SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

A LEGITIMAÇÃO DA TUTELA PENAL EXPANSIONISTA ATRAVÉS DA CONCILIAÇÃO NAS INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

THE LEGITIMATION OF PROTECTION CRIMINAL EXPANSIONIST RECONCILIATION THROUGH THE VIOLATIONS OF LESS POTENTIAL OFFENSIVE

Felipe Teles Tourounoglou [1]

Resumo

O aparecimento de um novo modelo de Direito Penal e Processo Penal, em paralelo àquele modelo posto, de origem clássica iluminista, faz aparecer a busca por sua legitimação. A pesquisa reforça a necessidade de discussão dogmática, em sede penal e processual penal, sobre a dissolução de litígios por meios alternativos. Rejeita-se a conciliação nas infrações penais de menor potencial (composição civil e transação penal), que têm por objetivo albergar momentos de exceção e urgência, bem como mitigar direitos e garantias em nome da efetividade e em detrimento do Estado de Democrático de Direito, desvelando uma sensação expansiva de Direito Penal.

Palavras-chave: Meios alternativos de dissolução de conflitos, Legitimação, Expansionismo penal, Efetividade, Direitos e garantias

Abstract/Resumen/Résumé

The appearance of a new Criminal Law and Criminal Procedure model in parallel to that post model of Enlightenment classical origin, brings up the search for its legitimation. The research reinforces the need for dogmatic discussion in a criminal court and criminal procedure, on the dissolution of disputes by alternative means. Reject the reconciliation in criminal offenses of lower potential (civil composition and criminal transaction), which are intended to accommodate exception and times of urgency, as well as mitigating rights and guarantees in the name of effectiveness and to the detriment of Law Democratic State.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Alternative means of conflict dissolution, Legitimation, Criminal expansionism, Effectiveness, Rights and guarantees

[1] Advogado. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Professor interino na Graduação em Direito da Universidade do Estado do Mato Grosso - UNEMAT, nos anos de 2014, 2015, 2016.

1. INTRODUÇÃO

O acesso irrestrito dos seres sociais aos meios de comunicação, o aspecto exageradamente midiático da violência, a valorização da seara penal enquanto resposta aos reclamos populares, o descrédito de outros ramos do direito, o surgimento de bens jurídicos difusos. Tudo isso, demonstra o aparecimento de novas características e novas configurações para o Direito Penal e o Processo Penal. Certamente, o Direito Penal clássico de origem iluminista é inapetente para responder a esses novos aspectos. A simples tutela de bens da vida já não parece ser eficaz.

Destarte, a proteção penal começa a ter um cunho emergencial, havendo uma clara busca por um Direito Penal e um Processo Penal mais abrangente, célere, com traços de maior eficiência e desvinculado de aspectos minimalistas.

Esse novel Direito Penal é alcunhado de Direito Penal Expansivo ou Expansionista, o qual prega a existência da lei penal como forma de combate à criminalidade, o recrudescimento da norma penal como forma de controle social profícuo, bem como o princípio da efetividade como balizador do Processo Penal, mitigando direitos e garantias do processado.

Assim, no Brasil, através de uma produção legislativa pródiga, os crimes de menor potencial ofensivo, aqueles delimitados à Lei 9.099/95 e Lei 10.259/2001, eclodem como a demonstração de Direito Penal Expansivo, de cunho simbólico.

Na verificação da conciliação efetivada em sede das infrações penais de menor potencial ofensivo, observa-se uma interligação daquele meio alternativo de dissolução de conflito com o expansionismo penal.

Neste viés, demonstra-se que a composição civil de danos e transação penal têm um escopo mais fadado ao simbolismo, a tutela da expectativa, a hipertrofia das leis penais, a mitigação de direitos e garantias, em nome de uma falsa efetividade, do que a vinculação com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Em que pesem as valorosas e críticas ao expansionismo penal, as quais atribuem a este modelo caráter paralelo ao Estado Democrático, bem como criticam a dissociação do direito penal com ciência, restando uma seara penal menos ligada às estatísticas da lei penal do que a fé, puramente emotiva. A dissolução do conflito penal através da conciliação parece refletir este caráter populista, midiático, maximalista, do Direito Penal Expansionista, o qual relega a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e a verdadeira eficiência da Justiça.

