

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

JOERBERTH PINTO NUNES

**EXPANSÃO PENAL E INTERVENÇÃO MÍNIMA : PARADOXOS DO DIREITO
PENAL CONTEMPORÂNEO**

SÃO LEOPOLDO - RS

2011

JOERBERTH PINTO NUNES

**EXPANSÃO PENAL E INTERVENÇÃO MÍNIMA : PARADOXOS DO DIREITO
PENAL CONTEMPORÂNEO**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção título de Mestre, pelo Programa
de Pós-Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari

SÃO LEOPOLDO - RS

2011

Ficha Catalográfica

N972e Nunes, Joerberth Pinto
Expansão penal e intervenção mínima: paradoxos do direito penal contemporâneo / por Joerberth Pinto Nunes. – 2011.
124 f. ; 30cm.
Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2011.
“Orientação: Prof. Dr. André Luís Callegari, Ciências Jurídicas”.
1. Direito penal - Brasil. 2. Direito penal - Intervenção mínima. 3. Expansão penal. 4. Bem jurídico - Direito penal. I. Título.

CDU 343(81)

Catálogo na Publicação:

BIBLIOTECÁRIA CAMILA QUARESMA MARTINS - CRB 2/1376

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**Expansão Penal e Intervenção Mínima: Paradoxos do Direito Penal Contemporâneo**”, elaborada pelo mestrando **Joerberth Pinto Nunes**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 13 de julho de 2011.



Prof. Dr. André Luís Callegari

Coordenador Executivo

Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. André Luis Callegari

Membro: Dr. José Francisco Dias da Costa Lyra

Membro: Dr. André Leonardo Copetti Santos



JOERBERTH PINTO NUNES

**EXPANSÃO PENAL E INTERVENÇÃO MÍNIMA : PARADOXOS DO DIREITO
PENAL CONTEMPORÂNEO**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção título de Mestre, pelo Programa
de Pós-Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Aprovado em ___/___/_____

Professor Doutor André Luís Callegari

Professor Convidado

Professor Convidado

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho, fruto da pesquisa fomentada pelo grato e incansável professor Doutor André Luís Callegari, ao qual meu muito obrigado, aos que pensam DIREITO PENAL, no intuito de uma análise mais perfunctória deste estudo nos dias de hoje, visando a preservação do caráter subsidiário que lhe é inerente.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros e grandiosos agradecimentos à imensurável disposição de meus pais, irmãos, minha esposa e minha filha Valentine, luz de meus desideratos, os quais são a base preambular de minhas lutas. E à DEUS por tornar tudo isso possível mais uma vez.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo demonstrar a relação de ofensa ao princípio da intervenção mínima em face da expansão do Direito Penal, mais precisamente, em relação ao surgimento de novos bens jurídicos. Para tanto, procura-se, primeiramente, estudar a razão dos princípios no âmbito da dogmática jurídica, buscando uma racionalização da superação do positivismo jurídico ante o neoconstitucionalismo, segundo o qual a Constituição deve ser compreendida no âmbito de sua força normativa, numa verdadeira acepção do que é a Constituição. A seguir, pretende-se, nesta esteira, conceituar o princípio da intervenção mínima, o qual decorre, assim, da lei constitucional, ao passo que o Direito Penal vai expandindo-se, dentre as causas, através do surgimento de novos bens jurídicos. Assim, tem-se a considerar esta dialética no intuito de demonstrar o antagonismo destas constatações, que são vislumbradas no mundo penal hodierno.

Palavras-Chave : princípio da intervenção mínima. direito penal. expansão penal. bem jurídico.

ABSTRACT

The scope of this work is to demonstrate the relationship of the offense to the principle of minimum intervention in the face of the expansion of Criminal Law, more precisely, about the emergence of new legal assets. Thus, firstly it is studied the principles of reason within the legal dogmatic, seeking to rationalize the overcoming of legal positivism before the neoconstitutionalism, according to which the Constitution must be understood in its normative power, in a true sense of what the Constitution is. Next, it is intended, within this path, to conceptualize the principle of minimum intervention, which follows, therefore, the constitutional law, whereas the criminal law will be expanded, amongst the causes, through the emergence of new legal assets. Thus, it is necessary to consider this dialectic in order to demonstrate the antagonism of these findings, which are glimpsed in today's penal world.

Keywords: principle of minimum intervention. criminal law. penal expansion. legal assets

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DOS PRINCÍPIOS NO ÂMBITO DA DOGMÁTICA JURÍDICA À INTERVENÇÃO MINIMAMENTE EXIGIDA DO DIREITO PENAL	13
2.1 DO POSITIVISMO JURÍDICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO : A COMPREENSÃO DOS PRINCÍPIOS ANTE A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.....	13
2.2 A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS	34
3 A INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO FRENTE À EXPANSÃO PENAL	48
3.1 OS PRINCÍPIOS PENAIS EM GERAL.....	48
3.2 A INTERVENÇÃO MÍNIMA COMO PREMISA FUNDAMENTAL DO DIREITO PENAL	62
4 O PARADOXO ENTRE A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL EM CONTRAPARTIDA À INTERVENÇÃO MÍNIMA	95
4.1 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COMO UMA DAS CAUSAS DO SURGIMENTO DE NOVOS BENS JURÍDICOS	95
4.2 A DESOBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL COMO <i>ULTIMA RATIO</i>	111
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	117
REFERÊNCIAS.....	120

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de dissertação tem por escopo a pesquisa, debate e conclusão acerca da validade instrumental do princípio da intervenção mínima, seja sobre seu conceito, seja sobre sua concretização, que caracteriza o Direito Penal em face da expansão da influência deste nos dias hodiernos, sobretudo com o surgimento de novos bens jurídicos.

Centra-se uma discussão acerca da extensão e função do Direito Penal, sob uma visão oriunda de suas determinações formais normativo-axiológicas positivadas em âmbito da Constituição através do Estado Democrático de Direito, e sua consequência na redefinição da intervenção estatal penal mínima, surgido de uma natureza iluminista, a um atuar mais expansivo da norma punitiva.

Procura-se, desta forma, abordando no todo os métodos fenomenológico e dialético, no primeiro capítulo, traçar uma análise do significado dos princípios no estudo dogmático do Direito, na busca, pelo menos pretendida, de auferir-se a correta exegese dos enunciados principiológicos, a fim de dar-lhes efetividade máxima, usufruindo de suas premissas ao alcance pretendido pela normatividade constitucional.

Desta forma, após uma breve pesquisa sobre o conceito de princípios e suas funções, tem-se a discutir a transição entre a aplicação do Direito numa visão positivista a uma visão neoconstitucionalista, apontando as características de uma e de outra, bem como seus antagonismos.

Mais precisamente, neste caso, denota-se, por completo, a constatação de uma superação do positivismo jurídico, mais precisamente, o positivismo exegético, primitivo, o qual separava, portanto, direito e moral, além de confundir outros conceitos, passando, a seguir a um positivismo normativista, em contraponto ao neoconstitucionalismo, numa máxima efetividade da validade constitucional.

