame pericial para aferir a potencialidade lesiva da munição, quando evidenciada a existência do delito por outros elementos de prova. II. Basta o porte sem a devida autorização para se considerar a presença de distúrbio na paz pública, afetando a segurança social mínima que se espera no convívio social, o que lesiona o bem jurídico difuso subjacente à norma do art. 16, caput, da Lei 10.826/2003. III. Note-se que o bem jurídico tutelado pela Lei 10.826/2003 é a incolumidade pública, sendo a conduta perpetrada pelo réu evidentemente um crime de mera conduta, não sendo relevante para a sua configuração à ocorrência de resultado naturalístico.”²⁷⁶.

“ESTATUTO DO DESARMAMENTO. ARTIGO 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. INEXISTÊNCIA. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 417. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAR A MUNIÇÕES APREENDIDAS. TIPLICIDADE DA CONDUTA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. 1. A nova redação dada aos dispositivos legais pela Medida Provisória n.º 417, convertida na Lei n.º 11.706/2008, prorrogou até o dia 31 de dezembro de 2008 apenas o prazo para a regularização de armas de fogo de uso permitido, não contemplando as armas e munição de uso restrito, como no caso dos autos, em que o Paciente foi flagrado na posse de munições de uso restrito, no dia 23 de setembro de 2006. 2. Inexistindo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o quantum de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do habeas corpus. Precedentes. 3. No caso, para exacerbação da pena acima do mínimo, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de origem consideraram como desfavoráveis as circunstâncias do crime, apontando elementos concretos para justificar a exasperação, quais sejam, a grande quantidade de acessórios e de munição de arma de fogo de uso restrito de

²⁷⁵ TJPR - 2ª C.Criminal - AC 0629892-2 - Cascavel - Rel.: Des. Noeval de Quadros - Unânime - J. 18.02.2010

²⁷⁶ TJPR - 2ª C.Criminal - AC 0621686-2 - Teixeira Soares - Rel.: Des. Lidio José Rotoli de Macedo - Unânime - J. 18.03.2010

diversos calibres e modelos, que formava um verdadeiro arsenal, utilizado para garantir a atividade de tráfico de drogas. 4. Ordem denegada.”²⁷⁷.

Assim, o simples fato de carregar consigo munição de arma de fogo configura ilícito penal, punível com pena de reclusão equivalente ao porte do artefato em si, posto que, ainda segundo o autor supracitado, consiste em conduta deveras mais grave,²⁷⁸ uma vez que pode conferir poder de fogo a diversos artefatos.

Bom, divergindo do pensamento exposto, em sendo a ofensividade do porte do armamento mera presunção, quem dirá do porte de munições? Não seria abusivo criminalizar comportamento cujo perigo resta sustentado unicamente ante a possibilidade de conferir-se poder de fogo a outrem?²⁷⁹

Não bastassem os impropérios demonstrados, a ilicitude do porte estende-se inclusive quando a arma encontrar-se desmuniçada -²⁸⁰ ante o equivocado entendimento dominante de que pode ser usado como instrumento de intimidação – e desmontada, se habilitado o infrator a montá-la com certa habilidade.²⁸¹

²⁷⁷ HC 123.573/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010

²⁷⁸ “Surpreender alguém portando grande quantidade de munição, por exemplo, sem autorização legal, pode ser conduta mais grave que o singelo porte de um revólver calibre 38, devidamente registrado.”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**. 2006, p. 257.

²⁷⁹ “O projeto jurídico-penal do terceiro milênio, em processo contínuo de auto-encantamento, impõe verdade de tal ordem que adquire contornos de equívoco visto a excessiva crença na capacidade de o instrumental dogmático atingir a proteção dos interesses coletivos e transindividuais. Daí porque absolutamente narcisística a retórica do direito penal contemporâneo que realiza, com todas as forças incisivo investimento pulsional em si mesmo.”. CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p. 96-97.

²⁸⁰ “b) *porte de arma desmuniçada*: é crime. Não aquiescemos com a posição daqueles que consideram *fato atípico* o porte não autorizado de arma de fogo, somente pelo fato de estar sem munição à vista, leia-se, apreendida juntamente com a referida arma. Ora, a conduta é igualmente perigosa para a segurança pública. Pode o agente carregar a arma de fogo sem munição e, ao atingir determinado ponto, onde está a vítima em potencial, conseguir a munição das mãos de um comparsa.”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 258.

²⁸¹ “c) *arma desmontada*: depende do caso concreto. Se estiver ao alcance do agente, como, por exemplo, dentro de uma bolsa, deve-se considerar crime, pois há quem monte uma arma em segundos, inclusive com a inserção de munição, representando perigo à sociedade.”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 258.

Ora, como, ao encontrar uma arma de fogo em poder de um indivíduo, mensurar se este seria apto a montá-la e utilizá-la, para, então, objetivar empregá-la em detrimento de outrem?²⁸²

Como se verifica, a descrição destes comportamentos no rol dos tipos penais, quando analisada com prudência, demonstra veementemente os absurdos encontrados na legislação brasileira, máxima e totalitária.²⁸³

B) O efeito deletério disseminado pela mídia

Para que a população se cegue diante do sistema punitivo, ratificando os comportamentos do Estado frente a uma criminalização em massa, diversos meios são eficazmente utilizados – valendo citar escolas, como exemplificado por Alessandro Baratta.²⁸⁴ Porém, com enorme destaque, detém-se como impulsionadora eloqüente a mídia,²⁸⁵ que tanto dissemina a violência explícita, como demanda o desdobramento da segurança sob o equivocado incremento do Direito Penal, que o faz por meio de legislações especiais.²⁸⁶

²⁸² “Ancorado na perspectiva funcionalista-sistêmica, o nominado direito penal do risco retoma o enamoramento da ciência penal por sua auto-imagem, (re)afirmando seu delírio de grandeza e, em consequência, expondo a segunda ferida narcisística, constituída pela perspectiva de tutela a bens jurídicos.”. CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p. 96.

²⁸³ Para Zaffaroni, “(...) avanço repressivo provocado por uma cascata de leis punitivas com que os órgãos políticos respondem ao bombardeio dos meios de comunicação em massa e à crescente incapacidade para dar soluções reais aos conflitos sociais.”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 1999, p. 82.

²⁸⁴ “A complementaridade das funções exercidas pelo sistema escolar e pelo penal responde à exigência de reproduzir e de assegurar as relações sociais existentes, isto é, de conservar a realidade social. Esta realidade se manifesta com uma desigual distribuição dos recursos e dos benefícios, correspondentemente a uma estratificação em cujo fundo a sociedade capitalista desenvolve zonas consistentes de subdesenvolvimento e de marginalização.”. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 2002, p. 171.

²⁸⁵ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 116.

²⁸⁶ Tais críticas igualmente podem ser abalizadas sobre o ponto de vista de Luhmann, que, fomentando a ideia de unificação do sistema social, a partir dos subsistemas dos homens, afirma ser fundamental “que o sistema obtenha ‘consenso’, entendido quase como um conjunto de apatias fundadas na falta de informação ou ignorância, considerada por Luhmann como uma ‘facilitação da eleição’.”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Op. cit.*, p. 86.

