

RODRIGO NAZARIO GERONIMO PINTO

Direito Penal x Sociedade: crime como forma de controle social

Bacharel em Direito

**FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS
ASSIS
2009**

RODRIGO NAZARIO GERONIMO PINTO

Direito Penal x Sociedade: crime como forma de controle social

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso, sob a Orientação específica do Prof. Ms. João Henrique dos Santos e Orientação Geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.

**FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS
ASSIS
2009**

Folha de Aprovação

Assis, 23 de Outubro de 2009

Assinatura

Orientador: Prof. Ms. João Henrique dos Santos

Examinador: Prof. Ms. Maurício Dorácio Mendes

Dedicatória

Para aqueles que mais amo, meus pais, Jairo e Mara, ao meu irmão Renan, minha tia Luzia, que sempre estiveram por perto me apoiando me dando total apoio em todas as minhas decisões.

Agradecimentos

A Deus por ter me sustentado, me permitindo chegar até aqui, mesmo nas horas mais difíceis, sempre esteve por perto.

Aos meus pais, ao meu irmão, e a todos os meus familiares. Também quero agradecer a todos os meus amigos, e aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para a realização deste trabalho.

Não poderia deixar de agradecer a oportunidade de estágio no Laboratório de Informática, local onde eu muito aprendi, desenvolvi e fiz vários amigos.

Aproveito esta oportunidade para também agradecer:

Ao meu orientador, João Henrique, pela amizade, pelo apoio na elaboração deste trabalho, inclusive pelo empréstimo de seus livros.

Aos advogados Gerson José Beneli, Sergio Frederico, Fabiano de Almeida e Graziela Varela, pela oportunidade de estágio que muito tem contribuído para o meu crescimento profissional. Também agradeço aos amigos que fiz neste período.

Sumário

Introdução	08
I-Direito Penal de um modo geral	10
Aspectos gerais do Direito Penal	12
Política Criminal	13
Direito Penal como controle social	15
Princípios Básicos do Direito Penal	18
Missões e Funções do Direito Penal	20
II- Do Delito	23
Origem	23
Definição Legal de Delito no Brasil	24
Definições Doutrinárias de Delito	24
Conceito Formal de Crime	24
Conceito Material de Crime	25
Conceito Analítico de Crime	26
Classificação das Infrações	28
Classificação dos Crimes	29
Crime Doloso	31
Crime Culposo	31
Crime Preterdoloso	32
Considerações Finais	34
Referências	41

Resumo

A presente pesquisa tem por objetivo mostrar os aspectos gerais do direito penal fazendo um elo com o crime, fenômeno que legitima a atuação penal pelo Estado, por se tratar de violação aos preceitos da norma penal que visa proteger os bens jurídicos de maior importância que tem a sociedade. Pretende-se com este trabalho mostrar que o direito penal exerce sobre a sociedade um controle social por meio do crime, verificando que o aumento da violência, implica no aumento desse controle, que na verdade foi criado e reservado a determinadas situações. Por isso ocorre o chamado desvio de finalidade do direito penal, que é a sua constante intervenção para resolver os problemas sociais que lhe são propostos, quando poderiam ser delegados a outras esferas jurídicas. Para o desenvolvimento desta pesquisa foi utilizada a doutrina penal, principalmente a que trata da teoria do delito, bem como aquelas cujo conteúdo é basicamente teórico e analítico, além de citações de artigos do Código Penal e da Constituição Federal para orientar a explicação de determinados pontos discutidos na pesquisa.

Palavras-chave

Direito penal – crime - controle social - sociedade.

Abstract

This research aims to show the general aspects of criminal law by making a link to the crime, a phenomenon that warrants a criminal action by the state, it is violation of the precepts of criminal provisions aimed at protecting the legal interests of larger importance of society. The aim of this work show that the law has on society a social control through the crime, noting that the increase in violence, this implies increasing control, which was actually created and reserved for certain situations. So is the so-called misuse of the law, which is its constant intervention to solve social problems proposed to him when they could be delegated to other legal spheres. For the development of this research was used to teaching criminal law, mainly dealing with the theory of the crime, as well as those whose content is largely theoretical, analytical, and citations of articles of the Penal Code and the Federal Constitution to guide the explanation of certain points discussed in the survey.

Keywords

Criminal Law – crime – social control - society

Introdução

Para solucionar os diversos conflitos que possam surgir na sociedade é que existe o direito. O direito tem suas divisões em ramos para tutelar cada área humana que existe no meio social. Para aqueles bens indispensáveis à vida em sociedade, e também para o equilíbrio e desenvolvimento da mesma é que foi criado o direito penal, que em via de regra só pode atuar quando houver violações a estes bens.

O Direito Penal é composto por um conjunto de princípios e normas que tutelam bens jurídicos relevantes, tendentes a prevenir a prática do delito, impondo uma sanção penal ao infrator. O delito é do ponto de vista material uma ameaça ou lesão a um bem jurídico relevante. Do ponto de vista formal o delito é a violação à proibição prevista em lei. No aspecto analítico, o delito é um fato típico, pois composto de uma conduta humana prevista em lei como sendo contrária ao ordenamento jurídico, daí, então, temos que o delito é um fato típico e antijurídico.

O processo de criação de uma lei penal é uma das mais rigorosas no ordenamento, devido à atenção maior que despendida pelo Estado. Somente a União é que pode legislar sobre direito Penal, conforme art.22,I da Constituição Federal. A "seleção" sobre quais condutas a norma quer proibir não é algo que fique a mercê da vontade do legislador, mas depende de políticas criminais, que visam orientar o legislador sobre o que deve ou não ser proibido pela norma. Vai depender daquelas condutas que ofendem os bens de maior relevância que dispõe a sociedade. Basicamente podemos dizer que são os direitos e garantias fundamentais, a saber, a vida, a honra, a dignidade, a liberdade, o patrimônio, entre outros.

Com a norma penal estabelecida o Estado poderá atuar exercendo um verdadeiro controle social, para que tudo dentro de seu território venha seguir aquilo que ele propôs através de normas para que fique estabelecida a convivência harmônica de todos os seres humanos.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes: “O controle social é entendimento conjunto de estratégias e sanções sociais que pretendem promover e garantir referido submetimento do indivíduo aos modelos e normas comunitários. (2000, p.133 - 134).

O controle social formal é exercido pelo Direito Penal, enquanto que o informal, é exercido por toda a sociedade, desde a família, a escola e o trabalho até chegar nas áreas do conhecimento humano como o próprio direito.

O direito penal exerce o controle formal por meio da prevenção e punição dos crimes previstos no Código Penal (Decreto-Lei n.º 2.848/40) e em leis esparsas como a Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei n.º 3.688/41), a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06).

Além disso como base do ordenamento, temos os princípios, aos quais, o Direito Penal também deve obedecer sob pena de ferir os direitos e garantias fundamentais, abalando conseqüentemente, todo ordenamento jurídico. Entre os princípios mais importantes do Direito Penal estão os princípios da legalidade e da subsidiariedade (intervenção mínima e fragmentariedade).

Pelo princípio da legalidade, somente a lei é que poderá criar crimes e suas respectivas sanções, e pelo princípio da subsidiariedade, o Direito penal só entrará em ação quando os problemas sociais mostrarem que outros meios de que o Estado dispõe, não são suficientes para resolvê-los.

Na atualidade, os principais problemas sociais são as inúmeras práticas de crimes, que tem feito o Estado se utilizar do Direito Penal constantemente para combater as diversas formas de violência que tem surgido, muitas vezes sem sucesso. Assim, o Direito penal deixa de ser a *ultima ratio*, isto é, subsidiário, para ser a primeira arma contra os problemas sociais.

O aumento da violência implica no aumento desse controle, que na verdade foi criado e reservado a determinadas situações. Por isso ocorre o chamado desvio de finalidade do direito penal, que é a sua constante intervenção para resolver os problemas sociais que lhe são propostos, quando poderiam ser delegados a outras esferas jurídicas.