Discute-se, nesta parte, portanto, a crítica ao império de decisões solipsistas, ou os diversos axiologismos, bem como o realismo fático, ou até a ponderação de valores, sendo a escolha do princípio uma tarefa judicial, eleito *prima facie* pelo julgador.

Em uma segunda parte desta dissertação, restringimo-nos ao enfoque dos princípios penais, aludindo acerca de sua inclusão no Direito Penal, sobretudo a intervenção mínima do Estado na seara em tela, numa visão de que a legislação

criminal só há de existir ou, pelo menos, assim deveria ser, em caso de outros ramos do Direito não resolverem a questão, reservando àquele um caráter subsidiário.

Logo, neste capítulo pretende-se alertar-se para o fato de que o caráter sancionador penal é extremo, não podendo ser a *prima ratio*, sob pena de esvaziar o Direito Penal, detentor de uma função garantidora da paz social, porém que não se confunde com seu uso imoderado pelo legislador, por exemplo, como forma única de dar resposta a anseios sociais.

É uma elevação da visão constitucional de determinação de agir do Estado em apelo ao Direito Penal, criticando o uso deste instrumento sancionador como forma de políticas emergenciais, ao passo que outros ramos do Direito tornam-se ociosos, quando, por certo, deveriam interferir.

Em continuidade, num terceiro capítulo, expõe-se a expansão do Direito Penal, diante de uma crescente globalização e conseqüente sociedade de risco, ante uma modernização do processo industrial, o qual, por si só, desencadeia, em paralelo, uma crescente sociedade de incertezas, num surgimento de uma sensação de insegurança que faz com que o clamor social reclame a interferência estatal mais assídua, mais precisamente por meio do vetor criminal.

Neste ponto, seremos voltados à expansão oriunda, portanto, do surgimento de novos bens jurídicos, numa discussão de diversos meios para a consecução de definir-se quando realmente deve agir o Direito Penal, por exemplo, numa tentativa de unificar o que seja um bem jurídico merecedor de seu resguardo, citando a conhecida Teoria do Bem Jurídico, suas acepções e críticas.

Explana-se, neste caso, em como procurar-se auferir sobre o que é e sobre o que não é, ou sobre o que deveria ser e o que não deveria ser um bem jurídico, numa demonstração de que este conceito é alvo de mudanças significativas adequadas a uma nova realidade social, sob pena de esvaziamento da teoria do bem jurídico, a qual merece reparos.

Desta expansão, sobre a qual tratar-se-á, veremos, então, a dicotomia que permeia o Direito Penal entre esta relação de obediência ao princípio da intervenção mínima e a conseqüente e inegável expansão penal, sendo uma de suas causas, exatamente o surgimento destes novos bens jurídicos, num total descontrole do legislador, o que acarreta, indubitavelmente, uma inflação de leis penais, ocasionando, por conseguinte, a crise de verificação do que é este ramo do Direito e para o que serve ou para o que deveria servir.

É o que se denomina de políticas criminais de emergência, onde o Estado responde aos clamores sociais através do Direito Penal Simbólico, quando da realização efetiva de políticas públicas, diante de um novo mundo social oriundo de uma nova tecnologia, originando incertezas que reclamam a ação estatal.

Então, demonstrar-se-á uma supervalorização do Direito Penal, o que, de forma alguma, é uma variante positiva, mas negativa, ao passo que o caráter subsidiário que lhe fomenta é deixado á margem.

Tem-se, então, uma análise do fruto deste processo expansionista na contemporaneidade frente a um excessivo modelo de legislação penal que confronta a um modelo racional do Direito Penal, consentâneo com a dignidade de defesa e proteção aos direitos fundamentais.

Pretende-se, portanto, reafirmar a obediência ao princípio da intervenção mínima como meta primeira de valorização do Direito Penal, o que não significa afirmar que não tenha ou possa o Estado usufruir de forma mais acentuada da norma punitiva, porém, em consonância com preceitos de ordem constitucional.

2 DOS PRINCÍPIOS NO ÂMBITO DA DOGMÁTICA JURÍDICA À INTERVENÇÃO MINIMAMENTE EXIGIDA DO DIREITO PENAL

2.1 DO POSITIVISMO JURÍDICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO : A COMPREENSÃO DOS PRINCÍPIOS ANTE A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Numa acepção inicial do que se entende por positivismo jurídico, segundo uma visão hobbesiana, pois, segundo alguns, aqui estaria o nascedouro desta teoria, temos que haveria dois pressupostos básicos, na visão de Engelmann¹, para sua caracterização, quais sejam : a unidade política, onde todos os ordenamentos foram reunidos num único, qual seja, do Estado, implicando na eliminação do dualismo Igreja-Estado, e a unidade jurídica, como única fonte do direito ser a lei, oriunda do poder soberano em razão de possuir o monopólio exclusivo de dizer o que é o que não é o direito.

Neste diapasão, o positivismo ganha esteira com o avanço das ciências naturais, passando a aplicação do Direito não ser mais uma simples aplicação em concreto da norma aos casos sociais, mas reduziu-se a uma operação formal, diga-se, advinda de um sistema legal que se auto sustenta em sua essência, no que se denomina “direito posto”.

É uma atividade mecanicista do juiz, pois agira como se o Direito fosse uma ciência exata, encaixando os casos na norma, como se pudesse o julgador através de uma simples valoração de subsunção da situação concreta à norma dogmática, buscando preservar, desta forma, a unidade do sistema jurídico.

Logo, na visão positivista, apostava-se que a validade de uma norma estaria em verificar sua origem para fins de competência e seu procedimento regrador.

É a verdadeira aplicação normativa, quando dever-se-ia procurar seu valor a ser almejado no âmbito do seio social, leia-se, é uma subsunção do fato à norma, como se a lei fosse capaz de prever todo e qualquer relação fática.

¹ ENGELMANN, Wilson; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz (Org.). **Da fundamentação à proteção dos direitos humanos:** a tradição e a linguagem como condição de possibilidade para a sua perspectiva universal e multicultural. Anuário n.05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Desta forma, no dizer de Nedel², com a adoção do positivismo suprimiu-se a autonomia teleológica do direito, transformando-o numa simples técnica de controle da sociedade ao fim político-ideológico.

Assim, o julgador, nesta perspectiva, está reduzido a caracterizar-se como um simples técnico, sendo suficiente para seu desempenho a habilidade em manejar aplicação da norma ao caso concreto, dissociado dos ditames sociais, mas na plenitude da vontade política, qual seja, de elaboração da lei.

É um modelo de normas de regramento, porém os modelos subsuntivo e discricionário adotados pelo positivismo não são suficientes para justificar o direito.

Como citam Moraes e Streck³, o Estado é o *locus* privilegiado de emanção da normatividade e, como objeto, deve apreciar tanto sua realidade quanto sua idealidade.