Isto porque, é por intermédio da mesma que o temor cavalgar é introduzido nos cidadãos com eficácia,²⁸⁷ transferindo a eles o apelo pela seguridade física, de modo a conferir poderes para que legislativo apresente-se livre para criminalizar mais condutas, oportunidade em que será tão mais apreciado quanto mais o fizer.²⁸⁸

Com efeito, conforme aduzido, podemos atribuir à mídia a disseminação de conceitos explanados por Sigmund Freud, em sua obra denominada *Totem und Tabu*, quais sejam a neurose e o Tabu, consistindo a primeira em uma doença individual muitas vezes ocasionadas em virtude dos descumprimentos repassados por formações sociais, correspondentes aos tabus.²⁸⁹

Aos descumpridores de preceitos regulados pela sociedade, insurgiria contra estes uma grave pena, podendo consistir em uma doença ou a morte, ao passo que o doente frente a uma proibição receia a vinculação de uma pena, porém não para si, mas a uma pessoa próxima ou de sua família.²⁹⁰

Por oportuno, de modo a explicitar as conseqüências da disseminação desses tabus, segue o excerto em apartado:

“No caso da violação de um tabu, a punição ocorre de modo espontâneo; é somente uma forma *secundária* de pena a que se realiza com a intervenção do grupo social. A intervenção punitiva do grupo se verifica somente em função subsidiária à punição espontânea, posto que todos os componentes do grupo se sentem ameaçados pela violação do tabu e por isso se antecipam na punição do violador.

Este mecanismo primitivo de solidariedade é explicado por Freud pela tentação de imitar aquele que violou o tabu, liberando, assim, como aquele

²⁸⁷ “Processos de desformalização não são executados por políticos não compreensivos em face de uma população, a qual preferiria uma orientação voltada para os direitos humanos. Assim, e, muito mais, é que esses processos encontram um amplo consentimento da população. Esse consentimento será conservado pelo tempo que o medo de viver e o medo da criminalidade sejam um fenômeno amplamente difundido, E o controle social penal participa dessas circunstâncias, no máximo, de forma periférica.”. HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. 2007. p. 222.

²⁸⁸ Sobre tal, afirma Guillermo Mauricio Acosta Orjuela, no livro *Justiça Penal*, 7: “Sim, porque a flagrante desigualdade entre o poderio das emissoras de TV, que, diga-se de passagem, gozam de mera concessão pública, e a passividade do telespectador é agressiva, arbitrária e aparentemente onipotente.” MORAES, Sérgio Marcos de. *TV e crime*. **Justiça Penal, 7: críticas e sugestões**: Coordenador Jaques de Camargo Penteado. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 298.

²⁸⁹ Sobre os tabus como formações sociais de acordo com o pensamento de Freud ora apresentado, podemos demonstrar sua instituição a partir da mídia utilizando-nos do seguinte excerto composto por Alessandro Baratta: “Em realidad, los medios de comunicacion no dependen de las actitudes preexistentes (em la situación llamada ‘precomunicativa’) em el público, em cuanto las actitudes des público y de los otros actores dependen, a su vez, de los medios de comunicacion.”. BARATTA, Alessandro. **Criminologia y Sistema Penal**. 2004, p. 117.

²⁹⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2002, p. 50-51.

que o fez, instintos de outro modo reprimidos. Esta tentação mimética corresponde à representação da capacidade contaminadora do tabu, representação que explica a formas de isolamento e de quarentena a que se submete quem tenha violado um tabu. A reação punitiva pressupõe, portanto, a presença, nos membros do grupo, de impulsos idênticos aos proibidos.”²⁹¹

Nesse passo, com base no conteúdo supracitado, somado com os ensinamentos de Louk Hulsman, essas informações repassadas pela mídia²⁹² – medos, tabus – baseiam sobremaneira a imagem que os indivíduos detêm da justiça criminal, posto que, na qualidade de telespectadores, participam indiretamente da mesma, avaliando o que os meios de comunicação escolhem propagar.²⁹³

Tal fenômeno é denominado por Alessandro Baratta como “reprodução material”, calcado no denominado Teorema de Thomas, sob o argumento de que as imagens disseminadas como se uma realidade fossem acabam por modificar a realidade em si mesma,²⁹⁴ asseverando que *“la relación entre los médios de comunicación y los otros actores es también una relación de condicionamiento recíproco.”*²⁹⁵

Sustenta, ainda, que em sistemas fechados, como o caso dos delitos de perigo abstrato, por exemplo, a homogeneidade das mensagens emitidas pelos meios de comunicação consiste em elemento determinante para a auto-reprodução material e ideológica.²⁹⁶ Assim, quanto mais dissemina a mídia condições de criminalidade, mais estas ocorrerão, sendo temidas e combatidas em mesma proporção.

E, escolhe a mídia propagar o terror²⁹⁷ pois este lhe confere audiência,²⁹⁸ acarretando, como consequência para o sistema punitivo, cobrança ao legislador

²⁹¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2002, p. 50-51.

²⁹² “Esta selección afecta la percepción selectiva de la realidad.”. BARATTA, Alessandro. **Criminologia y Sistema Penal**. 2004, p. 118.

²⁹³ HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. **Curso livre de Abolicionismo Penal**. 2004, p. 35.

²⁹⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia y Sistema Penal**. 2004, p. 112.

²⁹⁵ *Idem.*, p. 116.

²⁹⁶ *Idem.*, 118.

²⁹⁷ Sobre essa política de disseminação do terror, bem como manipulação das crenças delituosas pelos cidadãos, preceitua o doutrinador Juarez Cirino dos Santos ao abordar a temática do crime

para que elabore leis especiais, ampliando em demasia seu poder de atuação, conforme exarado pelo doutrinador César Barros Leal, em trecho subscrito:

“É de conhecimento amplo e notório a origem da promulgação de normas como a controvertida Lei n.º 8.072/90 (Crimes Hediondos), a Lei n.º 9.034/95 (Crime Organizado) e as Leis n.º 9.695/98 e n.º 9.677/98 (Falsificação de Produtos Terapêuticos e Medicinais), geradas nas entranhas de um medo que se espalha e se acentua após a ocorrência de crimes bárbaros, de larga divulgação. Associado ao inconformismo e à revolta, dito medo enseja a reflexão coletiva e a ações de teor preventivo, mas, por outro lado, fomenta um direito penal simbólico, retórico, desprovido de legitimidade, acolhedor de propostas demagógicas, antilibertárias (como, por exemplo, a pena de morte, a prisão perpétua, a ampliação da lei dos crimes hediondos e a redução da idade da responsabilidade penal), que criam uma expectativa fraudulosa de tranqüilidade e de segurança jurídica.”²⁹⁹

Ademais, encarrega-se a mídia, a partir de prognósticos sociais equivocados, aptos a ensejar o pânico entre os cidadãos, de legitimar a perda das garantias individuais pelas pessoas criminalizadas (sim, pessoas!),³⁰⁰ rechaçadas por um poder punitivo inflado.³⁰¹

Não bastasse, os meios de comunicação social de massa acabam por fomentar uma ausência de comunicação direta entre os indivíduos sobre as mazelas sociais, posto que massificados por mesma informações, cooptadas isoladamente em seus aparelhos televisivos. Logo, não são as experiências reais frequentemente discutidas, mas realidades virtuais, repassadas conforme a intenção política vivenciada no momento.³⁰²

organizado: “quanto menor é a prova do crime organizado, maior é a pressão do poder para demonstrar sua existência, entre outras razões porque a admissão oficial da inexistência dos fundamentos empíricos utilizados pelo poder para justificar a *eliminação* ou *redução* de garantias democráticas do processo penal seria impensável.”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Instituto de Criminologia e Política Criminal: Crime Organizado. **1º Fórum Latino-Americano de Política Criminal**. 2002, p. 3.