I – Direito Penal de um modo geral

Muito já se falou sobre como o homem, por sua própria natureza, está condicionado a viver ao lado de outros, e não isoladamente. Portanto, ele não vive sozinho, mas em uma comunidade, onde vive e coexiste, se desenvolve, constrói dentre outras coisas.

A vida em grupo ou em conjunto mostra que muitas vezes pode haver conflitos e outros fatores que podem prejudicar o desenvolvimento humano em sociedade, pois cada homem é diferente de seu semelhante.

Para que não se deixe nas mãos de cada pessoa, a solução dos problemas que venham a existir no meio social, é que existe o direito, como regulador de ordem dentro da coletividade.

O Direito e a sociedade andam juntos, como diz aquele velho brocardo jurídico "ubi societas ibi jus et ibi jus" (onde esta a sociedade, aí está o direito), assim, de acordo com um conceito basicamente sociológico, direito é um conjunto de normas que regula a vida em grupo, ou convívio social.

Dentro do direito, existem ramos diferentes na busca daquilo que se pretende exercer na sociedade, que é a realização do bem comum.

Neste capítulo discorreremos sobre o Direito Penal de um modo amplo, suas principais características, princípios, e como forma de controle social de que o Estado dispõe para resolver os conflitos na sociedade.

O Direito Penal é o ramo do direito composto por um conjunto de normas que disciplinam a proibição às condutas delituosas¹ que venham surgir entre as relações humanas dentro da sociedade.

Nas palavras de Luís Regis Prado, “o Direito Penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público interno que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança (conceito formal). Enquanto sistema normativo, integra-se por normas jurídicas (mandatos e proibições) que criam o injusto penal e suas respectivas consequências”. (2004, p. 34).

Como conjunto de regras, há normas criadas especificamente com a função de coibir ou inibir a prática de condutas nocivas ao convívio social.

Helena Cláudio Fragoso conceitua o Direito Penal como o “conjunto de normas jurídicas mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações ou omissões, sob ameaça de característica sanção penal”. (1985, p.1).

Todavia, não é qualquer conduta que será regulada pelo Direito Penal, mas tão somente àquelas consideradas mais graves, que necessitam de sanções diferenciadas, mais rígidas, ou como afirmam Gomes, Molina e Bianchini: "sanções de particular gravidade" (2007, p. 24). Essas sanções são compostas de penas e medidas de segurança.

Ora, se o Direito Penal tem como função coibir atos humanos delituosos, isto é, prejudiciais ao convívio em grupo, podemos dizer que ele é, portanto, dinâmico, acompanhando as mudanças que possam surgir na sociedade.

Gomes, Molina e Bianchini, no livro *Direito Penal - Introdução e Princípios Fundamentais* apresentam um conceito dinâmico e social do Direito Penal que a seguir destacamos:

Conceito Dinâmico e social: Pode-se definir o Direito Penal, do ponto de vista dinâmico e social, como um dos instrumentos do controle social formal, por meio do qual o Estado, mediante um determinado sistema normativo (leia-se normas penais), castiga com sanções de particular gravidade (penas e outras consequências) as condutas desviadas (crimes e contravenções) mais nocivas para a convivência, visando a assegurar, dessa maneira, a necessária disciplina social bem como a convivência harmônica dos membros do grupo. (2007: p.24).

¹ Objeto de estudo do capítulo seguinte

Antes de explicar o que é o controle social, vamos expor outra forma de conceituação de Direito Penal. Trata-se do conceito estático e formal: "o Direito Penal é um conjunto de normas (normas jurídico-públicas) que definem certas condutas como infração, associando-lhes penas ou medidas de segurança assim como outras consequências jurídicas (indenização civil, por exemplo). (Gomes, 2007, p.24).

O Direito Penal deve ser ao mesmo tempo, dinâmico e social e estático e formal, pois ao punir as condutas desviadas que surgem no meio social, e essas surgem a todo o momento, das mais variadas formas, ele não pode quedar-se inerte, mas deve acompanhar as mudanças sociais. Mesmo formais, se as normas se tornarem "ultrapassadas", ou perderem a sua aplicabilidade em razão do tempo que modifica o fato que a lei pretendia regular, não produzirão o efeito que se pretende com a sua criação.

Quanto ao conceito dinâmico e social, a crítica que se faz é que, como instrumento de controle social formal o Estado punirá as condutas que põem em risco a vida em sociedade, contudo, pelo princípio da subsidiariedade do Direito Penal, não é toda e qualquer conduta que ameaçar a sociedade, mas somente àquelas mais graves.

Então, como a sociedade está sempre em mutação, e a cada dia que passa mais e mais formas de manifestação da violência tomam conta da vida de todas as pessoas, maior se tornarão as atribuições do Direito Penal, estatuidando quebra de suas funções básicas.

Além do mais, pelo princípio da legalidade, que será estudado mais a frente, só haverá crime e punição por ele, se houver previsão legal para fazê-lo, esta norma for anterior ao fato. Em outras palavras, todo o procedimento "penal" que o Estado irá utilizar, só pode existir se estiver previsto em lei. O mesmo acontece com o Direito Tributário, por exemplo.

Aspectos do Direito Penal

O Direito Penal é um ramo do Direito Público visto que só pode ser legislado e exercido pelo Estado, mais especificamente, pela União, exclusivamente pelo seu Poder Legislativo (art. 22, I da CF).

Ao Estado pertence o monopólio da violência. Não se admite a vingança pessoal como resposta ao ato atentatório à pessoa humana, pois, desde muito tempo o Estado tomou para si a função de aplicar a sanção à violência cometida. Assim, cometido um crime ou uma tentativa de crime, não cabe nem à pessoa X ou Y resolver o caso com suas próprias mãos, nem a sociedade, ainda que possam alegar que “justiça deve ser feita!!!”. A resposta será exclusivamente do Estado, por intermédio de seus órgãos e agentes, e sistemas (judiciário, polícia, MP etc).

O Direito Penal é um conjunto de normas que pune as condutas que ofendem bens jurídicos relevantes, dentro do território onde o Estado exerce sua soberania, prevendo assegurar a ordem social.

O ilustre jurista Miguel Reale, nos mostra em seu livro "**Lições preliminares de Direito**" o seguinte:

[...] quando uma norma proíbe que alguém se aproprie de um bem alheio, não está cuidando apenas do interesse da vítima, mas imediata e prevalecentemente, do interesse social.

Afirma ainda que:

Por esse motivo, o direito penal é um direito público, uma vez que visa assegurar bens essenciais à sociedade toda (REALE 1973, p.385).

Portanto, a norma criada pelo Estado não é direcionada à proteção do bem individual somente, mas também à proteção do bem coletivo, aquele de interesse social.

Política Criminal

A sociedade está sob um constante processo de mutação, e reiterando o que já foi dito em linhas acima, o Direito precisa acompanhar essas mudanças, ser dinâmico. No campo Penal muito mais, seja na busca por criminalizar novas condutas que venham a surgir; seja punindo mais severamente um criminoso ou ainda, para que o sistema penal possa ser mais eficiente.

Tudo isso necessita de métodos ou estratégias para o exercício do controle da criminalidade, isto é, a prevenção contra o crime, e a esse processo a doutrina penal chama de Política Criminal.

Fragoso afirma que a Política Criminal é “a atividade que tem por fim a pesquisa dos meios mais adequados para o controle da criminalidade, valendo-se dos resultados que proporciona a Criminologia, inclusive através da análise e crítica do sistema punitivo vigente”. (1985, p.16)

A política criminal tem um papel de orientar o legislador na elaboração das normas penais, verificando os meios para prevenção e solução dos problemas penais existentes na ordem social. Deve fazer parte da realidade social, impondo soluções, propondo alterações nas formas de prevenção do delito, e discutindo sobre o que deve ou não ser criminalizado, além de procurar métodos para fazer o delinqüente voltar ao convívio social.