É a pretensão do positivismo em dar à lei como fonte do direito a modificar a sociedade através de normas gerais e abstratas decorrentes do poder soberano.

Portanto, neste viés, ter-se-ia a indispensabilidade de haver um ordenamento jurídico complexo e hierarquizado, onde o Estado, ente produtor da lei e soberano, encontra a si subordinado toda outra espécie de fato ou ato produtor de uma norma, razão pela qual se fala em recepção e delegação.

Inobstante isso, inegável é que o positivismo jurídico assumiu o estopim de um grande avanço à época antepassada, porém insuportável sua acepção nos dias modernos.

O estudo acerca do positivismo jurídico, em si mesmo, tem por desafio, então, a adequação do Direito, como ciência, às ciências matemáticas, físicas e sociais, eis que se prioriza no estudo científico tal como o é e não tal como deveria sê-lo.

Ocorre que desde já, problematiza-se a influência que esta doutrina do vetor normativista, por si só, representa hodiernamente, eis que com o decorrer dos anos, indubitavelmente, diante de uma sociedade cada vez mais atenta à necessidade da transformação, há a necessidade de entender-se a lei não mais como supedâneo único de regulação social, devendo o jurista, isto sim, atuar, ainda se for o caso, com recursos um tanto supralegais e suprajurídicos, baseado, por excelência numa visão neo(constitucionalista), ou seja, a busca do decidir conforme a extração do norte

² NEDEL, Antônio Carlos. **A Superação do método positivista e o reencontro do direito com o direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

³ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 5ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

constitucional. É a exata compreensão dos princípios constitucionais, uma vez identificados e aplicados.

É uma transposição da idéia arregada à lei como essência da resolução de todo e qualquer conflito social, como se o direito fosse obtido única e exclusivamente da lei, sendo que esta, de forma antecipada, sempre preveria a solução para as contrariedades entre as relações sociais, numa plano abstrato onde o simples fato de ter-se um sistema jurídico composto por normas davam a segurança de que o Direito existia, ainda que dissociado de sua aplicação prática.

Entretanto, a fim de esmiuçarmos tal análise, deve-se verificar, desde logo, as origens deste instituto, até para, assim, poder-se de um modo mais profícuo, aprofundar o estudo, a fim de constatar-se a superação do juspositivismo pelo novo constitucionalismo, numa concepção de que lei e direito não se confundem, mas direito ter-se-á, de fato, quando efetivada sua concretização no plano material, sem que a moral possa ser dissociada do mundo jurídico, ultrapassada, então, a vertente do simples fato do vetor positivo, por assim ser, deva, de modo irrestrito, ser obedecido.

Portanto, até para uma evolução do Estado Democrático de Direito, urge, incontinenti, assumir-se esta superação, seja na substituição de mera regra de subsunção do fato à norma, passando-se para uma regra de ponderação, seja no relevo de supremacia da atividade judicante com respaldo na Constituição em relação.

Porém, a fim de entender e demonstrar que a lei por si só não é elemento norteador do decidir no Direito, que se deve explanar a origem e do que se trata(ou) o positivismo.

Assim, no tocante às origens tradicionais deste instituto, recorreremos a meados do século XIX, onde o positivismo jurídico colima, em sua própria natureza, consoante uma contraposição ao Direito Natural, ainda que no âmbito conceitual, tal distinção não era novidade, uma vez ser objeto de escrita por Platão e Aristóteles em seus antepassados.

Não é por menos que Bobbio⁴, em sua obra clássica, o Positivismo Jurídico, apud do trecho de ensinamento de Aristóteles, *in verbis* :

⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ed. Cone, 1999, p.16

Da justiça civil uma parte é de origem natural, outra se funda em a lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda a parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, de que não importa se suas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada. (Da Tradução de A. Plebe, Ed. Laterza, PP. 14-145.)

Logo, conforme aquele filósofo, o direito natural existe em toda a parte, enquanto o direito positivo tem eficácia tão-somente nas comunidades em que é posto, sendo que o direito natural regula ações independentes de juízo de valor que o destinatário venha a ter, ou seja, aplica-se de modo objetivo, sendo que já no direito positivista, a conduta ou comportamento deve ser desempenhado pela forma prevista em lei.

É a lógica dedutiva de que, enquanto o direito natural é imutável no tempo, por outro lado, o direito positivo é mutável, seja pelo costume social, seja por outra lei.

Na doutrina de Kuttner, ainda segundo Bobbio, a expressão *jus positivum* teve por uso primeiro na linguagem do século XI, tal qual o filósofo Abelardo, pois na lição deste, o direito positivo é pregado e posto pelos homens, ao contrário do direito natural, eis que posto por alguém superior.

Numa visão jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, o pensamento de Grócio faz-se necessário, para o qual, na lição de Bobbio, impera profunda distinção entre *jus naturale* e *jus voluntarium*.

Ressalva Norberto⁵ o ensinamento do citado autor :

O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme a própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em consequência disto vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza.

E acrescenta :

“Os atos relativamente aos quais existe um tal ditame da justa razão são obrigatórios ou ilícitos por si mesmos.”

Conclui Bobbio, no que tange às diferenças entre tais direitos :

⁵ Ibid., p. 23

- a) enquanto ao direito positivo cabe a característica da particularidade, por inverso temos no direito natural a forma da universalidade;
- b) o direito natural preconiza a imutabilidade, o que não ocorre com o direito positivo que se fortalece pela natural mutabilidade, apesar de não ser esta distinção unanimidade no meio filosófico;
- c) ainda, a distinção entre ambos dá-se pela fonte do direito, qual seja na antítese *natura-potestas populus*;
- d) tem-se, além destes, que o direito natural é por todos conhecido por meio da razão; o direito positivo é conhecido por intermédio de uma declaração de vontade alheia, qual seja, a promulgação;
- e) o comportamento disciplinado pelo jusnaturalismo é bom ou mau, diferentemente do juspositivismo que correto é o que está na lei, incorreto o que é vedado pela lei.
- f) para o direito natural, tem-se o que é bom, uma vez que para o direito positivo tem-se o que é útil.

Pelas colocações expostas, centrou-se por muito tempo, não que ainda hoje não haja, a discussão entre o direito natural e o direito positivo. Asseverava-se no limiar da *quaestio* ser qual dos direitos superior ao outro, apesar de ambos serem tidos como direitos. Apesar das discussões a respeito, ainda que na época clássica tivéssemos uma predominância do direito positivo ao direito natural, no caso de conflito entre ambos, já na Idade Média o direito natural preponderava em relação ao direito positivo.

A par desta diferenciação em relação ao grau de superioridade de um ou de outro, temos que o positivismo jurídico é uma concepção que possui natureza própria, considerado em si mesmo, reduzindo-se tais distorções a uma única espécie de direito que se trata do objeto deste estudo.

Contudo, não são raras as vezes que se recorre a conceitos do direito natural para, então, justificar determinada norma jurídica, como se o legislador perseguisse tais bases para a confecção legislativa.