²⁹⁸ “Como se comportar diante dessa concessão do Governo, pessimamente utilizada por grande parte das empresas de televisão, cujo interesse dominante é o lucro?” MORAES, Sérgio Marcos de. TV e crime. **Justiça Penal, 7: críticas e sugestões**. Coordenador Jaques de Camargo Penteado. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 298.

²⁹⁹ LEAL, César Barros. Legitimação e Deslegitimação do Sistema Penitenciário. **Vitimologia e Direitos Humanos**. 2005, p. 42.

³⁰⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, p. 3.

³⁰¹ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. 2007. p. 199.

³⁰² Sobre tal, sustenta Baratta que “esta forma de comunicación ES al mismo tiempo uma forma de aislamiento de los sujetos comunicantes. Desde este punto de vista podríamos llamarle

E, não obstante questionem a violência, pugnando por maior atuação dos agentes policiais, é neste meio em que o horror e a sexualidade agressiva são oferecidos de modo escancarado,³⁰³ demonstrando a própria contradição em que a mídia se insere.³⁰⁴

Portanto, finalizando, de acordo com o Teorema sociológico de Thomas, a profecia se autorrealiza, pois *“si se afirma una determinada imagen de la realidad, esta imagen tiene efectos reales.”*³⁰⁵, tanto quanto devastada a imagem alheia sob a observação da realidade presente, como as figuras, deveras vezes deturpadas, repassadas pelos meios de comunicação.

‘incomunicación de masas’, porque el espectáculo al qual asisten A y B (por ejemplo una pareja de cónyuges ancianos sentados en su casa frente al televisor) sustituye al intercambio de la experiencia directa de la realidad entre A y B, y es un espectáculo de masas visto al mismo tiempo por otros millones de espectadores.”. BARATTA, Alessandro. **Criminologia y Sistema Penal**. 2004, p. 119.

³⁰³ “Pesquisas recentemente elaboradas em conjunto pelo Ibope/UNESCO/Ministério da Justiça indicam que, na avaliação dos pais, novelas e filmes são os programas que ‘mais mostram cenas ou tratam de assuntos inadequados para crianças e adolescentes’. Entre as cenas de maior constrangimento estão as de sexo explícito (71%) e estupro (58%), destacando-se a preocupação dos pais com o incentivo ao consumismo transmitido pela TV, os quais temem que isso possa estimular uma distorção dos valores éticos e morais ensinados pela família.”. MORAES, Sérgio Marcos de. TV e crime. **Justiça Penal, 7: críticas e sugestões**. Coordenador Jaques de Camargo Penteado. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 301.

³⁰⁴ Sobre tal, destacam-se novamente os ensinamentos de “As análises de conteúdo da programação do modelo comercial de TV em diferentes lugares do mundo, onde seu funcionamento não é acompanhado por órgãos de vigilância e controle de qualidade estatais, civis ou mistos, mostram que sua programação tende a ser predominantemente violenta, estereotipada, sexífera e orientada ao consumo. Este parece ser o caso brasileiro. Aqui, a falta de termos de regulação e controle da qualidade da programação, a ausência de contingências e mecanismos efetivos de controle externo, a inexistência de códigos genuínos de auto-regulação por parte das redes, a falta de responsabilidade dos anunciantes que patrocinam programas bizarros e degradantes, os baixos níveis de qualidade que a grande audiência está ensinada a esperar da TV aberta contribuirão para explicar porque o modelo de TV-sensação-vende-produto continue invicto e impune.”. MORAES, Sérgio Marcos de. *Op. cit.*, p. 303.

³⁰⁵ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 114.

2. A SELETIVIDADE DO PODER PUNITIVO: INOCUIZAÇÃO DOS MARGINALIZADOS SOB EXTREMADA VIOLÊNCIA

“Falar de direito penal é falar, de um modo ou outro, de violência.”. (Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán).³⁰⁶

Primeiramente, insta salientar que ao mencionarmos o termo violência,³⁰⁷ devemos questionar sobre sua total abrangência.³⁰⁸ Estaria ela apenas inserida nas condutas tipificadas como ilícitas pelo legislador, ou, inclusive, na forma como o próprio Estado gere a vida social e repreende o que considera transgredir um comportamento por ele determinado como “normal”?

Pois bem. Segundo Juarez Tavares, a violência se manifesta no espaço, no mundo, sem quaisquer distinções de lugar, poder e relações, dando-se, assim, quando da interação entre as pessoas, individualmente, e em meio aos cidadãos e o próprio Estado – reciprocamente.³⁰⁹

Tal reciprocidade impera em decorrência da maneira com a qual o governo decide conduzir suas relações sociais. Nesse passo, ao deixar de conferir condições dignas a um determinado grupo de pessoas,³¹⁰ excluindo-o de um âmbito social de fato, oportuniza a ele a transgressão à ordem para assim albergarem um mínimo

³⁰⁶ TAVARES, Juarez. Reflexões sobre a relação “Violência e Criminalidade”. **Direito Penal no Terceiro Milênio**. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. 2008, p. 433.

³⁰⁷ “A violência, de qualquer modo, passou a ser o objeto preferencial de todas as indagações de política criminal, bem como de todas as conversas privadas ou programas públicos. Fala-se da violência com tamanha desenvoltura e familiaridade como se fosse um bicho de estimação ou um carrinho de brinquedo, ou como se ela exaurisse todas as nossas preocupações, na sua totalidade, os momentos de nossa breve existência. Essa familiaridade, ao mesmo tempo em que banaliza as questões relativas à violência, tomando-a como lugar comum, tem contribuído, em face de sua absoluta superficialidade, para encobrir diversos elementos que deveriam povoar essas especulações e que são essenciais para dimensionar seu alcance.”. TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 448-448.

³⁰⁸ Segue o entendimento sobre a abrangência do termo por Muñoz Conde: “Conceito de violência, portanto, vem a ser utilizado para além daquilo que Muñoz Conde assinalou como inerente ao sistema, ou seja, o conceito de violência deixa de ser um conceito puramente ingênuo ou comprometido apenas com a veracidade científica e passa a valer como elemento fundamental para a consecução de uma política de exclusão social.”. TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p.453.

³⁰⁹ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 448.