Quando a norma penal prescreve um determinado delito impondo-lhe uma pena, ela tem um caráter intimidatório, procurando evitar que sejam praticadas as condutas proibidas. E, quando ocorre a prática do delito, havendo a respectiva punição, esta tem caráter ressocializador, de modo que aquela pessoa não volte a praticar crime.

A definição mais precisa que se tem de política criminal, é a apresentada pelo jurista Zafaroni:

A Política Criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.
(1999, p.132).

Portanto, a política criminal é a que orienta o Direito Penal, seja quanto à elaboração de normas, seja nos meios de se punir uma infração ou para a melhora do sistema prisional, no que tange à ressocialização do condenado. Por isso, ela deve estar ligada a outras áreas seja social, econômica ou cultural, visando a completa prevenção da criminalidade, pois esses princípios influenciarão as leis penais, a fim de que tenham mais caráter humano, mais justo e menos estigmatizantes à sociedade.

Sobre o que será ou não proibido pela norma, ou seja, quais as condutas que serão consideradas delitos, e suas respectivas punições, tudo isso é feito pela Política criminal.

O direito penal como Controle Social

O controle social é entendido como uma função do direito, como veremos adiante:

A função do direito de estruturar e garantir determinada ordem econômica e social à qual estamos nos referindo, é habitualmente chamada de função “conservadora” ou de ‘controle social’. O controle social, como assinala Lola Aniyar de Castro ‘ não passa de predisposição de táticas, estratégias e forças para a construção da hegemonia, ou seja, para a busca de legitimação ou para assegurar o consenso; em sua falta, para a submissão forçada daqueles que não se integram à ideologia dominante. (BATISTA, 2004, p. 21 - 22).

O direito tem essa função garantidora da ordem social, isto é, ao perfeito convívio humano na coletividade, e, portanto, exerce um controle social, estabelecendo regras, mandamentos, fundados em princípios básicos, a fim de que todos estejam sob suas ordens, e sejam lhes assegurado o bem estar na sociedade. O Direito exerce, portanto, uma função de controle social para manter a sociedade sobre seus preceitos.

Todavia, uma vez que este “controle” exercido por meio de normas, podemos, então, apresentar aqui, outra definição do chamado controle social, que complementarmente o entendimento:

O controle social é entendimento conjunto de estratégias e sanções sociais que pretendem promover e garantir referido submetimento do indivíduo aos modelos e normas comunitários. (GOMES, 2000, p. 133 - 134).

A existência de um controle social em uma sociedade é algo imprescindível. Toda sociedade necessita de um domínio para assegurar sua estabilidade e sobrevivência, assim como de um sistema de normas que contemple modelos de conduta, punindo os fatos que coloquem em risco o grupo social.

Tornam-se imprescindíveis a estabilidade, para que a sociedade se mantenha, e sobrevivência, para que consiga superar “problemas” que possam surgir no cotidiano. As normas asseguram que os mandamentos fundamentais não sejam violados, e caso sejam, não ficarão impunes.

O controle social é composto de duas instâncias, a saber, Formal e Informal. Analisaremos primeiramente a instância informal, para que possamos prosseguir com a formal facilitando a explicação sobre conceito de Direito Penal.

A instância informal é aquela pela qual o indivíduo é submetido, sem que haja conteúdos escritos ou específicos, não segue um rito para que seja “exercida”.

Basicamente, podemos dizer que é aquele conjunto de estratégias e sanções pelos quais passa o indivíduo, desde o seu nascimento até a sua morte, começando com a sua família, seguida da escola, trabalho, e em todas as situações do cotidiano. Todos estes, são responsáveis por levar o indivíduo a ser submetido a um processo de socialização, procurando adequá-lo às normas de convivência do grupo. Caso ele descumpra as “regras”, haverá uma espécie de punição.

Para exemplificar e fixar o que é essa instância de controle social, vamos nos utilizar de um exemplo que o ilustre jurista Luiz Flávio Gomes nos apresenta em seu livro *Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais*:

O pai que decide sancionar o filho que não obteve bom desempenho escolar atua sem nenhuma formalidade. Não existem normas de procedimento a respeito nem preceitos que determinem o tipo de castigo ou sua gravidade. A criança tampouco pode invocar o direito de “falar com seu advogado”. A comunidade também castiga marginalizando ou desqualificando (sancionando) seus membros incômodos, descorteses ou inconvenientes, sem necessidade de submeter tal decisão a qualquer conjunto normativo (exemplo: quando o sujeito deixa tocar o celular num teatro, quando fala ao celular durante uma palestra etc.). Em ambos os casos estamos diante de instituições do controle social “informal (2007, p.27).

Assim, não há no controle social informal, qualquer regra ou mandamento proibitivo escrito ou normativo, ele é exercido por toda coletividade, são regras “virtuais” existentes no meio social, que garantem que a tudo ocorrerá em perfeita harmonia, nos eixos. Podemos chamá-las de regras do cotidiano.

Quando as instâncias do controle social informal falham, aí, então, entram em ação as instâncias do controle social formal que obedecem a uma série de regras e procedimentos, para sua aplicação.

Estas agências do controle social formal seguem ritos determinados por meio de normas, que em regra são escritas, e são elaboradas pelo órgão legislativo, fazendo-se imperar em todo o território onde o Estado exerce a sua soberania.

Diferentemente das instâncias informais, as formais não podem atuar com tanta flexibilidade, como vamos demonstrar a seguir:

A polícia, por exemplo, não pode prender uma pessoa senão nos casos e na forma previstos na lei e na Constituição (CF, art.5º., LXI; CPP, art. 282 e SS). Efetuada a prisão, o preso deve ser informado imediatamente dos direitos que lhe assistem (CF, art.5º, LXII e LXIII), dentre outros: direito de ser informado dos fatos que se lhe imputam e das razões de sua prisão, direito à identificação dos responsáveis por sua prisão (CF, art.5º., LXIV), direito ao silêncio (CF, art.5º., LXIII), de não se declarar culpado, de indicar advogado (CPP, art. 263) e solicitar sua presença, de ser examinado por um médico etc.

[...]

A prisão por sua vez, durará (tão somente) o tempo estritamente necessário para a realização das investigações (no caso de prisão temporária). De outro lado, somente podem ser impostas as penas assinaladas na lei para o delito ou contravenção cometidos (CP, art.1º) e, é claro, depois do oportuno julgamento público (CF, art.5º., LX)

[...]

A sentença tem que ser fundamentada (CF, art.93, IX) e está sujeita aos recursos previstos em lei (CF, art.5.º, LV). (GOMES, 2007, p.27).

Pode-se observar de tudo o que foi exposto acima, que o controle social é imprescindível em uma sociedade. Ele é necessário para que seja assegurada a estabilidade e sobrevivência assim como de “um sistema de normas que contemple modelos de conduta (dirigidos a seus membros), castigando-se (penalmente) os fatos que (de modo intolerável) coloquem em perigo o próprio grupo”. (GOMES, 2007, p.25)

Após essas definições, temos que o Direito Penal como forma de controle social, tentando mostrar dois pontos de vistas diferentes, mas que se complementam. Esses pontos de vistas são definições de Direito Penal como um instrumento de controle social formal.

Pelo exposto observa-se que em uma sociedade, é imprescindível que exista um sistema de controle para assegurar sua estabilidade e sobrevivência, assim, o Direito Penal aparece como um instrumento do controle social formal, além de um complexo de normas que contenham modelos de condutas, com os quais se visa proibir, cominando sanções peculiares.

Princípios básicos do Direito Penal

Os princípios são a base estrutural de todo ordenamento jurídico e servem para orientar todas as normas que são criadas dentro deste, de modo que se uma lei for criada para suprimir ou extinguir algum direito, ela ferirá não só a lei máxima do ordenamento, como também os princípios que o norteiam.

A existência do Direito Penal está toda fixada em princípios, a não observância desses pode comprometer toda a atuação penal que se pretende pelas leis penais. A norma pode se basear em um princípio tanto expressamente como implicitamente.