Assim, a concepção jusnaturalista do direito que, após, cedeu passagem à concepção juspositivista do direito, tem-se que houve durante tal transformação a vivência de uma sociedade medieval para um Estado Moderno.

Enquanto naquela espécie de sociedade, até então pluralista, tínhamos ordenamentos jurídicos próprios, o direito apresentava-se como um fenômeno social, segundo Bobbio, sendo que tal não ocorrera no nascente do Estado Moderno, uma vez que *in casu* assistimos a uma estrutura monista, de onde tem-se uma centralização de poder nas mãos deste ente, a começar pela criação do direito. É,

de fato, uma ruptura ao direito não posto pelo Estado. Não era preocupação estatal, ficando a cargo da própria sociedade, naturalmente, encarregar-se desta incumbência.

Logo, é por isso que podemos definir o direito, de acordo com esta visão, como um conjunto de regras imperativas, as quais, uma vez desobedecidas, implicará na decisão de um terceiro, em regra o juiz, emanando daí um decisum. Nesta concepção, cumpre-se, então, em falar no direito positivo.

Isso devido ao fato de que anteriormente ao Estado Moderno, o juiz, ao exarar sua decisão, poderia fundar-se numa escolha sua de qual regra a aplicar, tal como o costumes e a opinião de juristas, a título exemplificativo, haja vista que todos estes regramentos estavam em nível semelhante, pois constituíam as “fontes do direito” nos meados daquela época.

Todavia, com a formação do Estado Moderno, tem-se a figura do juiz, autêntico e verdadeiro representante do ente estatal, apto a aplicar a norma elaborada do Poder Legislativo, valendo sobretudo o direito positivo.

De fato, há uma cisão de visões do Direito, pela acepção que o Direito vai obtendo, visando, isto sim, uma maior segurança jurídica na codificação.

Não significa o todo escrito que ao falarmos em positivismo jurídico, diante da análise da sua história, tenhamos que refutar toda e qualquer relação aceitável do direito natural ou do direito do costume.

Tanto isso encontra respaldo que, citando novamente Streck, alguns doutrinadores dizem que os princípios correspondem às normas de direito natural, verdades jurídicas universais e imutáveis, inspiradas no sentido da equidade.

É o que ocorre nas chamadas “lacunas do direito”, ou seja, aquilo que o legislador, no caso o Estado, deixou de disciplinar. Apesar de tal questão, os juspositivistas asseveram a inexistência das lacunas em comento, a fim de não assumirem uma relativização da completa exclusão do direito natural.

Parece o direito natural, neste caso, assumir um papel secundário e subsidiário, até a propagação ou afirmação das codificações.

Contudo, ainda hoje permeia-se tal discussão, como demonstra Streck⁶ ao mencionar Kelsen, *in verbis* :

⁶ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica em crise** – Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2005, p. 106

Uma das fontes principais da discussão acerca da problemática das lacunas está em Kelsen, que, de forma taxativa, classifica a tese das lacunas do Direito e a omissão do legislador como sendo “ficções”. Para Kelsen, se, em alguns casos, se fala de uma lacuna do Direito, não é porque uma decisão seja logicamente impossível ante a falta de disposições aplicáveis, e sim, simplesmente, porque a decisão logicamente possível aparece ao órgão aplicador como inoportuna ou injusta, e, por isso, este se inclina a admitir que o legislador não previu este caso, sendo que, se efetivamente o tivesse previsto, por certo teria tomado decisão diferente da que resulta do Direito vigente. Daí que, de onde se pretende ver uma lacuna, há, na verdade, tão-somente uma divergência entre o Direito positivo e outro “Direito” considerado melhor ou mais justo. Ou seja, somente a comparação entre esses dois “Direitos” faz aparecer uma insuficiência do Direito positivo.

No tocante à Alemanha, deve-se ressaltar neste processo a contribuição da denominada “escola histórica”, no final do século XVIII e começo do século XIX, tendo como principal afirmador Savigny⁷.

Teve esta o desiderato de criticar de modo radical o direito natural, passando, então, pelas obras de Gustavo Hugo, John Augustin, Meinecke, dentre outros⁸.

Há, no entanto, verdadeira polêmica entre os entendimentos de Thibaut e Savigny neste limiar, pois, para aquele a Alemanha deveria, de modo urgente, construir um sistema do direito positivo, devendo a boa legislação apresentar uma perfeição formal e substancial, ao contrário de Savigny que entendia não se encontrar aquele país em condições culturais, à época, de vir a possibilitar a codificação, eis haver um verdadeiro período de decadência no que diz respeito à ciência jurídica. Logo, para este autor temos como fontes do direito a visar uma pretensa codificação o direito popular, o direito científico e o direito legislativo.

Neste sentido, na França, tivemos como codificações ora influentes na cultura jurídica, a denominada justiniana e a napoleônica. Segundo Bobbio⁹, naquela fundou-se a elaboração do direito comum romano na Idade Média e na Moderna; já o Código de Napoleão influenciou na legislação e no pensamento jurídico dos últimos séculos.

Logo, a codificação na França é fruto da cultura racionalista, reforçado durante o período da Revolução Francesa, alcançando afirmação política.

Foi que tivemos o Código de Napoleão como um início absoluto da nova tradição jurídica naquele país, dado o princípio dogmático do positivismo jurídico,

⁷ BOBBIO, op. cit., 1999.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

qual seja, a onipotência do legislador. Assim, os próprios juristas procuravam dar a este princípio o caráter que lhe é peculiar, denotando, por completo, a nova fase da influência positivista.

Já na Inglaterra, ao contrário da França, onde houve uma codificação, sem que houvesse uma teoria da codificação, bem como na Alemanha, onde não houvera tal, decorrente da oposição de Savigny, temos uma bem elaborada teoria da codificação, até pela existência de seu teórico Thomas Hobbes, advindo de Jeremy Bentham, considerado o “Newton da legislação”.

Logo, as concepções de Bentham, segundo Bobbio, são assumidas somente próximo ao ano de 1811, dividido, desta forma, em três fases, como sendo a proposta de uma reforma e de uma reorganização sistemática do direito inglês em seus diversos ramos e numa próxima fase, propõe-se um regramento contendo os princípios fundamentais do ordenamento jurídico inglês, sendo projetada uma completa codificação do direito inglês, como sendo divididas em direito penal, direito civil e direito constitucional.

Considera-se, assim, Bentham como o mestre do radicalismo democrático do século XIX.

O objetivo maior desta codificação preconizada acima era servir não apenas a seu país, mas dar-lhe um caráter universal, não logrando, contudo, êxito nesta trajetória.

Ainda, é salutar traçar algumas linhas sobre John Austin (1832), baseando-se, ainda, na obra citada de Bobbio¹⁰, que objetivou distinguir o direito positivo dos demais tipos de normas, como sendo a lei de comando geral e abstrato. Após, a distingue em duas categorias: leis divinas (reveladas e não reveladas) e leis humanas (positivas e de moralidade positiva).