³¹⁰ Grupo este que, de acordo com Massimo Pavarini, foi sempre utilizado como massa de manobra, servindo de interesse à minoria dominante. MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica** – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). 2006, p. 232.

existencial e, também, revoltarem-se sobre as perspectivas que lhes foram atribuídas, como bem sustenta a teoria do *labeling approach*.³¹¹

Na sequência, como resposta às transgressões perpetradas, ou aos comportamentos indesejosos praticados, volta-se o Estado, por meio de seu aparato punitivo, a direcionar reprimendas a estes marginalizados, assim vingando-se³¹² e inocuizando-os,³¹³ banindo-os, novamente, da sociedade, fazendo-o por meio do direito penal, com sua figura de maior poder: o crime.³¹⁴

Desta banda, temos que, na atualidade, como bem destacou Juarez Tavares:

“Falar de direito penal é falar, de um modo ou outro, de violência. Violentos são os casos de que normalmente se ocupa o Direito Penal (roubo, homicídio, terrorismo, sedição). Violenta é também a forma com que o direito penal soluciona esses casos (prisão, internação psiquiátrica, suspensão e restrição de direitos). O mundo está impregnado de violência e não é, portanto, exagerado dizer que esta violência constitui um ingrediente básico de todas as instituições que regem este mundo. Também o direito penal”³¹⁵

³¹¹ Segue sucinta explicação da teoria, sob o ponto de vista de Alessandro Baratta: “Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinqüente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinqüência, enquanto não admite esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como ‘delinqüente’. Neste sentido, o *labeling approach* tem se preocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.”. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 2002, p. 86.

³¹² “Ainda que na idéia kantiana não se justifique o emprego da violência por si, a própria adoção da medida do talião, como consequência desse imperativo, demonstra desde logo que a idéia de violência não está ligada à pessoa do assassino, mas simplesmente a manutenção de um fim de justiça, para cuja consecução (no caso, com a aplicação da pena de morte para o assassino) é absolutamente indiferente a consideração de sua dignidade”. TAVARES, Juarez. Reflexões sobre a relação “Violência e Criminalidade”. **Direito Penal no Terceiro Milênio**. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. 2008, p.446.

³¹³ “Assim, existe inevitável diferença entre a seleção das condutas criminalizadas pelo Poder Legislativo (criminalização primária) e a efetiva atuação dos aparelhos repressivos na dissuasão de delitos praticados pelas pessoas vulneráveis à incidência do mecanismo penal.” CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2ª Ed. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2008, p. 81.

³¹⁴ Sobre tal, sustenta Juarez Tavares: “O emprego de outro vocábulo [crime] para designar o mesmo objeto faz parte de uma estratégia de deslocar a análise da violência do seio da atividade estatal para o das relações interpessoais.”. TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 449.

³¹⁵ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 443-444.

Assim, somado o exposto aos ensinamentos de Cirino dos Santos, destaca-se que, em sendo o crime a distorção de um evento que abala a estrutura social vigente, não passa o mesmo de uma forma de exclusão da classe menos favorecida, como modo de imposição e manutenção do capitalismo como sistema social.³¹⁶

Corroborando com este entendimento o doutrinador Alessandro Baratta, que, a partir do exame da teoria das subculturas,³¹⁷ assevera que o processo de criminalização decorre de uma mediação entre o Direito e o Estado que, unidos, intentam uma harmonização dos grupos sociais, fazendo com que o momento político seja integrado no momento social – composto pela estratificação e a pluralidade dos grupos – e o momento econômico.³¹⁸

Destarte, denota-se que o tipo penal representa um ensejo à exclusão de determinada classe do ambiente social, expurgando das ruas indivíduos abjurados pela população de classe média a alta, funcionando quase que como um *apartheid* social.³¹⁹

Extrai-se, portanto, a conclusão de que diversos comportamentos subsumem-se ao direito penal não por apresentarem-se danosos, mas simplesmente por serem atos corriqueiros dos despossuídos,³²⁰ mediante suas

³¹⁶ “As contradições históricas das relações de classes são o fundamento objetivo das contradições ideológicas, jurídicas e políticas da formação social – logo, assim como a posição de classe da burguesia é a base objetiva do conceito burguês de crime, a posição de classe do proletariado é a base objetiva de um conceito socialista de crime (Schwendingers, 1977, p. 10-11). Assim, a antiga equação *definição legal de crime/dano social*, da criminologia tradicional, criminaliza condutas socialmente não danosas – como o imperialismo, a exploração, etc.”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2006, p. 53.

³¹⁷ A respeito desta teoria, ainda que afirme ser limitada, diz Baratta que “(...) detém sua análise ao nível sócio-psicológico das aprendizagens específicas e das reações de grupo e chega somente a indicar, de modo muito vago, a superfície fenomênica dos processos de distribuição, como momento *econômico* correlato aos mecanismos de socialização por ela postos em evidência.”. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2002, p. 82.

³¹⁸ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 82.

³¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 1999, p. 78.

³²⁰ “No que se refere ao direito penal *abstrato* (isto é, à criminalização primária), isto tem a ver com os conteúdos, mas também com os ‘não-conteúdos’ da lei penal. O sistema de valores que neles se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvios típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados. Basta pensar na enorme incidência de delitos contra o patrimônio na massa da criminalidade, tal como resulta da estatística judiciária, especialmente se se prescinde dos delitos de trânsito.”. BARATTA,

condições de vida, servindo, portanto, como supedâneo para enjaulá-los, como se animais fossem, como observado por Zaffaroni.³²¹

Mencionada lógica adéqua-se perfeitamente frente à criminalização das práticas descritas nos artigos 14 e 16 da Lei 10.826/06 (Estatuto do Desarmamento), haja vista que, por não deterem as populações carentes respaldo pelos poderes policiais e diretivos, acabam por se armarem com o escopo de resguardar a integridade física pessoal e da família, sendo punidos pelo sistema ainda que não ofereçam lesão a bens jurídicos, ante a criação das figuras de perigo abstrato.³²²

Logo, a população subalterna resta duplamente violentada, pois teme perigos alheios, uma vez que desprotegida pelo Estado, bem como a incidência do poder punitivo ao buscar meios de garantir traços mínimos de dignidade.

Por oportuno, destaca-se excerto da obra “O Antimanual de Criminologia”, onde Salo de Carvalho ostenta a inexistência de uma igualdade no procedimento de criminalização:

“A anamnese realizada pela criminologia evidencia, portanto, ser puramente retórico o discurso da produção igualitária da criminalização, pois apesar de estabelecidas universalmente (igualdade formal), as normas definidoras de ilícitos, a atuação das agências ocorre, invariavelmente, de Forma seletiva (desigualdade material).”³²³

E, não bastasse a ofensa aos marginalizados perante a ausência de decentes oportunidades, sofrem reprimendas institucionalizadas quando impelidos

Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2002, p. 176.

³²¹ “Até então, o discurso criminológico havia sido o grande discurso político das minorias proconsulares latino-americanas: sua burla à democracia e sua ‘tutela iluminada’ de nossas minorias eram justificadas pela inferioridade das nossas majorias e por sua crescente ‘degeneração’, que ameaçava as minorias ‘saudáveis’. As prisões, portanto, nada mais eram do que as ‘solitárias’ de castigo dos grandes campos de concentração (ou de ressocialização ‘civilizatória’ forçada) constituídos pelos próprios países periféricos.”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 1999, p. 78.

³²² Em relação ao assunto da violência para com os despossuídos, vale destacar os ensinamentos de Juarez Tavares: “Voltando-se ao tema da violência, tem-se que com relação amigo-inimigo o que se busca não é a paz, mas a pacificação pela submissão. O neutro controle funcional de comportamentos desviantes se manifesta pela sua forma de combate. Se a violência é, agora, escancaradamente, própria do que se quer caracterizar como Estado de Direito, que deverá exercer sobre os maus seu poder arbitrário, aliás dentro de uma cartilha que se repete desde séculos passados, como baluarte do Estado autoritário, a lei perde todo o seu significado.”. TAVARES, Juarez. Reflexões sobre a relação “Violência e Criminalidade”. **Direito Penal no Terceiro Milênio**. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. 2008, p. 452-453.