O princípio fundamental, tido como um dos mais importantes no Direito é o princípio da legalidade. O Direito Penal por ser um ramo do Direito Público, só pode fazer o que a lei prevê, sendo esta o ponto de partida para a atuação estatal.

Damásio E. de Jesus explica que o princípio da legalidade “(...) não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima”. (1999, p.62).

O Código Penal Brasileiro, e a Constituição Federal de 1988 trazem este princípio em seus textos, de forma expressa: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Sem lei não há crime, sem lei não há punição, a tutela penal está condicionada ao conteúdo que a lei previr, sob pena de se caracterizar uma verdadeira ilegalidade e desorganização na atuação penal que se busca. Ninguém poderá ser punido criminalmente sem uma lei que estabeleça que determinado ato é proibido.

O princípio da legalidade pela observância que se faz do já referido art. 1º do Código Penal, origina outros dois “sub princípios”, a saber, o da anterioridade e o da taxatividade. Pelo primeiro princípio, não pode haver crime sem uma lei “anterior” à sua existência, prescrevendo a proibição, “para que haja crime e seja imposta pena é preciso que o fato tenha sido cometido depois de a lei entrar em vigor”. (JESUS, 1999, p.9).

Já o princípio da taxatividade diz respeito à clareza da lei na descrição da conduta delitiva, de modo que não haja dúvidas ou más interpretações de seu conteúdo, isto é, daquilo que se pretende punir.

Outro princípio de extrema importância quando se fala em norma penal é o princípio da subsidiariedade, ou da intervenção mínima como entendem alguns doutrinadores.

Segundo este princípio, o direito penal somente será acionado quando os outros meios de que o Estado dispõe para resolver os problemas sociais não forem suficientes para solucioná-los. É o chamado Controle social formal.

Quanto a essa questão, o entendimento do Professor Flávio Gomes é o seguinte:

A utilização do Direito Penal, de outro lado, deve ficar circunscrita às situações que não possam ser resolvidas por outros meios ao dispor do Estado – ou seja, quando ele se torna necessário, em termos de utilidade social. Dito de outra forma, o ramo repressivo do Direito só é admitido quando não há outro mal menor passível de substituí-lo, quando outros ramos do Direito não são suficientes para a solução do problema. (2007, p.280).

Na mesma linha de pensamento está Cezar Roberto Bitencourt, que afirma:

Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. (2007, p.13).

Daí, vemos o caráter subsidiário do Direito Penal, só sendo necessária sua atuação quando a ordem social reclamar uma maior intervenção estatal na tutela dos bens jurídicos.

Pelo princípio da fragmentariedade, que decorre do princípio da subsidiariedade, podemos extrair que além da intervenção mínima, o Direito Penal estará restrito à tutela dos bens

jurídicos de maior importância que há na sociedade, e não em todos os casos, mas somente naqueles casos de maior gravidade, disso advém a sua fragmentariedade.

Missões e Funções do Direito Penal²

Quando se fala em missões ou funções do direito penal, está se questionando acerca do futuro do mesmo. Para saber se ele realmente está cumprindo aquilo pelo qual foi criado ou não, devemos verificar o que ele está realizando e se os objetivos pelos quais foi criado estão sendo alcançados.

Entendem-se por missões do Direito Penal, os objetivos, os fins que pretende alcançar. Já as funções, dizem respeito ao que verdadeiramente ele tem desempenhado.

O Direito Penal é um conjunto de regras e princípios que tutelam bens jurídicos de maior importância para a sociedade, àqueles indispensáveis e comuns a todos os seres humanos, a vida, a dignidade, a saúde, a honra, o patrimônio etc., não se prestando a proteger determinada crença ou grupo social. Logo, a primeira missão do direito penal é a proteção a esses bens jurídicos.

Quando o Estado age para punir o crime, aplicando a sanção penal ao infrator, ele usa de violência. Violência esta que é legítima, sendo ele o seu único titular. A lei penal (Direito Penal Objetivo) e a Constituição conferem esse poder ao Estado. O Direito Penal Objetivo é o conjunto de regras objetivas, dirigidas a todos indistintamente, e que disciplinam, entre outras coisas, o poder punitivo do Estado, também chamado *jus puniendi*. O monopólio da violência pelo Estado é a segunda missão do direito penal.

A partir do instante em que o Estado avocou para si o monopólio da violência, usando-a quando e nas formas que a lei prescreve, o objetivo foi evitar a vingança privada, salvo os casos previstos em lei como as hipóteses do art. 23 do CP, que dispõe:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

² Entendimento retirado do capítulo 1 da sexta seção do Livro Direito Penal – Introdução e Princípios fundamentais do autor Luiz Flávio Gomes.

- I - em estado de necessidade;
- II - em legítima defesa;
- III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Essa previsão legal se justifica (por isso são chamadas causas justificantes), pelo fato de que nem sempre o Estado estará presente quando ocorrer a violência, aí então o cidadão está legitimado, isto é, autorizado a fazer justiça com suas próprias mãos.

A última missão pretendida com o Direito Penal é a proteção do infrator, por mais incrível que pareça. A maior prova disso é o já estudado princípio da legalidade, pelo qual ninguém pode ser punido sem lei. Serve também de equilíbrio para o direito de punir do Estado.

Além do princípio da legalidade, existem outros mandamentos constitucionais que visam proteger aquele que cometeu o delito, de ser submetido à arbitrariedade dos Juízes, e do Abuso de Poder pelo Estado. Como exemplos temos o princípio da humanidade, pelo qual o “réu deve ser tratado como pessoa humana” (JESUS, 1999, p.11), e a irretroatividade da lei penal, salvo se for mais benéfica (art.2º, CP e art.5º, XL, CF).

Até aqui vimos as Missões do Direito Penal, a partir de agora vamos discorrer sobre as funções, pelas quais se busca saber qual é o verdadeiro papel que o direito penal exerce na sociedade.

A função do Direito Penal não é outra senão servir de instrumento do Estado para a proteção dos bens jurídicos mais relevantes contra as diversas formas de violência que possam sofrer. Essa é a função legítima.

Há, porém, funções que o Direito Penal pode assumir que configuram-se como ilegítimas. São elas a função promocional e a função simbólica.

Pela função promocional, o Poder Político por meio do Direito Penal, tenta chamar a atenção da sociedade para a tutela de determinados bens jurídicos. Temos como exemplo dessa função, a lei ambiental que prevê uma série de tipos penais, quando a media mundial não ultrapassa a mais ou menos dez tipos.

A função simbólica é aquela usada pelo Poder Político para acalmar os “ânimos” da população em momentos delicados, quando ocorre uma série de crimes que amedrontam a sociedade, ou ainda quando são praticados delitos gravíssimos que ameaçam seriamente a estrutura e o desenvolvimento da ordem social.

O Direito Penal nestes momentos é utilizado de forma mais tendente a acalmar a ira da população do que resolver efetivamente os problemas. Como explica Flávio Gomes: A lei de crimes hediondos (Lei 8.072/90), no Brasil, é o maior exemplo disso. Sabe-se que o aumento nominal de penas, o agravamento da execução etc. não resolvem o problema da criminalidade constante. Apesar disso, Lança-se mão do Direito penal para cumprir esse papel”. (2007, p.223).

Com isso, o resultado não será nada produtivo, pois após acalmar a ira popular percebe-se que de nada adiantou agravar penas ou criar leis prevendo uma série de novos tipos penais, e esse “remédio” (mais penas, mais cadeias etc.) é inadequado, sendo certo que de nada adiantará a intensificação de suas doses (GOMES, 2007, p.223).