As primeiras não são objeto deste estudo, uma vez que se tratam de alçada religiosa. Já as segundas são pertinentes ao tema em epígrafe, logo, merecem serem analisadas.

Assim sendo, segundo o filósofo Bobbio, para Austin o direito positivo é constituído pelos comandos emanados pelo soberano, numa sociedade política independente. Logo, esta sociedade independente comporta no seu interior uma estruturação hierárquica, qual seja, uma subordinação do conjunto de seus membros

¹⁰ Ibid.

a um soberano superior. Afirma, ainda, que para uma sociedade política ser independente não basta existir no seu interior uma estrutura hierárquica, sendo também necessário que esta última se esgote no interior da própria sociedade.

Por outro lado, continua Bobbio, a asseverar que a moralidade positiva, ao contrário, é posta por um sujeito humano que não possui a qualidade de soberano para os demais seres humanos.

Neste caso, para Austin, as normas de moralidade positiva distinguem-se em 03 (três) espécies¹¹:

- leis que regulam a vida dos indivíduos no estado de natureza, as quais apesar de não serem normas jurídicas o são leis que possuem natureza de comando;
- leis que regulam as relações entre os Estados, sob a égide do Direito Internacional, as quais são desprovidas de natureza jurídica, eis que não possuem relação de subordinação, mas de coordenação;
- leis de sociedades menores : como, por exemplo, na família, onde são comandos dados de um superior a um inferior, mas não são direitos, pois o comando não é emanado de um soberano.

Logo, este conclui, as leis divinas e o direito positivo constituem comandos soberanos; as leis positivas, o direito positivo e as leis propriamente ditas da moralidade positiva são comandos humanos; as leis positivas, o direito positivo e as leis propriamente ditas da moralidade positiva são comandos.

Entretanto, Austin, apesar de defender a codificação, por sua vez, enfrentava o desafio de apresentar eficácia às suas idéias, pois ao mesmo tempo que entendia tal tarefa não poder pertencer a uma só pessoa, não o poderia estar sujeita a uma comissão de pessoas, por diferentes concepções pessoais que redundaria numa inexpressão imparcial do feito.

Ao passo destas considerações históricas, por certo, pode-se afirmar que o positivismo jurídico, ao pregar que não há outro direito que não o positivo, conclui-se diante desta percepção que “direito positivo” é o direito posto pelo poder soberano do Estado, por intermédio de normas gerais e abstratas, tal qual a lei.

Em síntese, para o impulso da legislação, deve-se superar o direito primitivo e viabilizar sua instrumentalização.

¹¹ Ibid., p. 70

A par destas incursões, ainda que tenha o positivismo jurídico aniquilado com a idéia do jusnaturalismo, ainda tem-se a conceituação do direito natural como elementar para fins de entender o direito positivo, como já citado. Parece, em primeiro plano, que a renúncia ao direito natural, como um todo, é uma fragilização de justificar a aplicação ou o próprio nascedouro do direito positivo, ainda que se queira sobrepor o direito positivo neste relação.

Neste assunto, o autor Habermas¹², *in verbis*, assevera o que segue :

Subjaz a esta construção a idéia platônica segundo a qual a ordem jurídica copia e, ao mesmo tempo, concretiza no mundo fenomenal a ordem intelegível de um “reino dos fins”. Mesmo que não se leve em conta a metafísica Kantiana, é evidente que na reduplicação do direito em direito natural e direito positivo perdura uma herança platônica, a saber, a intuição segundo a qual a comunidade ideal dos sujeitos moralmente imputáveis – a comunidade de comunicação ilimitada de Josiah Royce até Apel³⁰ – entra no tempo histórico e espaço social, passando pelo médium do direito, adquirindo uma figura concreta, localizada no espaço e no tempo, enquanto comunidade de direito. Esta intuição não é de todo falsa, pois uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A idéia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca.

Assim, àquele partidário do positivismo jurídico, fica claro a retomada histórica da ascensão do direito positivo sobrepondo-se ao direito natural.

É, desta forma, o querer do juspositivismo em dar prevalência à lei como fonte do direito que nasce do próprio homem em modificar a sociedade, ou seja, normas gerais e concretas depositadas pelo poder soberano.

Contudo, ainda que diante desta evolução no decorrer dos tempos da afirmação dos defensores da lei como fonte central, vários países não lograram êxito na codificação, mas houve, segundo consta, absoluta primazia da lei em relação às demais fontes do direito, como forma de edificar a construção de um sistema codificado, baseado nas diversas manifestações do direito da lei.

Logo, de forma sintética, na linha de Bobbio¹³, o positivismo jurídico fundamenta-se, principalmente, em sete alicerces :

¹² HABERMAS, Jurgem, **Direito e democracia entre factividade e validade**. Rio De janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1993, p. 205.

- no que toca ao modo de visualizar o direito, o positivismo jurídico vê o direito “como um fato e não como um valor”; implica que o jurista deve analisar o direito como um fato natural, a fim de melhor e mais coerente traduzir a realidade fática; nesta temática, o direito é eminentemente avalorativo;

Nasce deste ponto em específico a intitulada teoria da validade do direito ou conhecida como a teoria do formalismo jurídico;

- caracteriza, também, o instituto em estudo no que tange à definição do direito, eis que o juspositivismo direciona o direito como dotado de coação, haja vista, então, a derivação da teoria da coatividade do direito; neste raciocínio, as normas são feitas para valer por meio da força;

- no pertinente às fontes do direito, diz-se considerar o direito como sub specie legis, sendo fiel à linguagem do mestre Bobbio; é o que se denomina de teoria da legislação como fonte preeminente do direito. É uma doutrina voltada para a discussão da relação entre o direito positivo e o costume, inadmitindo-se, por sua vez, costume contra legem ou costume ab-rogativo, admitindo, contudo, o costume secundum legem e o praeter legem.

- ainda, refere a doutrina positivista o atinente à teoria da norma jurídica : a norma nada mais é do que um comando, qual seja, a subjacência da teoria imperativista do direito;

- outro ponto de análise nestas características fundamentais é o respeito à teoria do ordenamento jurídico, de onde depreende-se não se observar somente a estrutura da norma de modo isolado, mas o conjunto de todo o ordenamento jurídico. É o que se chama teoria da coerência e da completitude deste ordenamento.

O positivismo jurídico, na premissa de ser o direito como um conjunto de comandos emanados pelo poder soberano, desde o momento que a norma é expedida pelo próprio ordenamento jurídico, já lhe tem validade, não sendo elemento primordial de seu conceito a eficácia.

Claro fica que o jurista encara a norma pela sua validade, sem preocupar-se com sua real eficácia. Ao passo que, segundo uma definição realista, a eficácia por estes pretendidas refere-se ao estado comportamental dos juízes, ora aplicadores destas normas, pois no momento de aplicação desta pode haver por parte do órgão judicial uma mudança de conteúdo, estabelecendo, desde então, uma defasagem entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

Sustenta-se, portanto, neste viés, a indispensabilidade de haver um ordenamento jurídico complexo e hierarquizado, onde o Estado, ente produtor da lei e soberano, encontra a si subordinado toda outra espécie de fato ou ato produtor de uma norma, razão pela qual se fala em recepção e delegação.