³²³ CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p. 81.

por extintos de sobrevivência, sendo, após, rechaçados pela sociedade, perante a existência de uma ficha criminal em seu desfavor.³²⁴

Nesta toada, Baratta afirma que a estigmatização do outro através da aplicação da pena imprime-lhe medo em face de conseqüente diminuição do *status* social ocasionado por esta, rompendo-se a solidariedade entre a sociedade e os punidos – rescisão esta denominada pelo autor como *proibição de coalizão* – e entre os próprios.³²⁵

E assim o poder punitivo, conforme sustentam Otto Kirchheimer e Georg Rusche, *separa o joio do trigo*, legitimando com o tempo a escala social como representativa da realidade,³²⁶ com predomínio dos cárceres da população marginalizada, haja vista a seletividade do sistema punitivo,³²⁷ conforme alhures deduzido.

Por conseguinte, somado à extrema distribuição pretensiosa e política das sanções negativas,³²⁸ bem como a ausente preocupação governamental em incrementar as condições de vida das classes subalternas, inexistentes são as bases psicológicas para a recuperação do prisioneiro,³²⁹ que, inclusive, detém ciência sobre a minoração de seu *status* social por ter adentrado às grades do poder punitivo., e que a sociedade não lhe dá a possibilidade de uma satisfação normal e legal de suas necessidades.

Logo, a violência apresenta-se como cíclica, porém pendendo com maiores conseqüências ao lado mais fraco – o da pobreza – constantemente a mercê da tortura fisiológica, física e psicológica do Estado, com o uso irrestrito e seletivo de seu poder de punir.

³²⁴ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 209.

³²⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2002, p. 175.

³²⁶ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.*, p. 210.

³²⁷ LEAL, César Barros. Legitimação e Deslegitimação do Sistema Penitenciário. **Vitimologia e Direitos Humanos**. 2005, p. 43.

³²⁸ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 172.

³²⁹ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. *Op. cit.*, p. 209.

3. DA ATIPICIDADE DOS CRIMES DE MERA CONDUTA, EM DEFESA DO DIREITO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*

“Não se pode, porém, fundamentar uma proibição penal na proteção de um bem jurídico fictício.” (Claus Roxin)³³⁰

Com fulcro no explicitado no presente, verifica-se ter o poder punitivo ampliado suas capacidades em vias do Direito Penal, incorporando ao ordenamento figuras delituosas unicamente preventivas, oportunidade em que foi de encontro com os encargos relativos a um Estado Democrático de Direito,³³¹ tornando-se mencionada ciência jurídica, como bem sustentaram Adorno e Horkenheimer, contraprodutiva e, até mesmo, anacrônica.³³²

Consequentemente, revestiu-se o Direito Penal, na contemporaneidade, de um equivocado discurso de salvação, vinculando-se em demasia com o escoreito funcionamento da ordem social,³³³ de modo que sua atuação como *ultima ratio*, delineada pelo princípio da subsidiariedade,³³⁴ foi afastada, sendo concebido equivocadamente como *sola* ou *prima ratio* para a solução das mazelas sociais.³³⁵

Todavia, como ora salientado, o incremento legislativo como forma de controle social, além de transgredir a ordem constitucional,³³⁶ oprimir as classes sociais desfavorecidas, viola a própria essência dessa ciência jurídica, deixando de reconhecer suas origens e funcionalidades a partir da negação de limites para sua aplicação.³³⁷

³³⁰ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**, 2008, p. 51.

³³¹ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**, 2007, p. 198.

³³² *Idem.*, p. 189.

³³³ “Há um paradoxo no fato de que o progresso do conhecimento humano tornou o problema do tratamento penal mais compreensivo e mais perto de uma solução, enquanto a questão de uma revisão fundamental na política penal parece estar hoje mais longe do que nunca, por causa de sua dependência funcional a uma dada ordem social.”. KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**, 2004, p. 282.

³³⁴ Princípio este, que, para Roxin, consiste em importante elementar à descriminalização. ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 13.

³³⁵ HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, p. 196.

³³⁶ Haja vista o desvio do princípio da subsidiariedade, como explicitado por Roxin. ROXIN, Claus., *Op. cit.*, p. 35.

³³⁷ Sobre tal, sustenta Winfried Hassamer: “Tudo conduz a ‘dialética da modernidade’ para o fato de que o direito penal tenha se transformado em um instrumento de solução de conflitos sociais que não

A propósito, destaca-se seguinte excerto da obra “O Antimanual de Criminologia”, de Salo de Carvalho:

“A pretensão e a soberba geradas pela crença romântica de que o direito penal pode salvaguardar a humanidade de sua destruição impede o angustiante e doloroso, porém altamente saudável, processo de reconhecimento dos limites.”³³⁸

Assim, o atual sistema jurídico-penal, por demandar por uma redução intervencionista do poder punitivo e, em visão mais reformista, por um Direito Penal Mínimo – consistindo ambas em fenômenos diversos, haja vista a segunda proposta apresentar embasamento teórico, vertendo a uma maior abrangência -,³³⁹ demonstra seu hígido processo de deslegitimação, conforme acertadamente assinalado por Zaffaroni.³⁴⁰

Isto porque, conforme sustenta Roxin, a punição a indivíduos tão somente deve ocorrer quando impraticável a garantia e proteção dos bens jurídicos por meio diverso – afastando-se, por óbvio, intenções meramente preventivas – para que a própria convivência pacífica na sociedade seja resguardada.³⁴¹

Nesse passo, Ferri, a partir de estudos efetuados na Itália, defendeu o ensinamento supra, sob o argumento de que as cifras da criminalidade não diminuem frente a um embrutecimento das políticas criminais,³⁴² o que nos remete ao legado de que a excessiva tipificação de figuras delitivas é responsável, unicamente, por assegurar uma disparidade econômico-social.

E, conforme alhures deduzido, o incremento desta dessemelhança social provoca maior transgressão ao sistema normativo, ensejando violência contra

mais se diferencia, por um lado, na percepção pública de sua aptidão e, d'outro, em conformidade com a sua periculosidade, dos demais outros instrumentos de solução de conflito; o direito penal torna-se, apesar de seus severos instrumentos, em *soft Law*, em um meio de condução da sociedade. As expectativas da solução dos problemas dirigidas ao direito penal explodem; visto desse modo, o direito penal torna-se, em todo caso, no que tange a essas expectativas, 'novo'.”. HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**, 2007, p 196-197.

³³⁸ CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2008, p. 97.

³³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**, 1999, p. 94.

³⁴⁰ *Idem.*, p. 89

³⁴¹ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**, 2008, p. 33.