Essas duas últimas funções discutidas são as ilegítimas, nada impede que sejam utilizadas, que o Direito Penal cumpra essas funções em determinados momentos. O que não pode acontecer é o Poder Político usá-las constantemente em toda e qualquer situação, criando uma falsa idéia de efetividade penal

Para ilustrar a explicação acima vamos utilizar um exemplo: suponhamos que esteja havendo uma série de crimes, considerados os mais graves, em que esteja havendo em todos eles a participação de menores. Ora, como se sabe, os menores de 18 anos são inimputáveis. Então, o Poder Político, para acalmar a ira da população, vítima das infrações, fala em reduzir a maioria penal para 16 ou 14 anos. Essa medida com certeza não resolverá o problema da excessiva criminalidade envolvendo menores de idade, por não ser uma questão que possa ser resolvida da noite para o dia, aí, caso a medida não resolva, e os menores sofram sozinhos as conseqüências da prática do crime (porque os “grandes” do crime muitas vezes não serão pegos!!), sem haver uma diminuição na prática reiterada de delitos, com certeza o Estado tentará dar outra solução “mais rápida” a questão.

Capítulo II – Do Delito

O presente capítulo tem por objeto o estudo do delito. É preciso falar sobre sua origem e sua evolução no Direito Brasileiro, também, os doutrinadores que aderiram à teoria do delito, para em seguida partir para um estudo mais aprofundado de delito.

Origem

Noxa (noxia, danos) era a palavra que exprimia o delito no direito romano. “Dano” era uma palavra que estava mais ligada aos conceitos de reparação do mal praticado do que ao significado da infração. Outros termos foram surgindo para indicar a conduta delituosa como: *scelus*, *maleficium*, *fraus*, *peccatum*, e muitas outras expressões que não diziam respeito à consequência jurídicas. Na sequência vieram as palavras *delictum* (ilícito civil) e *crimem* (ilícito penal).

Na Idade Média, o termo *crimem* correspondia às infrações mais graves, enquanto que *delictum* indicava as infrações mais leves.

Hoje em dia, predominam as expressões “Crime”, “delito” e “contravenção”, que são adotadas para distinguir as diferentes formas de infração, mesmo com as diferenças de doutrinas e legislações de cada país.

Importante explicar que o termo “Infração” é gênero do qual “crime”, “delito” e “contravenções”, são espécies.

Definição Legal de Crime no Brasil

A lei de introdução ao Código Penal faz a seguinte definição de crime: "Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente" (BITENCOURT, 2007, p.211). Essa definição se limita a diferenciar o crime da contravenção, é um conceito do ponto de vista legal, diferente das definições apresentadas pela doutrina que são mais amplas.

O Código Penal de 1940, ao contrário de seus antecessores, não traz nenhuma definição do crime, deixando a elaboração de seu conceito à doutrina nacional. Isso ocorreu uma vez que, as definições das leis eram "puramente formais, eram incompletas e defeituosas, recomendando o bom senso o abandono daquela prática". (BITTENCOURT, 2007, p.211).

Definições Doutrinárias de Delito

Existem três formas básicas que grande parte da doutrina utiliza para definir o delito, de modo a facilitar o seu estudo.

Conceito formal de crime

Entende-se por crime formal, toda a conduta proibida por lei, que comine em determinada sanção penal.

A sociedade é toda normatizada pelo Direito, o Estado dispõe-se de regras para manter o controle sobre a sociedade, incumbindo ao Poder Legislativo elaborar as leis, e mais especificamente, as leis penais, em se tratando de Direito Penal.

As condutas consideradas criminosas são proibidas pela lei. Trata-se de "criações" da sociedade, para penalizar ações ou omissões que são contrárias ao meio de vida social.

Quando a sociedade entende necessário criminalizar determinada conduta, através dos meios naturais de pressão, leva sua demanda ao Legislativo, que, aprovando uma lei, materializa o tipo penal. (NUCCI, 2007, p.160).

Deste modo, o delito, do ponto de vista formal é o que o legislador descreve na lei como tal, de forma literal, como por exemplo, no crime de homicídio, cujo tipo penal expressa: “Matar Alguém. Pena – reclusão de 6 a 20 anos”. O legislador descreve o delito de homicídio.

Formalmente, haverá crime quando uma pessoa praticar a conduta descrita na lei pelo legislador, violando conseqüentemente a norma penal.

É claro que a criação de delitos está condicionada somente à lei, como se verifica pela disposição do art. 1º do Código Penal: Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Assim, o crime deriva da lei, que foi criada pelo legislativo, não havendo outro órgão competente para criá-lo, pois sem lei não há crime.

Conceito Material

Este conceito diz respeito ao conteúdo do ilícito criminoso dentro da sociedade. A própria coletividade determina quais são as condutas que a lei deverá punir com a sanção penal.

Segundo Nucci: "É a concepção da sociedade sobre o que pode e deve ser proibido, mediante a aplicação da sanção penal. Portanto, a sociedade, em meio às circunstâncias, verifica quais são as condutas proibidas pela lei". (2007, p.159).

Aquelas condutas mais graves, que atentam contra o desenvolvimento e estabilidade da sociedade, serão normatizadas pela lei penal, do contrário, outras leis, de outros ramos do direito serão cabíveis. Logo, a lei penal tem caráter subsidiário.

No aspecto material, o delito constitui lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos relevantes, sejam eles de caráter individual, coletivo ou difuso.

O conceito material analisa o delito do ponto de vista de seu conteúdo, e deste modo, o delito é um fato humano que expõe ou lesa os bens jurídicos de maior relevância para a sociedade, que só pode ser evitado mediante a aplicação de penas. Tal fato é punível em razão de prejudicar a existência e o desenvolvimento da sociedade, e o Estado não tem outra maneira de resolver a não ser cominando sanções penais aos delitos.

Conceito analítico

Neste aspecto, o delito é decomposto, onde são analisados seus elementos constitutivos. Este conceito, em sua essência, não difere do aspecto formal, mas "na realidade é o conceito formal fragmentado em elementos que propiciam o melhor entendimento da sua abrangência" (NUCCI, 2007, p.160).

O crime é, destarte, uma ação ou omissão humana que realiza a proibição da lei penal, ajustando-se na descrição legal desta.

A conduta humana dirigida à prática do delito constitui tipo penal, havendo, então, tipicidade, pois a conduta do sujeito se amolda na descrição. Ainda, o delito é antijurídico, por ser contrário ao direito, à ordem jurídica e à ordem social.

Sobre o fato praticado e contrário ao direito, ainda, incide sobre o infrator, um juízo de reprovação social (ao que chamamos de culpabilidade), desde que seja imputável, tenha potencial consciência de ilicitude e a possibilidade de conduta diversa.

Há muitas divergências dentro da doutrina penal, acerca do conceito analítico, pois uns afirmam ser o delito fato típico e antijurídico, outros entendem que o delito também é culpável, e ainda existem doutrinadores que entendem que além desses três elementos, o delito é também punível. Sem dúvida alguma o delito é punível, mas a discussão na doutrina é quanto aos elementos que compõem o delito, havendo posicionamento que a punibilidade seria mero pressuposto para pena.

Vamos expor um quadro abaixo para verificar quais são os elementos que compõem o delito, as correntes doutrinárias e seus adeptos:

- 1) fato típico e antijurídico: os adeptos desse ponto de vista afirmam ser a culpabilidade pressuposto para pena e, portanto, não compõem o conceito de delito. São eles: Damásio Evangelista de Jesus, Julio Fabrini Mirabete, Celso Delmanto, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Fernando Capez entre outros);
- 2) fato típico, antijurídico, culpável - Corrente majoritária, tanto no Brasil quanto no exterior, adotada por inúmeros doutrinadores como: Cezar Roberto Bittencourt, Heleno Fragoso, Assis Toledo, Luiz Luisi, Luiz Regis Prado dentre outros
- 3) fato típico, antijurídico e punível - neste, a culpabilidade é o elo entre o crime e a pena; adotada por Luiz Flávio Gomes;
- 4) fato típico, antijurídico, culpável e punível - Adotada por Basileu Garcia.
- 5) fato típico e culpável - dentre os adeptos está Miguel Reale Junior;

A teoria que melhor se adéqua ao Direito Penal Brasileiro, é a que tem o delito como fato típico e antijurídico, tão somente, visto que a culpabilidade, como se verifica na prática, é mero pressuposto de pena. Sem ela, o crime ainda estará configurado, o que ocorreu foi que o agente foi isento de pena.