¹³ BOBBIO, op. cit, 1999, p. 190.

A par de toda a explanação, fica comprovado, ao menos parece, que o Direito Positivo, em sua essência, assumiu grandiosa relevância nos antepassados, representando, sem dúvida, um avanço social imensurável para a sociedade da época.

Contudo, ainda que por anos tenha-se apregoado a norma positiva como elemento único de produção do Direito, insuportável, nos dias atuais, sua sustentabilidade.

A transposição de uma teoria meramente normativa faz-se surgir, opondo-se a tal uma teoria constitucionalista, principalmente no que tange ao método, passando-se a uma constitucionalização do Direito, primando-se, desta forma, pela passagem de um Estado de Direito para um Estado Constitucional.

Surge, então, a passagem de uma teoria meramente normativa para uma teoria constitucionalista, surgindo o que se denomina constitucionalização do direito, sendo o salto de um Estado de Direito para um Estado Constitucional.

É o declínio da doutrina positivista, não se podendo mais vislumbrar o estudo do Direito como um simples fato social, surgindo, ainda que de modo tímido, a natureza constitucional do Direito.

Como cita Streck¹⁴, a barreira do interpretar para compreender cede espaço ao compreender para interpretar, dando relevância aos novos ordenamentos jurídicos alicerçados na ordem constitucional.

Passa, assim, o julgador, do papel de um mero técnico a um compreendedor do verdadeiro ser do regramento constitucional.

É uma mudança abrupta de consciência de que o rigor axiomático caracterizador da exatidão sistêmica não encontra eco no Direito, dada a impossibilidade de imperfeição do sistema, eis que o pensamento jurídico é sempre voltado a pensamentos nos problemas, pois o decidir normativo requer a transcendência de um plano lógico da dedução abstrata, no afirmar de Castanheira Neves¹⁵, exigindo uma síntese integradora para a qual devem convergir crítico-problematicamente o direito e o fato.

O julgador deve, desta forma, não mais ficar adstrito a incessante procura de adequação do fato à norma, mas deve, isto sim, valer-se da ponderação para fins de aplicar o direito, com ares constitucionais, sendo a Constituição uma nova fonte da

¹⁴ CASTANHEIRA NEVES apud STRECK, op. Cit., 2005.

¹⁵ STRECK, op. cit.; 2005.

produção jurídica, deixando com que os princípios possam ganhar espaço como forma de decidir.

É a constituição assumindo papel interventivo na vida das pessoas, revelando superação de paradigmas, passando do simples compreender a norma a sua adequação concreta.

Inaceitável, pois, com este declínio positivista, o estudo do Direito como um simples fato social, mas desenha-se, neste horizonte, com a natureza constitucional assumindo este espaço, o Direito como sendo objeto de estudo com base na Moral, ou seja, baseando-se em critérios, antes de tudo, éticos.

É, então, a tomada de consciência de que vícios informadores daquela doutrina não mais subsistem na órbita constitucionalista, havendo extrema diferença entre tais no que permeia entre texto e norma, vigência e validade, opondo-se aquela aos valores substanciais da Carta Magna, bem como de uma intervenção acentuada da jurisdição constitucional.

A barreira do interpretar para compreender cede espaço ao compreender para interpretar, nos dizeres de Streck¹⁶, dando ênfase aos novos ordenamentos jurídicos calcados na Constituição.

Diante desta nova postura que assume o Direito, ante a complexidade social assumida hodiernamente, numa evidente constatação das insuficientes análises positivistas, ora centradas nas normas, passa-se a uma mudança de Estado “Policial” do começo do século a Estado “interventor”, alterando-se, neste patamar, a noção de Estado, segundo Rocha¹⁷.

Logo, numa clara e plausível superação do método positivismo dogmático, pelo qual o direito somente atingiria a dignidade científica com o resultado de suas operações manifestara a mesma certeza apodíctica dos cálculos matemáticos, segundo Antônio Nedel, o aplicador do direito passa de mero técnico a um grande e irrestrito compreendedor do verdadeiro ser do regramento constitucional.

Com base nesta visão do novo parâmetro constitucional, as atividades judicante e legiferante devem, isto sim, entender que seu proceder deve estar atento às exigências morais e com respeito à equidade, desvinculando-se da idéia de que a lei, como único, é o Direito.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ ROCHA, Leonel Severo da (Org.), **Teoria do direito e do estado**; Porto Alegre, Editor Sérgio Antônio Fabris, 1994.

Contudo, de um Estado Liberal de Direito, de um Estado Social de Direito, no século XX, a um Estado Democrático de Direito, temos que os ditames constitucionais passam a angariar um destaque no meio de buscar as promessas descumpridas pela nova ordem democrática, recebendo, na linha de Streck¹⁸, a linguagem a condição de possibilidade de todo o processo compreensivo, numa visão de que o sentido não mais está na “coisa”, nem na “mente”, mas através e por meio da *linguagem*.

Com esta abrupta evolução, o novo constitucionalismo supera o positivismo, por claro, influenciando demasiadamente na brusca incessante do compreender dos princípios constitucionais para fazer *direito*.

Não mais prevelece, neste condão, a idéia positivista de que o direito positivo, por ser *positivo*, aliado a um mandamento moral deve ser por todos seguidos. Isto é a aceção do Poder. Não mais possui a lei ordinária *status* grandioso, como queriam os positivistas, pois a visão soberana em sua plenitude concentra-se na Constituição, a qual não possui uma natureza meramente formal, mas sim material. Assim, a separação entre direito e moral, aceita e preconizada por aquele não mais encontra (ou não deveria encontrar) guarida, pois o estudo do neoconstitucionalismo parte da premissa de que a moral é o ponto de partida para o estudo e compreensão do direito.

Porém, é todo sabido que a afirmação de que o positivismo até então criticado culminou é temerária, mas o que se afirma categoricamente é que esta teoria como se apresentava é incompatível com a visão secular outrora dita.

Ressalte-se, por conveniência, que o positivismo que merece crítica por parte de Streck¹⁹ “refere-se ao denominado positivismo exegético, qual seja, o positivismo primitivo, o qual separava o direito e a moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, diga-se, girava a falsa idéia”, segundo expressão do autor, em torno da “*proibição de interpretar*”.

Isto porque depois surgira o positivismo normativista, no qual aparecem propostas novas de maneira de trabalhar em relação ao “positivo”, “do fato”²⁰.

Mas, nesta esteria, esclarece Streck²¹ :

¹⁸ REVISTA ESTUDOS JURÍDICOS, **A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo**. Lenio Luiz Streck; n. 38. São Leopoldo: Unisinos, RGS, janeiro-abril de 2005.

¹⁹ STRECK, Lenio; **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; p. 83.