³⁴² KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**, 2004, p. 278.

aqueles que desde sempre se observaram oprimidos pela sociedade, pois, atualmente, funciona o sistema legislativo em desfavor das massas, deixando o judiciário de sopesar suas necessidades, porquanto atua o magistrado, hodiernamente, como um mero tecnocrata do sistema.³⁴³

Conseqüentemente, necessária se faz a redução do direito penal, impondo-se severos limites à esfera legislativa e maior consciência e atuação democrática ao judiciário que, como ostentado pelo vocábulo, deveria instaurar o justo, praticar a justiça, fazendo-o com ideais inseridos dentro da realidade social brasileira, algo que, infelizmente, denota-se irrisoriamente observado.³⁴⁴

Nesse contexto, observa-se quão destoante resta a criminalização de delitos de perigo abstrato em nosso sistema. Desse modo, merecendo-se uma menor intervenção estatal na sociedade sob seu viés punitivo, novamente a repreensão de comportamentos não ofensivos não se sustenta,³⁴⁵ posto controvertida a penalização de uma conduta não concretamente delineada.

Com efeito, a admoestação de crimes de mera conduta enseja a punição unicamente a uma ideia, ideal este elaborado pelo legislador, por entender, em sua própria esfera de compreensão, ser aquele ato danoso (ainda que sem qualquer resultado), e a hipótese de advir uma lesão decorrente da realização de um preceito normativo.³⁴⁶

³⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**, 1999, p. 92.

³⁴⁴ “(...) desde sua reformulação moderna a partir do século XVIII, o discurso jurídico-penal sempre se baseou em ficções e metáforas, ou seja, em elementos inventados ou trazidos de fora, sem nunca operar com dados concretos da realidade social.”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Op. cit.*, p. 48.

³⁴⁵ “Não é legítimo, por fim, criar tipos para proteção de bens jurídicos, sendo estes descritos através de conceitos com base nos quais não é possível pensar em nada concreto.”. ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**, 2008, p. 50.

³⁴⁶ “Apenas como exemplo, pode-se mencionar, sem considerações particulares, algumas manifestações discursivo-penais da chamada ‘doutrina da segurança nacional’, o apelo ao positivismo legal, a inovação dos valores através de um neoescolasticismo pouco ortodoxo, e evasão através dos obstáculos epistemológicos ao saber jurídico, um grosseiro retribucionismo pouco explicado, o uso reiterado de idéias periculosistas, frequentemente amalgamadas – de modo inexplicável – como o ‘bem comum’ tomista, etc. (...)”. Essas atitudes constituem “(...) mecanismos de fuga ou de racionalizações, incapazes de alcançar coerência discursiva face à magnitude das contradições reais nas quais se desenvolvem as condutas dos operadores reais dos órgãos do sistema penal.”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Op. cit.*, p. 114-115.

Logo, mais abstrato que o comportamento legalmente descrito, cuja finalidade jamais deveria conferir punição, como bem sopesado por Roxin,³⁴⁷ consiste o meio técnico de elaboração das condutas repreendidas pelo sistema jurídico-penal

Assim, como bem elucubrou Alessandro Baratta, com fulcro na teoria do *labeling approach*, uma prática deve ser considerada desviante, assim imprimindo um etiquetamento no senso comum, tão-somente quando por seus atos sejam desencadeadas negativas reações sociais, de modo que o simples desvio a uma norma demonstra-se insuficiente à aplicação do direito penal.³⁴⁸

E, como forma encontrada pelo doutrinador para a adequação prática de sua teoria, estabelece a necessária relação dialética entre a ciência e a técnica, de modo a integrar os conhecimentos do estudo empírico da realidade social aos saberes jurídicos do aplicador do direito, transformando-o em um cientista social.³⁴⁹

Desta feita, Roxin, além de coadunar com o entendimento de Alessandro Baratta, soma aos requisitos determinantes para a intervenção jurídico penal a existência de uma lesão concreta, argumentando que sem uma ofensa concreta a um bem jurídico não há como se falar em afronta à incolumidade pública.³⁵⁰

E, em mesmo sentido, afirma que a conduta que o legislativo visa prevenir já está devidamente cominada no *Codex Penal*. Ora, se há receita quanto à prática de homicídios, roubos, lesões corporais, devem-se tais comportamentos ser prevenidos e obstados por meio de políticas públicas de ensino e acolhimento leal

³⁴⁷ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**, 2008, p. 36-37.

³⁴⁸ “Portanto, a análise do processo do etiquetamento dentro do senso comum mostra que, para que um comportamento desviante seja imputado a um autor, e este seja considerado como um violador da norma, para que lhe seja atribuída uma ‘responsabilidade moral’ pelo ato que intringiu a *routine* (é neste sentido que, no senso comum, a definição de desvio assume o caráter – poder-se-ia dizer – de uma definição de *criminalidade*), é necessário que desencadeie uma reação social correspondente: o simples desvio objetivo em relação a um modelo, ou a uma norma, não é suficiente.”. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**, 2002, p. 95-96.

³⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**, 1999, p. 93.

³⁵⁰ “Continua não esclarecido como se deve imaginar a idoneidade para perturbar a paz pública nos casos em que inexiste lesão concreta à convivência pacífica. O fato de que algumas pessoas possam se irritar com um comportamento não basta para a punição.”. ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 51.

das massas, conferindo-lhes dignidade, pois o que poderia ter sido realizado pelo poder punitivo, enquadrando-se tais práticas, já o foi de antemão efetuado.³⁵¹

A propósito, Giandomenico Romagnosi, doutrinador posterior a Beccaria e precedente a Ferri, evidenciou o caráter da pena como um contra-estímulo, não sendo o meio prioritário para a prevenção delitiva, consoante se depreende do excerto subscrito:

“Contudo, segundo Romagnosi, a pena não é o único meio de defesa social; antes, o maior esforço da sociedade deve ser colocado na prevenção do delito, através do melhoramento e desenvolvimento das condições de vida social.”³⁵²

Destarte, além de políticas públicas e melhoria das condições sociais e modo equânime, reduzindo-se as disparidades, Claus Roxin elenca a existência de pelo menos três alternativas eficazes ao combate da aplicação irrestrita da lei penal, consistindo esses na indenização de cunho civil – quando a idéia de quebra contratual perfizer o comportamento rechaçado -, intermediações do direito público via direito administrativo e, por fim, elaboração de contravenções com reprimendas de cunho pecuniário.³⁵³

Assim, desarrazoada a cominação de penas a comportamentos que infrinjam apenas ideais e abstratidades,³⁵⁴ frente a exigência de postulação de uma intervenção penal mínima, com considerável descriminalização, e, por consequência, redução radical da pena de prisão,³⁵⁵ a ser aplicada unicamente se imprescindíveis forem, ou seja, em não sendo a eliminação do distúrbio social alcançada por outros meios.³⁵⁶

³⁵¹ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**, 2008, p. 51.

³⁵² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal, 2002, p. 35.

³⁵³ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 51

³⁵⁴ “Comportamentos que somente infrinjam a moral, a religião ou a *political correctness*, ou que levem a não mais que uma autocolocação em perigo, não devem ser punidos num estado social de direito.”. ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 12.

³⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul, 1972. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal, 1999, p. 94.

³⁵⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 13.

Desse modo, o porte ilegal de arma de fogo, como representativo dos delitos de mera conduta, deve ser imediatamente discriminado, posto que não bastasse deixar de se enquadrar nos requisitos de necessária intervenção estatal, muitas vezes é utilizado como forma das maiorias desprotegidas resguardarem o mínimo de sua integridade – esta, infelizmente, em seu amplo sentido.