2. OBJETIVOS

A pesquisa objetiva-se pela pretensão de demonstrar a legitimação de um novo modelo de Direito Penal e Direito Processual Penal, a referida legitimação se desvela, dentre outras, na dissolução alternativa de conflitos penais, evidentes nas hipóteses conciliação deflagradas nas infrações de menor potencial ofensivo.

Assim, o presente trabalho pretende esclarecer a real eficiência dos meios alternativos de dissolução de conflitos na seara penal. É mister investigar a composição civil de danos e transação penal como uma saída legislativa para a legitimação do novo caráter expansionista do Direito Penal.

Deve-se verificar, se a conciliação de cunho penal revela-se em uma tutela voltada à expectativa, ao simbolismo, à sensação de eficiência, a qual não tem e tampouco terá qualquer viés de efetiva justiça, contudo, atenderá aos reclamos sociais, através de mitigação de direitos e garantias. Outrossim, servirá para que o legislador, em matéria penal, justifique o excesso de leis, as quais, em sua imensa maioria, têm penas brandas, haja vista seu caráter pouco ofensivo, sua ausência de delimitação de tutela de bem jurídico, sua extremada abrangência junto aos bens da vida e sua insistente demonstração que o Direito Penal encampa todos os fatos sociais, ainda que não seja aplicado por meio do devido processo legal.

3. METODOLOGIAS

O método descritivo permeia o desenvolvimento da pesquisa, que se desenlaça inicialmente de modo investigativo com levantamento dos critérios a serem satisfeitos para a aplicação dos institutos, dados comparativos, para a demonstração da necessidade de realocação dois meios de alternativos de resolução dos conflitos penais dentro de um aspecto simbólico, o qual pugna pela tutelas de expectativas, de modo emergencial e flexibilizador de direitos e garantias.

Para tanto, o trabalho principia pela analise da atual tutela da conciliação penal (composição civil de danos e transação penal), nos crimes de menor potencial ofensivo; passa pela identificação e demonstração desta nova configuração de Direito Penal, o qual tem um cunho expansionista, simbólico, de exceção e de flexibilização dos direitos e garantias; culminando na realocação da conciliação, em sede penal, enquanto produção e criação oriunda deste novo Direito Penal.

4. DESENVOLVIMENTO

A globalização provocou importantes mudanças na estrutura mundial, sobretudo, de ordem econômica-social. Mais do que isso, esta nova realidade, conforme orienta Ulrich Beck, fez surgir a denominada "sociedade do risco"[1].

Diante desse contexto globalizado da sociedade, a mídia com muita eficiência dissemina o medo e a violência, fazendo brotar no seio social o sentimento de insegurança. A sociedade, amedrontada, reproduz o discurso midiático de que o problema da criminalidade pode ser resolvido mediante o recrudescimento das penas e a criação de novos tipos penais e a celeridade do julgamento do infrator.

A produção legislativa penal, substantiva e adjetiva, no contexto da denominada "sociedade do risco", conforme leciona Cruz Bottini é caracterizada por:

> técnicas legislativas já conhecidas, mas pouco utilizadas anteriormente, e as transforma no elemento característico do chamado direito penal do risco: crimes de perigo, de omissão e culposos, que às vezes surgem em inusitadas combinações (crimes omissivos de perigo abstrato, crimes omissivos culposos ou crimes culposos de perigo abstrato), que colocam em xeque preceitos e conceitos dogmáticos consolidados, como, por exemplo, a premissa de que o resultado integra a estrutura típica nos crimes culposos[2].

Esse processo de intervencionismo penal é chamado por Silva Sánchez de "expansão do direito penal"[3], que busca segundo Callegari e Motta:

> a) incrementação da criminalização a partir da proliferação de bens jurídicos de natureza coletiva, intangíveis ou abstratos; b) criminalização de atos de mera conduta que presidem da efetiva lesão aos bens jurídicos tutelados; c) antecipação da intervenção penal ao estágio prévio à efetiva lesão do bem jurídico, generalizando-se a punição de atos preparatórios, como, por exemplo, a associação criminosa; d) ampliação da discricionariedade das autoridades policiais; e) aumento indiscriminado do limite de tempo da pena de prisão; f) alterações nas regras de imputação e no sistema de garantias penais e processuais, a partir da proliferação de tipos penais pouco precisos e de leis penais em branco, bem como da introdução da ideia de efetividade como princípio norteador do processo penal, ainda que à custa da flexibilização, senão da supressão, das garantias dos acusados.[4]

Seguindo as lições de Silva Sánchez, podemos separar o direito penal em três diferentes velocidades: a primeira velocidade seria o conhecido Direito Penal clássico de

---

[1] BECK, Ulrich. La sociedade del riesgo: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borras. Madri: Paidós, 1998.