Mesmo entendimento tem o ilustre jurista Fernando Capez, que explica:

[...] em primeiro lugar deve ser observada a tipicidade da conduta. Em caso positivo, e só neste caso, verifica-se se a mesma é ilícita ou não. Sendo fato típico e ilícito, já surge a infração penal. A partir daí, é só verificar se o autor foi ou não culpado pela sua prática, isto é, se deve ou não sofrer um juízo de reprovação pelo crime que cometeu. Para a existência da infração penal, portanto, é preciso que o fato seja típico e ilícito (2008, p.113).

Assim, o crime visto do ponto de vista analítico, é o que melhor facilita o estudo desse fenômeno penal, pelo fato de expor de modo separado, ou como afirma Capez: "visto que o dolo e a culpa, hoje integram a conduta, retirando da culpabilidade o caráter normativo, o ponto de vista bipartido (fato típico e antijurídico) é suficiente para a existência da infração penal".

O seguinte trecho se encaixa exatamente na disposição acima:

Com o finalismo de Welsel, descobriu-se que dolo e culpa integrava o fato típico e não a culpabilidade. A partir daí, com a saída desses elementos, a culpabilidade perdeu a única coisa que interessava ao crime, ficando apenas com elementos puramente valorativos. Com isso, passou a ser mero juízo de valoração, externo ao crime, uma simples reprovação que o Estado faz sobre o autor de uma infração penal. (CAPEZ, 2007, p.114).

Hoje, verifica se o agente do crime tinha ou não a intenção de praticá-lo, existindo uma conduta dolosa (intencional) e outra culposa, diferindo a punição dada num ou noutro caso. Entretanto, observa-se que a intensidade do dolo ou da culpa permanece na culpabilidade, visto que um de seus elementos é a potencial consciência da ilicitude.

O dolo que foi transferido para o fato típico não é, no entanto, o normativo, mas o natural, composto apenas de consciência e vontade. A consciência da ilicitude destacou-se do dolo e passou a constituir elemento autônomo, integrante da culpabilidade, não mais, porém, como consciência atual, mas possibilidade de conhecimento do injusto.

Desta forma, o sujeito, tendo condições de saber que sua conduta é errada, mas não sabendo, não poderá ser isento da punição. O dolo presente na conduta, já será suficiente para que o agente sofra a sanção penal.

Mais a frente, no estudo da conduta, a teoria causal, a social e o supracitado finalismo serão estudados.

Classificação das Infrações

Há dois critérios de classificação do crime, são eles: o critério bipartido e o tripartido. O primeiro critério traz dois tipos de infrações penais, o crime e a contravenção, sendo o primeiro mais grave e o segundo, aquelas ações (ou omissões) de menor potencial ofensivo, punidos com penas igual ou inferior a dois anos. A diferença é apenas quanto à quantidade de penas, é quanto à gravidade. Os crimes são punidos com penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou multa, como dispõe o art. 32 do Código Penal Brasileiro, sobrando para as contravenções, as punições com prisão simples ou apenas multa, conforme dispõe o art. 5 da lei das contravenções (Decreto-lei n.º 3.688/41).

O segundo critério é o tripartido, adotado em legislações estrangeiras como Alemanha, Itália, França. Neste último inclusive, por questões processuais - de determinação de competência etc. os crimes são punidos pela cour d' assises, a suprema courte francesa, os delitos pelo tribunal correcional e as contravenções pelo tribunal de polícia (Prado, 2004, p.209)

Neste aspecto, os crimes são as infrações mais graves, os delitos, de médio potencial ofensivo, e as contravenções as que têm a menor gravidade.

Essa distinção entre o critério bipartido ou tripartido é uma questão meramente político-criminal; quanto ao conteúdo, não há diferenças.

Como afirma Flávio Gomes: "A palavra 'crime' de qualquer modo, também é utilizada em sentido genérico (correspondendo, portanto, ao significado de infração penal)". (2007, p.164).

Os crimes recebem duas formas de classificação, uma feita pela lei e outra pela doutrina. A doutrina, traz inúmeras espécies de crimes, entretanto, por não ser o foco do trabalho analisar cada tipo de crime, verificaremos apenas aqueles que são comuns à toda a doutrina, além de serem mais importantes também.

Classificação dos crimes

Crime material - entende-se aquele que descreve a conduta, cujo resultado integra o próprio tipo penal. Não basta que haja a prática do delito, deve haver um efetivo dano, como exemplos temos a morte, no crime de homicídio, a subtração no furto etc.

Crime Formal - ao contrário do crime material, no crime formal não se exige a ocorrência de um resultado naturalístico, apenas a conduta do agente é suficiente para a configuração do delito, como por exemplo, no crime de extorsão mediante sequestro, no qual, o recebimento do resgate não é exigido quanto ao tipo penal, estando configurado crime apenas com a conduta do sujeito ativo.

Crime de mera conduta - nestes crimes não se exige a ocorrência do resultado, simplesmente por não ser possível alcançá-lo, como no crime de Reingresso de estrangeiro expulso, onde a

simples entrada do sujeito em território nacional, por si, já configura o delito de mera conduta. O próprio tipo penal não prevê resultado para este tipo de crime

Crime complexo - ocorre quando em um crime, o seu tipo penal é composto de duas ou mais condutas que separadas integram outro crime. Exemplo de crime complexo é o Roubo, cujo tipo penal contém elementos que configuram outros delitos (ameaça, violência). Também, os crimes de extorsão mediante sequestro e de latrocínio, são exemplos de crimes complexos.

Crime Permanente - enquanto durar a situação que o tipo penal prevê, o crime está se consumando, ou como afirma Capez: "o momento consumativo se protraí no tempo, e o bem jurídico é continuamente agredido". (2004, p. 246).

Crime Progressivo – há uma sucessão de condutas, incluído um crime menor e outro mais grave no mesmo tipo penal. Para praticar o crime mais grave, o sujeito deve passar pelo de menor gravidade obrigatoriamente.

Progressão Criminosa – Neste, existem dois delitos praticados, no qual a pessoa pretende atingir um resultado, e após conseguir, continua a violar o bem jurídico. É o caso da pessoa que pretende ferir outra, e depois decide matar.

Crime Próprio – é aquele que só pode ser cometido por um sujeito determinado, ou uma categoria de pessoas determinadas, como o infanticídio.

Crime de mão própria – somente o sujeito em pessoa é que pode cometê-lo, como no crime de estupro (art.213), no falso testemunho (art. 342) dentre outros.

Crime Instantâneo – diz respeito àquele que se consuma no mesmo instante em que é praticado.

Crime Instantâneo de efeitos permanentes – a diferença com o crime supra citado, é apenas quanto aos seus efeitos, que se prolongam no tempo. Independe da vontade do criminoso, diferente do crime instantâneo em que há a manutenção da conduta por vontade do agente.

Há diferenças entre as classificações elencadas pela doutrina, de modo que existem tantos crimes quanto seus autores entenderem, assim, os acima expostos, são os mais importantes para o estudo do Direito Penal e comum a todos os doutrinadores.

Entretanto, a alguns crimes previstos no Código Penal, na parte geral que servem como modelos para as espécies que são previstas na Parte Especial. São eles:

Crime doloso

O crime doloso é previsto no Código Penal em seu artigo 18, trazendo a seguinte definição:

Diz-se o crime:

I – doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Dessa definição se extraí que o agente comete o crime doloso quando tem a intenção de praticá-lo, ou seja, quando a vontade do agente é o que o motiva a cometer tal ato. Ainda, haverá crime doloso se o indivíduo assume o risco, não se importando com o resultado, mas querendo praticar o ato.