Nesta banda, finaliza-se, pois, com os ensinamentos de Otto Kirchheimer e Georg Rusche, os quais arguem que mesmo em sendo deveras aplicada a futilidade da punição severa e o tratamento cruel, demonstrando o esfacelamento do sistema jurídico penal, a repreensão continuará aceita em virtude da facilidade de sua aplicação, enquanto a sociedade não estiver apta a resolver seus problemas sociais, pois possibilita a ilusão de segurança, de modo a encobrir os sintomas da mazela social com um sistema legal e julgamentos de valor moral.³⁵⁷

³⁵⁷ KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social**. 2004, p. 282.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante se depreendeu do presente compilado de ideias e ensinamentos doutrinários, é possível verificar o retrocesso em que anda a contemporaneidade no tocante ao sistema punitivo.

Não obstante o método carcerário como o temos - responsável unicamente por neutralizar indivíduos indesejados pelas classes providas de recursos financeiros - ter se iniciado mediante implementação do Estado Moderno, é na atualidade que verificamos o exorbitante incremento de legislações penais especiais, frente à ilógica premissa de ser o Direito Penal o ordenamento incumbido de expurgar a violência do meio social.

Desse modo, em um contexto elitista e surreal, onde paira excessiva demanda ao poder vigente, compelindo-o a ceder respostas à população quanto às mazelas relativas à seguridade social, somado ao intento daquele em inocuizar a população já marginalizada, surgiram as figuras delitivas de perigo abstrato.

A partir da disseminação do terror social e presunção de periculosidade quanto a determinados cidadãos, propostos pela mídia e por grupos sociais dominantes (assíduos manipuladores dos meios de comunicação), introduziram a crença de ser o meio punitivo solucionador das hodiernas infrações criminais.

Ou seja, implementaram o pensamento de que a transgressão aos mandamentos postos no ordenamento seria obstada frente à cominação de diversos tipos penais. Assim, concluíram que quão mais repressor fosse um sistema, menor seria o índice delitivo, tanto pela repreensão sofrida pelos infratores – como se supostamente não mais voltassem a delinquir em decorrência da penalidade sofrida – e frente ao temor dos cidadãos em serem enquadrados nesse totalitário sistema de punir.

Destaca-se, pois, que a obviedade de tal escolha política deveu-se ao fato de que encarcerar detém um custo infinitamente inferior ao valor a ser despendido por políticas sociais de reestruturação da sociedade. Infelizmente, construir cadeias apresenta-se mais barato e falsamente mais solucionador que edificar escolas, áreas de lazer, implementar política de baixa nos preços alimentícios, dentre outros.

Assim, em se atribuindo a função de intensa elaboração legislativa ao Estado, condutas que nem sequer apresentam resultados lesivos, que não versam

contra uma vítima física, passaram a ser criminalizadas. Já não se busca apenas a apreensão de resultados danosos, mas de meras práticas desgostosas sob as vistas de uma minoria dominante.

No intento de conferirem um mínimo de legitimidade a tais tipificações, as quais ferem frontalmente os princípios basilares do sistema punitivo, asseveraram consistir a criminalização dos comportamentos abstratos em um método de prevenção contra eventuais e futuros delitos.

Rechaçaram, assim, o livre-arbítrio inerente aos cidadãos, divulgando equivocadas idéias de que de meras condutas adviriam nefastas conseqüências. Assim, não bastando as já consagradas tipificações penais referentes ao homicídio, às lesões corporais, ao estupro, ao roubo, ao disparo de arma de fogo, condutas como o simples porte deste artefato, isolada embriaguez ao volante, dentre outros, passaram, duplamente, a compor o sistema penal.

Ora, se um indivíduo equivocadamente utiliza-se de um armamento contra outrem, produzindo-lhe ferimentos ou compelindo-o a entregar-lhe bens materiais, já não seria o criminalizado enquadrado pelos tipos penais descritos nos artigos 129 e 157, §2º, do Código Penal? Por que, então, repreender comportamento que não resulte em ofensa direta a outrem?

Pois bem, acreditar de antemão no pior do ser humano, mesmo que munido de instrumentos que possam ferir se usados sob tal intento, consiste em óbvio desvirtuamento de um dos princípios basilares da Constituição Federal, qual seja o da presunção de inocência.

Ademais, a tipificação de delitos de perigo abstrato, além de injusta, denota-se hipócrita por si só, haja vista que para perpetrar o mal não é necessária a utilização de objetos que se demonstrem ofensivos, ou mesmo a alteração do estado psíquico.

Apenas a título de elucidação, uma mera infração de trânsito – valendo citar a direção sob velocidade avançada – denota-se deveras mais perigosa que a embriaguez ao volante. Isto porque, cada qual se comporta distintamente face à dosagem etílica em seu organismo, existindo aqueles que dirigirão ainda mais cautelosamente quando ébrios.

Igualmente, não se faz necessária a utilização de armas de fogo para que alguém seja intimidado a realizar algo em desacordo com sua vontade, ou para lesionar outrem. Obviamente que armas de fogo detém elevado poder ofensivo,

porém, cabe salientar que tal poder lesivo encontra-se permeado em nosso redor, podendo mesmo um travesseiro servir de instrumento para a prática de um crime.

Esquecemos que o próprio corpo humano consiste em forte arma. Volvidos por força física e emoção, todos podemos intentar contra todos, das mais variáveis maneiras, razão pela qual resta insubsistente uma condenação por um resultado que não ocorreu.

Não significa, assim, que se deva quedar inerte frente ao atual sistema criminal, mas regulá-lo de modo distinto. Deve o mesmo funcionar como *ultima ratio*, disciplinando aquilo incapaz de ser solucionado por outras vias, enquanto deveria o Estado se ocupar de drásticas mudanças sociais, finalmente olhando para os despossuídos.

Ademais, se o Estado resolve seus problemas munido de força e armamentos, como esperar que os cidadãos ajam de forma diversa? Se ensinou por seu modo de atuação que a proteção se faz por meio da violência, como lhes dos cidadãos que mantenham a ordem e a integridade física por vias opostas?

E, como exigir destes mesmos cidadãos que amparem no Estado quando da busca de proteção, se este constantemente acaba por se voltar contra o grupo social oprimido?

Sobremais, reiterando o ora exposto, observa-se preocuparem-se as esferas de poder (leia-se: legislativo, executivo e, inclusive, judiciário) unicamente com neutralização de um suposto infrator da lei penal, esquecendo-se, assim, da pessoa lesionada.

Reavivam o extinto vingativo dos homens, argumentando a satisfação da vítima frente a inocuidade daquele que lhe ofendeu, como se após ofendida, seu maior intento único consistisse na retribuição do mal perpetrado.

E quando nem ao menos essa vítima apresenta-se em forma física? E quando se criam figuras abstratas, como a incolumidade pública, para justificar o incremento das leis penais especiais?

A quem pertenceria, então, a satisfação no concernente à neutralização dos criminalizados?

Muitas vezes uma caneta na mão de um legislador, cujo mandamento restou endossado pelo executivo, sendo, após, aplicado por um julgador, detém poder deveras mais ofensivo que o próprio porte, ora ilegal, de uma arma de fogo.

Infelizmente, o que verificamos é que, na atualidade, passou o princípio da liberdade individual a ser negativamente sopesado frente a um ente abstrato, confeccionado unicamente para a justificação de um mal não perpetrado

Por esta razão, a descriminalização dos delitos de perigo abstrato é medida de extreme necessidade, haja vista que, além de versar contra os próprios princípios regentes do Direito Penal, bem como confrontando a Carta Magna, demonstra restar a esfera legislativa munida de amplo poder, tendo o judiciário transformado-se em uma tecnocracia do sistema, adoçando os mandamentos equivocadamente elaborados.