²⁰ Ibid; p. 87.

Eis “o ovo da serpente”. Obedecer “à risca o texto da lei democraticamente construída” (já superada – a toda evidência – a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a “exegese” à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária. Falamos hoje, pois, *de uma “outra” ou de uma nova legalidade*. Como exemplo, cito a “literalidade” (*sic*) do art. 212 do CPP (na nova redação trazida pela lei 11690/08, que inverte a ordem das perguntas às testemunhas). Ora, aplicar o dispositivo em tela é não só obedecer (também) “literalmente” (*sic*) à Constituição (o que não nos parece ruim, não ?), como institucionalizar o sistema acusatório, tão reclamado pelos processualistas penais. A legalidade reclamada, neste caso, é *uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito*; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional. Simples, pois ! (grifo do autor)

Assim, para uma completa acepção e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito é de se entender ou querer entender que o positivismo, em que aqui se fala, é um retrocesso a este processo. O que deve imperar neste viés é o valor ao invés da norma como lei, a ponderação ao declínio da subsunção, a supremacia da Constituição em relação à lei ordinária e o rechaço à discricionariedade judicial alicerçada na Constituição.

Ainda que tenha o positivismo assumido relevância em tempos antepassados, ao procurar o contraponto ao jusnaturalismo, caracterizando, desta forma, um avanço imensurável, o que tem-se a dizer é que hodiernamente encontra-se incompatível na nova visão de que passou-se de um direito meramente tradutor de uma realidade a um direito que possa (ou tenha condições para) ocasionar transformação na sociedade, na premissa de que o Direito é vetor de transformação social.

Indubitavelmente, vem a Constituição a assumir papel limitador do Estado, sendo aquela capaz de impulsionar e influenciar no fazer da lei, na jurisprudência e no *decisum*. Deixa-se ao alento a interpretação subsuntiva, através de silogismos, sem mais o império da individualização do Direito em uma “norma geral”, extraída de critérios unicamente cognitivos e lógicos.

Porém, desta força que a Constituição passa a ter, por primeiro, deve-se compreender que a Constituição está para a sociedade, de onde o intérprete, numa leitura atenta dos seus dispositivos, decorrentes até por vezes de uma principiologia

²¹ Ibid; p. 89.

abstrata, verá incontestavelmente que o exurgimento de uma nova sociedade é latente.

Neste ponto, segundo Streck, não há no positivismo-normativista kelseniano, que também propuganava pela inaplicabilidade de princípios em detrimento à norma, espaço para o “caso concreto”. Vislumbra não haver meios de aplicação nesta doutrina dos princípios, logo, as regras devem resolver todos os casos de forma subsuntiva-dedutiva.

Logo, “direito será direito no momento em que a concretização do problema jurídico se dá no plano material com sua efetiva resolução, ultrapassado, pois, a visão de que, de modo antecipado, o conjunto de normas estaria, por certo, apto a resolução de todos os conflitos de forma abstrata”, como assim entendia o direito positivo, como assinala Nedel²².

Assim sendo, verificando *in casu* a unidade entre o direito e o fato, em sua aplicação concreta, impossível ater-se a termos meramente dogmáticos, clamando pela superação do vetor positivista, pois embora a norma tenha sua função imediata, por mais exigir-se a transposição de fundamentos axiológicos-normativos, a fim de esboçar a validade material, ora compreendida com efetivação do Direito.

O cerne da *quaestio* reside no plano metodológico desta ligação entre direito e fato, ao passo que somente há falar-se em direito na medida de sua realização, repudiando, de todo, a afirmação inexorável de que havendo um conjunto de normas, direito se possui.

Na compreensão deste fenômeno, para aquém do mero formalismo legal, a aplicação em concreto da norma faz com que o direito de fato exista e afirme-se na atividade do órgão julgador com a resolução efetiva dos problemas. É a expressão da justiça material.

Neste caso, a partir destas conclusões, sendo a problemática central residente na natureza do problema, como ensina Nedel, não pode o julgador ficar adstrito a uma incessante procura de subsunção do caso à normatividade, buscando, isto sim, o critério da ponderação, deixando de lado, por conseguinte, o simples agir de uma operação lógica dedutiva, sendo que a validade global do direito, poderá ou não, estar especificado numa norma positiva.

Cumpre salientar, porquanto, ainda nos dizeres de Nedel²³:

²² NEDEL, op. cit, 2007, p. 174.

²³ Ibid., p. 174.

Que afirmar a validade de uma norma não, reside na compreensão axiológica e transpositiva do direito, sendo o próprio positivismo carente em dispor de critérios metódicos de compreensão para a realização in concreto do direito, sendo que a utilização de princípios metapositivos validam a positividade.

Vê-se, portanto, que a simples auferição positivista do direito como um conjunto sistêmico de normas não satisfaz, sendo que a negação ao sentido material deste não mais há como vingar.

A visão política do direito torna-se visível, com ares constitucionais, sendo que a lei, sob esta ótica, está hierarquicamente submetida à Constituição, fazendo com o aplicador da lei busque a principiologia seja moral, seja ética para o seu decidir na concretização da norma ao problema jurídico, sem que se deixe à margem a satisfação do conflito posto em voga.

Não se pode deixar de comentar, outrossim, que esta negativa de atrelamento à Constituição, levam ao que Streck²⁴,

[...] denomina de “panprincipiolismo” , numa constatada proliferação de princípios, os quais culminam no enfraquecimento da autonomia do direito, uma vez que parcela considerável destes considerados “princípios” é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como cita o exemplo da “afetividade”, qual seja, um perfeito álibi para decisões que vão além dos limites semânticos estabelecidos no texto constitucional.

Por assim, neste vertente do novo constitucionalismo, segundo Streck²⁵, a Constituição aparece paralelamente como nova fonte da produção jurídica, sendo, neste limiar, autoplicável, dando abertura ao estudo dos princípios como fonte de decidir, bem como radical mudança ocorre no plano interpretativo.

Ante ao declínio positivista, o que seus defensores sempre procuraram esconder, não mais conseguem justificar a não admissão das lacunas do Direito, os conceitos dos tipos penais abertos, das normas penais em branco, implicando no decisionismo judicial, como se tudo fosse respondido pela norma, e, em não o sendo, o juiz discricionário resolveria o caso, de uma forma ou de outra, o adequaria à positivação.

²⁴ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2009; p. 493.

²⁵ STRECK, op. cit.; 2005.

Logicamente, naquela simples reprodução da realidade, como até então observava-se, o direito, diante dos novos tempos, vem a transformar os acontecimentos sociais, deixando obsoleto a mera hermenêutica do texto expresso da lei.

Assim, passa a Constituição a exercer papel social tremendamente interventivo na vida social, norteando o aspecto legislativo, o aplicador da lei na solução do conflito, a ação estatal na escolha de políticas públicas, a interpretação do bem estar social e etc., revelando absoluta mudança de paradigmas.