O legislador brasileiro, segundo a doutrina penal, neste artigo, adotou duas teorias, da atividade e do assentimento. Pela primeira o crime é doloso quando o sujeito tem a intenção de atingir o resultado (exemplo já verificado em linhas supras, o crime de homicídio). Pela teoria do assentimento, o sujeito não planeja atingir o resultado, mas assume o risco de produzi-lo pela prática do ato.

Crime Culposo

No inciso II do supracitado artigo 18 encontramos a definição de crime culposo:

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Nos crimes culposos, o agente não tem a intenção de praticar o delito, mas por falta da observância do dever objetivo de cuidado, ele dá causa ao crime seja por imprudência,

negligência ou imperícia. O resultado não é almejado pelo sujeito, contudo, sua ação gera o resultado.

A inobservância do dever de cuidado objetivo é exemplificada por Damásio:

Quando se diz que a culpa é elemento do tipo, faz-se referência à inobservância do dever de diligência. Explicando. A todos, no convívio social, é determinada a obrigação de realizar condutas de forma a não produzir danos a terceiros. É o denominado *cuidado objetivo*. (1999, p.293).

A imprudência, a negligência e a imperícia são formas de expressão dessa inobservância ao dever de cuidado.

A imprudência é a prática de uma ação descuidada ou um fato perigoso. Ocorre quando, por exemplo, o sujeito manuseia uma arma de fogo perto de uma criança, ou ainda quando uma pessoa dirige veículo em uma rua em que passam muitas pessoas. Essas ações podem levar a prática de crime culposos.

Por sua vez, a negligência não é um ato mas uma abstenção do sujeito em fazer algo para se evitar problemas. O sujeito que deixa uma arma ao alcance de uma criança, age negligentemente, e esse “não fazer” algo pode resultar em um crime culposos.

Por último, temos a imperícia que é a falta de aptidão para o exercício de determinada arte ou profissão. Atividades estas que podem ser de motorista, médico, engenheiro, ou farmacêutico.

Não é necessário que haja no crime culposos a ocorrência de todas estas inobservâncias, bastando que haja uma somente, que seja a causa para a produção do resultado danoso.

Crime Preterdoloso

Trata-se do crime que após a sua ocorrência se sobrepõe a ele um resultado que aumentará a pena abstratamente imposta.

“Crime preterdoloso (ou preterintencional) é aquele em que a conduta produz um resultado mais grave que o pretendido pelo sujeito”. (JESUS, 1999, p.304). O agente quer praticar determinado crime, mas o resultado vai além daquele que era esperado. Preterdoloso ou

preterdolo é exatamente por isso, o resultado vai além do dolo, onde o sujeito atinge não só o que pretendia com sua ação, mas também o que não queria.

A título de exemplificação, na prática de uma lesão corporal seguida de morte, há uma conduta dolosa que acaba por gerar um resultado não pretendido pelo agente, e que é punido a título de culpa. Esse resultado não foi querido pelo agente, porém a lei previa tal hipótese no art. 129, § 3º do CP (lesão corporal seguida de morte).

Outro bom exemplo de crime preterdoloso é o latrocínio (roubo seguido de morte), previsto no art. 157, §3º do diploma supracitado. Nele, o resultado agravante é a morte culposa da pessoa vítima de roubo.

O art. 19 do CP explica que: “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”. Não são considerados crimes preterdolosos, aqueles em que o resultado que agrava a pena, é doloso, apenas crimes qualificados pelo resultado.

III – Considerações Finais

A existência do delito é o que legitima a atuação estatal por meio do Direito Penal. Como já vimos em linhas acima, a lei para o Estado é o ponto de partida para essa atuação, em perseguição ao crime.

O delito é a infração sujeita a uma sanção penal – penas e medidas de segurança, que ameaçam ou lesam um bem jurídico relevante tutelado penalmente.

Por intermédio de políticas criminais é que são elaboradas as leis, estruturados os sistemas prisionais e também a atuação dos agentes. A política criminal serve para orientar e assegurar a efetividade do controle social que se pretende com o Direito Penal.

Como já observado, o legislador seleciona as condutas mais gravosas ao convívio social para serem proibidas pelas normas, impondo ao transgressor a sanção penal cominada ao crime.

O Estado para combater o crime está amparado por um conjunto de agentes, sistemas, órgãos, normas e princípios, tudo para o cumprimento da atuação penal, tendente a regulamentar a vida no meio social.

O controle social penal será mais efetivo à medida que cumprir as suas funções. As missões, que são aquilo que o direito penal pretende realizar, e as funções, aquilo que ele realmente vem cumprindo, servem de "balança" para saber se realmente está sendo efetivo, cumprindo seu papel social.

Quanto mais o Direito Penal se afastar das suas finalidades praticando somente as funções ilegítimas, ele deixa de cumprir seu papel social, se tornando semelhante a outros ramos do Direito, no sentido de desviar-se de suas pretensões.

É necessário que o Direito Penal esteja atento às mudanças sociais, seja dinâmico, para conseguir atingir aos fins que se esperam dele. Ao mesmo tempo em que precisa ser estático e formal, no sentido de não ultrapassar os limites impostos pela lei, e o legislador deve ter o cuidado no ato de modificar ou criar a norma penal.

O Direito Penal como ramo do Direito Público só pode realizar aquilo que a lei prescrever, daí se observa a obediência a um dos princípios basilares, não só penalmente falando como também de todo o ordenamento jurídico, o princípio da legalidade.

Sem a observância deste princípio não se torna possível a realização de qualquer punição, prisão ou imputação a alguém, de um ato praticado, pois todo o proceder penal está condicionado ao que é previsto na lei.

Além do princípio da legalidade, o direito penal tem outro princípio fundamental que o diferencia de outros ramos do direito. Trata-se do princípio da intervenção mínima, aquele pelo qual, deve a intervenção penal atuar em escassas situações, aquelas mais generalizadas, mais graves e que necessitam de uma maior atenção do Estado, sendo, portanto, subsidiária, devendo atuar somente quando outras áreas não puderem resolver, pois o Direito Penal é reservado à proteção dos bens jurídicos mais relevantes que a sociedade tem.

O problema que o direito penal enfrenta hoje é ter que atuar constantemente para combater as diversas formas de violência que estão surgindo, com a incessante prática de crimes na sociedade, se desvirtuando das funções legítimas que lhe foram atribuídas.

Amparado por respostas ao crime nada efetivas, criação e projetos de leis que não ressocializam ou castigam o infrator, mas o qualificam ainda mais para a prática de novos delitos, o legislador faz com que aquele controle social formal, se quiser resolver os problemas que lhe são próprios, abandone métodos extremamente formais, deixando de lado suas funções legítimas, para "remediar" a sociedade.

Mas aí então, o Direito Penal estará cuidando de problemas que não são seus, ou pelo menos não eram, se tornando, não mais subsidiário, mas primário, em outras palavras, aquele que

atua primeiro, a *prima ratio*. E mais, no combate ao crime, os aparelhos de que o Estado dispõe para cumprir as metas terão de recorrer à ilegalidade.

Neste processo todo, o resultado da atuação penal é que o remédio dado é o errado, não resolvendo o problema (a doença), e então, cria-se a necessidade de novos métodos de prevenção e punição, novas políticas criminais, sem contar os elevados gastos que tem o Estado com a aplicação penal.

Caso o Direito, e mais especificamente o Direito Penal, não acompanhe as mutações sociais, não servirá, a não ser como letra morta ou mera filosofia. Muito se fala sobre o Direito Penal não ser efetivo, não cumprir suas funções e que por estar fundado em alguns princípios, não pode tutelar toda e qualquer manifestação de perigo que se apresente no meio social.

Deve se preocupar, como já foi dito anteriormente, com as condutas mais gravosas, mais chocantes, e que trazem um enorme "prejuízo" para toda a sociedade. Isto porque, o Direito Penal é um ramo do Direito Público, competindo somente ao Estado exercer o monopólio da violência, quando algo que "saí os trilhos dentro de seu território" (controle social).