E, já não bastasse a atual agressão aos indivíduos condenados pelos crimes de perigo abstrato, os limites deste poder de punir?

Por derradeiro, segue a presente indagação: se punidas são condutas que nem ao menos resultem em uma real ofensa a outrem, onde estará o limite de intervenção da vida privada deste Estado Democrático de Direito?

Pois bem. Em que pese nos encontrarmos em uma suposta Social Democracia, salvo a Ditadura vivenciada em décadas passadas, o poder de punir nunca se mostrou tão totalitário e tirânico como hodiernamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. LIVROS

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: Um Estudo sobre os Preconceitos**. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008.

BACILA, Carlos Roberto. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal**. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia y Sistema Penal**. Buenos Aires: Editora Hilio César Faire, 2004

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. **Punidos e Mal Pagos**. Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BEAUD, Michel. **História do Capitalismo: de 1500 aos nossos dias**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e Das Penas**. Cood.: Martin Claret. Trad.: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral, volume 1**. 10ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 14ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2009.

CARVALHO, Salo de. **O Antimanual de Criminologia**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. Curitiba: ICPC: Lúmen Juris, 2006.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte geral.** 2ª. Ed, rev. e ampl., Curitiba: ICPC, Lúmen Júris, 2007.

COUTINHO, Jacinto Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão.** Trad. Raquel Ramalhe. 24 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina.** Estudos latino americano, v. 2. Tradução de Galeano de Freitas. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral,** v. 1. 2ª Ed. rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Luiz Flávio e OLIVEIRA, William Terra de. **Lei das armas de fogo.** 1 ed., 2 tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal:** não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e dogmático interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do ius poenale. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário;** tradução de Regina Greve; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfreid e CONDE, Francisco Muñoz. **Introdução à Criminologia.** Trad. e notas: Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal.** Tradução de André Luís Callegari São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000.

KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, Georg. **Punição e Estrutura Social.** Tradução: Gizlene Neder. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação**: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**, v. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1997.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica** – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**. 1. Ed., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. **A vitimologia e o Direito Penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PAULO, Vicente. **Aulas de Direito Constitucional**. Org. Juliana Maia. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007.

PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes. **Teoria da Imputação Objetiva do Resultado**. Uma aproximação crítica a seus fundamentos. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ROTMAN, Edgardo. **A Prevenção do Crime**. Tradução de Frederico Antonio Lima de Oliveira; Coordenação de Edmundo Oliveira. Belém: Ministério Público do Estado do Pará, 1999.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2ª Ed. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. – Tradução de Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Coleção Vega Universidade. Coimbra: Editora Vega, 1986.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Geraldo da. **A Nova Lei das Armas de Fogo**. Comentários à Lei n. 10.826, de 23 de dezembro de 2003. Campinas: Editora Millennium, 2004.

ZAFFARONI, Eugênil Raúl. **Tratado Del derecho penal**. Parte General. v. 1. Buenos Aires: Ediar, 1996.

ZAFFARONI, E. Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, 1972. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 4ª. Ed. Tradução Vânia Romano Pedrosa E Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 6. Ed. rev. e. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

2. ARTIGO

BUSATO, Paulo César. Modernas Teorias do Delito: Funcionalismo e Significado e Garantismo. **Direito Penal no Terceiro Milênio**. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Coord. César Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Ed Lúmen Júris, 2008

CALHAU, Lélío Braga. O sistema Criminal brasileiro. **Vitimologia no Terceiro Milênio**. Coordenadora Elida Séguin. Rio de Janeiro: Ed Forense, 2004, p. 64.

CARVALHO, Alexandre Victor de. Vítima e Dogmática. **Vitimologia no Terceiro Milênio**. Coordenadora Elida Séguin. Rio de Janeiro: Ed Forense, 2004

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Instituto de Criminologia e Política Criminal: Crime Organizado. 1º **Fórum Latino-Americano de Política Criminal**. Ribeirão Preto: IBCCRIM, 2002.

HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. **Curso livre de Abolicionismo Penal**. Coordenador Edson Passetti. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

LEAL, César Barros. Legitimação e Deslegitimação do Sistema Penitenciário. **Vitimologia e Direitos Humanos**. Organizadores: Ester Kosovski e Heitor Piedade Jr.. Rio de Janeiro: OAB-RJ, 2005.

MORAES, Sérgio Marcos de. TV e crime. **Justiça Penal, 7: críticas e sugestões**. Coordenador Jaques de Camargo Penteado. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. O Papel da Criminologia na Ciência Penal Contemporânea. **Direito Penal no Terceiro Milênio**. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Coord. César Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Ed Lúmen Júris, 2008

TAVARES, Juarez. Reflexões sobre a relação “Violência e Criminalidade”. **Direito Penal no Terceiro Milênio**. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Coord. César Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Ed Lúmen Júris, 2008

WUNDERLICH, Alexandre e OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Resistência, Prática de Transformação Social e Limitação do Poder Punitivo a Partir do Sistema de Garantias: pela (Re)Afirmação do Garantismo Penal na Contemporaneidade. **Direito Penal no Terceiro Milênio**. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Coord. César Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Ed Lúmen Júris, 2008

3. MONOGRAFIA

HOLANDA, Antonio César. **Expropriação do trabalho e escolarização do cortador de cana em Alagoas**. Dissertação de Mestrado – setor de educação, Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2009.

RIBEIRO, Fernanda Chávez Pina. **Teoria da Imputação Objetiva**. Monografia de especialização – setor de ciências jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

KNOLSEISEN, Michel. **A Inconstitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato: uma visão a partir da noção de bem jurídico**. Monografia de especialização – setor de ciências jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

4. JURISPRUDÊNCIA

Brasil. STJ. *Habeas Corpus*, nº 123.573/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010

Brasil. TJDF. Apelação Criminal, nº 20010810013349 (233131), 2ª Turma Criminal, Rel. Romão C. Oliveira. j. 06.10.2005, DJU 25.01.2006.

Paraná. TJ/PR. Apelação Criminal, nº 0411717-5, 2ª Câmara Criminal , Rel. Miguel Kfoury Neto. j. 12.07.2007.

Paraná. TJPR. 2ª Câmara Crimina, nº 0629892-2, Rel.: Des. Noeval de Quadros - Unânime - J. 18.02.2010

Paraná. TJPR. 2ª Câmara Criminal, nº 0621686-2. Rel.: Des. Lidio José Rotoli de Macedo - Unânime - J. 18.03.2010

5. LEGISLAÇÃO

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Brasil. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Brasil. Lei n.º 10.826, de 22 de dezembro de 2003 – Estatuto do Desarmamento.

6. SITE

<http://www.cirino.com.br>

<http://www.colegioweb.com.br/historia/idade-media1.html>, acessado em 18 de maio de 2010

http://www.colegioweb.com.br/historia/idade-media1.html_2, acessado em 18 de maio de 2010

<http://www.colegioweb.com.br/historia/revolucao-industrial.html>, acessado em 20 de maio de 2010

<http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf>, acessado em 20 de maio de 2010