[2] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Direito Penal contemporâneo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011.

[3] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. (reimpressão), Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

[4] CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindollf. Estado e política criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). Política criminal, estado e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 20.

imputação, caracterizado pela aplicação de uma pena privativa de liberdade, mas que prega a observância dos princípios penais e processuais penais; a segunda velocidade, por se valer de penas que não importam na privação de liberdade (penas restritivas de direito e pecuniárias), admite a possibilidade de relativização de garantias penais e processuais; a terceira velocidade seria caracterizada pela minimização de garantias individuais e pela aplicação de penas privativas de liberdade. Nela, o Direito Penal tem sua atuação voltada para os casos de criminalidade organizada, atividades terroristas, delinquência sexual violenta etc. O Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs é uma das manifestações dessa terceira velocidade.

A arguta de Silva Sánchez revela o avanço da legitimação penal expansionista, através dos meios alternativos de dissolução de conflito penal. Ora, certamente, a conciliação eivada em infrações penais de menor potencial ofensivo evola um Direito Penal de segunda velocidade.

Penas restritivas de direito, penas pecuniárias, medidas despenalizadoras, penas que não são penas. Celeridade, informalidade, busca incessante pela efetividade da prestação jurisdicional penal. Tudo isso justifica a mitigação de direitos e garantias individuais

É inolvidável, o procedimento para dissolução das lides deflagradas nos crimes de menor ofensividade banaliza o devido processo legal.

Assim, através do odioso sistema, vítimas e suspeitos de crimes são levados à barganhar a tutela penal. Em nome do temor de um julgamento ritualístico, da presença de um juiz togado, da demora de uma decisão, assumem-se culpas, carregam-se pechas, oneram-se em obrigações pecuniárias, tudo por uma sensação de que o Direito Penal os alberga de forma plena e total.

Entretanto, esse pernicioso expediente que legitima a expansão de um novo momento penal, cresce. Vejamos a lição de Fernando da Costa Tourinho Neto, da qual, de modo respeitoso, discordamos:

> Os Juizados Especiais Federais, em princípio, eliminam a lentidão decorrente do processo comum. São informais, simples, céleres, e o procedimento é, sempre que possível, oral, requisitos que deveriam estar presentes no Juízo Comum. Daí sermos favoráveis a que a competência dos Juizados Especiais seja de pronto ampliada para alcançar as infrações de média potencialidade ofensiva. E pensemos logo em também simplificar o processo para os crimes de grande potencialidade ofensiva sem prejudicar a defesa.[5]

Em que pese a resalva quanto a preservação do direito de defesa, o texto acima desvela o perigoso abismo por trás da simplificação da prestação jurisdicional penal, o qual

[5] NETO, Fernando da Costa Tourinho; JÚNIOR, Joel Dias Figueira. Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais Comentários à Lei 9.099/95. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 439.

avança, de modo exponencial, sobre o modelo de Direito Penal posto.

O expansionismo penal é incompatível com os fundamentos do Estado Democrático de Direito. A intervenção penal constitui medida excepcional, sendo o Direito Penal, de acordo com André Copetti, "o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, deve ser minimamente utilizado."

O princípio da intervenção mínima se fundamenta na ideia de necessidade da intervenção penal, o que significa que o Direito Penal somente deve tutelar os bens jurídicos essenciais à coexistência humana. Assim, o direito penal deve ser visto como *ultima ratio*.