Com o passar dos anos, vimos a criação de uma série de leis penais, e conseqüentemente de novos tipos penais.

Destarte, temos que a criação de um crime não é algo que acontece da noite para o dia, mas depende de um longo processo legislativo para que seja criado. E, não é somente isso visto que, o legislador não criará uma lei porque simplesmente acha que a conduta X ou Y caracteriza crime. A ação ou omissão humana dirigida à realização do tipo deve existir "fisicamente", e ser uma terrível ameaça a todos os habitantes de uma comunidade.

Entendemos que, deverá haver uma reiteração desses atos, que exigem uma atenção especial por parte do Estado, para aí sim, poder pensar na criação de uma lei penal.

A política criminal irá orientar o legislador sobre quais as condutas que serão criminalizadas,

Complementando a disposição acima, devemos tomar, ainda, outras cautelas, quanto à criação de leis penais:

a) o sistema de cláusulas gerais é um sistema que define um "delito" de forma genérica, pode induzir decisões judiciais equivocadas, punições desproporcionais e a lesão a princípios fundamentais do Direito Penal.

b) a chamada norma penal em branco - como exemplo, usaremos a lei de tóxicos (11.343/2006), pois, as drogas são definidas por resoluções. a lei apenas cita de uma forma geral (droga ou substância que causa dependência), como veremos a seguir:

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Como vimos, a lei não definiu o que seriam “drogas”, isto aconteceu pois se trata de objeto de difícil conceituação, sendo constante a sua mudança. Se fosse “tipificado”, por exemplo: “é proibido o plantio da maconha ou similares”, essa definição legal não traria os resultados esperados, pois drogas compostas por outras substâncias não seriam aí enquadradas. Seria difícil penalizar toda e qualquer nova forma de ameaça que surgisse, por esta razão é que somente fatos de maior violência contra a vida em sociedade, e aqueles extremamente necessários é que serão regulamentados, no sentido de que o Direito Penal tenha o seu momento certo de atuar.

Autores adeptos do Direito Penal Mínimo são contra a penalização de toda e qualquer forma que a ameaça a bem jurídico que venha existir, pois isso tira o caráter subsidiário do Direito Penal, é o caso por exemplo, de Nilo Batista que afirma:

A subsidiariedade do direito penal, que pressupõe sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como “remédio sancionador extremo”, que deve portanto ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente; sua intervenção se dá “unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito” (2004, p.86 - 87).

Para essa corrente, o Direito Penal está guardado para as maiores formas de expressões de violações à bens jurídicos que existam no meio social. E portanto, somente as condutas mais gravosas é que reclamariam e legitimariam o uso da violência estatal por meio do direito, em combate aos crimes.

Já havíamos falado sobre as funções do Direito Penal, a legítima e a ilegítima, a primeira é pelo fato de o Direito Penal ser um instrumento do qual dispõe o Estado para a tutela de bens jurídicos mais relevantes, contra ataques mais intoleráveis. A segunda é aquela usada em meio às circunstâncias adversas que poderiam facilmente ser resolvidas por outros direitos, mas para criar a falsa idéia de controle, o Estado se utiliza delas para agradar a população

Exemplo de lei criada para "conter os ânimos da população", foi a lei de crimes hediondos (8.072/90), criada para acalmar a ira da população, aqueles que estavam na mídia, para fazer pressão para que os crimes terríveis que estavam ocorrendo fossem punidos rigorosamente. Para se ter idéia a que ponto chegou essa lei, ela quis passar por cima até mesmo da Constituição Federal, vedando a progressão de penas nos crimes, que é previsão do artigo 5º da CF.

Depois, houve a revogação do artigo que previa tal hipótese, e permitiu-se a progressão, determinando um período maior quando se tratar de crimes hediondos.

Com a questão sobre a maioria penal, aconteceu a mesma coisa, e até hoje não mudou, sendo a idade mínima de 18 anos.

Como se viu além de requisitos legais para virar uma lei, e para virar um crime, e todo esse contexto social necessário, somente haverá crime se determinada conduta colocar em riscos gravemente bens jurídicos mais preciosos, e que sofram reiteradas lesões, necessitando de uma proteção especial.

Vamos utilizar outro exemplo do cotidiano para ilustrar o ponto que nos propomos a explicar:

A criação da Lei “Maria da Penha” (11.340/2006) foi feita em razão das inúmeras agressões e abusos sofridos por mulheres, que apanhavam de seus maridos, e necessitavam de uma proteção especial do Estado, visto que o temor de muitas impedia até mesmo de fazer boletim de ocorrência, ou prestar queixa na Delegacia.

Com a lei, os crimes cometidos contra mulheres, ganharam uma atenção diferenciada do Estado.

Outro exemplo de matéria que até hoje não conta com norma penal é matéria relativa à internet e outros meios modernos de comunicação.

Não seria possível criar, por exemplo, uma lei de crimes cometidos pela internet, se não se pudesse definir, realmente o que seria, e qual seria a conduta que estaria sendo proibida pela norma, pela complexidade em se delimitar o que seja hackear, ou roubar dados, download de músicas, enviar spams, só a título de exemplificação.

Muito embora já haja sanções, principalmente em outros países, para as pessoas que praticam determinados delitos virtuais, para que não fiquem impunes, e a prática se prolifere. Este é o caso do "crime" de pedofilia na internet, e outras ações que merecem a já citada atenção especial do direito, mas pelo Direito Penal ter requisitos, taxativos para a criação de crimes e suas respectivas penas.

Desta forma, o que se vê é que para o Direito Penal se desvincular da sua função básica, assumindo outras funções que deveriam ser de outros ramos do direito ou de outras ciências, seria perder seu caráter de subsidiário, e conseqüentemente ferir vários princípios do direito, além daqueles que lhe são exclusivos.

O Direito Penal que conhecemos hoje, pode-se dizer que está em constante evolução, tanto quanto ao que lhe é específico, como também tomando novos rumos, no sentido de tutelar comportamentos humanos na sociedade.

Mas não deve abandonar o seu caráter subsidiário e nem ferir o princípio da legalidade para solucionar os problemas que lhe são propostos, além é claro de outros princípios que compõem o ordenamento, como o supracitado princípio da intervenção mínima.

Com as inúmeras mudanças que ocorrem no dia a dia, o Direito Penal deixa de ser o “soldado reserva” para ser mais atuante, porque mais e mais situações têm necessitado de uma intervenção maior do Estado.

Para o Estado ser mais atuante, diante do Direito Penal Mínimo não é possível se pensar em criminalizar toda e qualquer nova forma de ameaça que possa surgir, impondo sanções penais mais rígidas, isso porque poderá criar vários estigmas sociais, além de tirar o caráter autônomo do direito penal. Todavia, a criação de novas leis mais elaboradas e a modificação

ou extinção de novos tipos penais serão realmente necessárias para a continuação da existência desse controle social formal que é o direito penal.

A solução a ser pensada deverá ser a criação de outro ramo, melhor, mais rápido, e efetivo, para cumprir aquilo que o Direito Penal não conseguiu resolver.

Referências

a) Fontes

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 07.12.1940. **Código Penal**. Brasília, 1940.

BRASIL. Lei n.8.072, 25 jul. 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.. **Diário Oficial**, Brasília, 1990.

BRASIL. Lei n.11.340, 7 ago. 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 2006.

BRASIL. Lei n.11.343, 23 ago. 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 2006.

b) Livros

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, volume 1. 10.ed. São Paulo:Saraiva, 2007. **Título:** subtítulo. Edição. Cidade: Editora, ano de publicação. Número do volume.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 1 – Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1973.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal – Parte Geral e Especial**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 9.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: A nova parte geral**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GOMES, Luiz Flávio (coord.) et al. **Direito Penal, Volume 1: Introdução e Princípios Fundamentais**. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Direito Penal, Volume 2: Parte Geral**. Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio et al. **Criminologia**. Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual De Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. /Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 – (RT Didáticos).