Muñoz Conde reconhece o princípio da intervenção mínima como critério limitador do poder punitivo estatal, afirmando que:

> O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito.[6]

Bens jurídicos, muitas vezes, de ínfima relevância, são criados e, tal qual o mote desta pesquisa, meios alternativos de dissolução de conflitos são alçados ao patamar de indelével solução para o problema da eficiência, na reposta jurisdicional penal . Esse fato revela a constatação do alemão Winfried Hassemer, membro da escola penal de Frankfurt, o qual assevera que o direito penal deixou de ser *ultima rati*o e se converteu em *prima ratio*, passando a tutelar não apenas bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, mas também a exercer função simbólica no controle dos novos riscos sociais.

5. CONCLUSÕES

O panorama dos resultados convida a uma análise percuciente de que o expansionismo penal não se coaduna com os fundamentos do Estado Democrático de Direito. O poder punitivo estatal deve ser limitado pelo princípio da intervenção mínima. Assim, o Direito Penal deve atuar como *ultima ratio* na proteção dos bens jurídicos mais importantes e indispensáveis à vida em sociedade, bem como o Processo Penal deve ser, o instrumento de

[6] MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2001. p. 107. Tradução livre de El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el derecho penal sólo debe intervenir em los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho.

aplicação deste intervencionismo de ultimo recurso, como forma de proteção de direitos fundamentais. Quando o intervencionismo se apresenta como regra, direitos e garantias são mitigados e princípios são violados.

No presente trabalho pretendeu-se examinar a hipertrofia penal, a fim de demonstrar a impossibilidade de se utilizar o Direito Penal simbólico como instrumento de controle da criminalidade; e que a ideia de efetividade como princípio basilar do Processo Penal, resultante na limitação de direitos e garantias individuais em nome da segurança social, não se coadunam com o modelo garantista de um Estado Democrático de Direito.

O desenvolvimento futuro da pesquisa se justificará pela premente e relevante tarefa de adequar as Leis 9.099/95 e 10.259/2001 ao novo momento do Direito Penal, legitimando o aparecimento e a eficácia deste tipo de legislação penal, a qual é menos voltada para a tutela de bens da vida e mais para a tutela de expectativas, políticas e urgências sociais.

Tal panorama convida a uma análise da questão, que passa pela demonstração de que obter prestação jurisdicional, ter acesso à Justiça, não significa transformar o litígio penal em um balcão de negócios, tampouco significa ser alvo de uma pena, tida como despenalizadora, a qual é aplicada, ao suposto autor de uma infração penal, olvidando o contraditório, ampla defesa, enfim, a posição libertadora do processo frente ao direito material.

Acredita-se que, portanto, para além dos princípios da oralidade, celeridade, informalidade e economia, as medidas de conciliação nas infrações de menor potencial ofensivo revelam o verdadeiro caráter expansionista, simbólico, político e excepcional, do Direito Penal e processual Penal.

6. REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **La sociedade del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borras. Madri: Paidós, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Direito Penal contemporâneo**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindollf. **Estado e política criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social**. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). Política criminal, estado e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COPPETI, André. **Direito Penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FILHO, Marino e outros. **Juizado Especial Criminal: Aspectos Práticos da Lei nº 9.099/95**, 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Critica al Derecho Penal de Hoy**. 2. ed. (1ª reimpressão), Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

_____. **Direito Penal Libertário**. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Dei Rey, 2007.

_____. **Perspectivas de uma política criminal**. Três temas de direito penal. Porto Alegre: FESMP, 1993.

NETO, Fernando da Costa Tourinho. JÚNIOR, Joel Dias Figueira. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais – Comentários à Lei 9.099/1995**. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NETO, Moysés da Fontora Pinto. **O Rosto do Inimigo**: Uma Desconstrução do Direito Penal do Inimigo como Racionalidade Biopolítica. 2007. Fls. 211. Tese (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. Populismo Penal: O Mito da Lei Penal como Instrumento de Combate à Criminalidade. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília-DF, n.º429, dez, 2014.

MORAES, Ana Luisa Zago de. **O Estado de Exceção e a Seleção de Inimigos pelo Sistema Penal: Uma Abordagem Crítica No Brasil Contemporâneo**. 2008. Tese (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

MORAES, Alexandre Rocha de Almeida. **Direito Penal do Inimigo a Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Contemporâneo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. (reimpressão), Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Vol. 1: parte geral. 9.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.