Como, novamente, sustenta Streck²⁶, assim sendo, “há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como adequada à Constituição”.

Neste contingente, a hermenêutica passa de uma simples compreensão do conteúdo da norma para sua adequação concreta, onde, assim está, completado o ciclo interpretativo. Passa-se de uma simples abstração para uma efetiva aplicação da lei no caso a decidir, sem que sejam atos singulares entre interpretar e aplicar.

É um resgate do saber compreender a Constituição como o é na sua essência, no seu desiderato, na sua plenitude, sendo que a ineficácia expressiva dos próprios ditames sociais traduzem a realidade social que se apresenta, no dizer de Streck, portanto, a Constituição não é o simples documento escrito ou costumeiro, mas uma proposta de mudança, de exurgimento de um novo seio social.

Válido se faz, *in casu*, lembrar as palavras de Habermas, como forma a ponderar-se, que menciona ao passo de o direito vigente não ser suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas, indissociável se faz, o julgador tenha de decidir conforme seu arbítrio. Assim, o juiz preenche o seu espaço de arbítrio através de preferências que não são fundamentáveis no plano jurídico e, assim, às vezes, orienta suas tomadas de decisões por valores morais, que não são mais cobertos pela supremacia e empirismo do direito²⁷.

O quadro apresentado pela nova força normativa constitucional desencadeia o novo ser do direito, nascida da compreensão copernicana, como aduz Lênio, numa sábia forma de produzir a fonte norteadora social, sendo a aplicação jurídica orientada por um novo caminho.

²⁶ STRECK, op. cit., 2010; p. 90.

²⁷ HABERMAS, op. cit., 1993.

Porém, de bom alvitre, segundo Streck²⁸, diferenciar à qual teoria positivista opõe-se o Constitucionalismo. Sustenta o autor, a Nova Crítica do Direito ou a Crítica Hermenêutica do Direito é uma nova teoria que exsurge da fusão dos horizontes da filosofia hermenêutica, da hermenêutica filosófica e da teoria integrativa Dworkiniana, segundo a qual não há como não imiscuir-se a diferença entre princípios e regras.

Assim, aduz “Quando falamos em positivismos e pós-positivismos, torna-se necessário, já de início, deixar claro o “lugar da fala”, isto é, sobre “o quê” estamos falando.”²⁹

E continua, conforme :

Portanto, não basta dizer que a lei não contém o direito; não basta dizer que o ôntico não esgota os sentidos se isso for feito sob os pressupostos do positivismo normativista. Isso explica as razões pelas quais a defesa da discricionariedade é feita pela maioria dos juristas. Ou seja, recém estão ultrapassando o velho positivismo exegético. Para tanto, basta ver que a maioria dos juristas defensores do neoconstitucionalismo falam sobre a discricionariedade, os princípios (tidos como valores), etc. Essa é a pista para identificar os “novos” positivistas (ou neopositivistas). Tudo isso levou a uma equivocada compreensão acerca do papel dos princípios, que passaram a ser entendidos como valores, axiologia, postulados, etc. Essa compreensão errônea reside na idéia de que o positivismo exegético esgotou a “fórmula positivista”. Por isso, é que se diz por aí que “por baixo da lei (regra) estão os valores”; do mesmo modo, evoca-se aos quatros cantos que “os princípios positivam os valores” ou que “os princípios positivaram a moral”, etc. Com isso relega-se a legislação – mesmo aquela construída democraticamente pós-constituição de 1988 – a um patamar secundário, porque sempre poderá soçobrar em nome de uma “adjudicação de valores”, no mais das vezes fruto de concepções voluntaristas – solipsistas³⁰.

Por isso, a fim de compreender a fenomenologia dos princípios através de um viés neoconstitucionalismo é que Streck³¹ seleciona dois elementos para assim afirmar-se uma teoria pós-positivista :

²⁸ CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo. STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Hermenêutica e (pos)positivismo** : por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos ? Anuário 07, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁹ Ibid., 2010; p. 163.

³¹ STRECK, op. cit, 2009, p. 466.

- 1- ter total consciência do nível teórico sob o qual estão assentadas as projeções teóricas efetuadas, ou seja, uma teoria pós-positivista não pode fazer uso de mixagens teóricas;
- 2- enfrentar o problema do solipsismo epistemológico que unifica todas as formas e positivismo.

Assim, sabidamente, a matriz constitucional somente pode ser alcançada e compreendida com a satisfação dos direitos nela compreendidas, aliado a sua efetiva aplicação por quem de direito, resguardada a complexidade de eventual decisionismo por parte dos Tribunais em seu enfrentamento, a fim de que o grau de dirigismo constitucional não venha a conflitar com a “propriedade da Constituição” pelo seu aplicador.

Para Mendes, Coelho e Branco³², há três regras de interpretação para extração dos princípios constitucionais, senão vejamos :

- a) os preceitos da Constituição incidem sobre todas as relações sociais, seja regulando-as expressamente, seja assegurando aos seus “jurisdicionados” aqueles espaços livres do direito de que precisam para o pleno desenvolvimento da sua personalidade;
- b) não existem normas sobrando no texto da Constituição, todas são vigentes e operativas, cabendo ao intérprete tão-somente descobrir o âmbito de incidência de cada uma, em vez de admitir que o constituinte, racional também do ponto de vista econômico, possa ter gasto mais de uma palavra para dizer a mesma coisa; e,
- c) não ocorrem conflitos reais entre as normas da Constituição, mas apenas conflitos aparentes, seja porque elas foram promulgadas conjuntamente, seja porque não existe hierarquia nem ordem de precedência entre as suas disposições.

Assim, uma “baixa efetividade”, para ser fiel a Streck, do texto constitucional implica numa vedação à natureza do Constitucionalismo, sendo que se roga sua aplicação, ao máximo, no desiderato justificável de que o mandamento da Lei Maior, pela sua própria natureza, indica um novo modo de julgar, o qual implica numa inovação da sociedade em se auto-compreender.

Assim, claro está a relevância da busca dos princípios numa visão atual do neoconstitucionalismo, pois Streck³³ é enfático ao afirmar que:

³² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso De Direito Constitucional**. São Paulo, 2008, p. 112.

³³ STRECK, op. cit., 2010, p 70.

O que importa referir é que, uma vez que passamos da epistemologia (teoria geral, na sua primeira “fase” e teoria do conhecimento, segunda “fase”) para a hermenêutica (fundada na virada lingüística), é razoável pensar (e esperar) que essa ruptura paradigmática deveria obter uma ampla recepção nessa complexa área do conhecimento que é o direito, mormente se parti(r)mos da concepção de que há uma indissociável entre o positivismo jurídico – que tanto queremos combater – e o esquema sujeito-objeto (afinal, ninguém admite, principalmente no Brasil, ser epitetado de “positivista”).

O rompimento destes paradigmas fornecem à Constituição um novo papel, que até então sempre lhe pertenceu, mas não havia espaço para sua concretização, qual seja, de romper a relação sujeito-objeto, a partir de critério lógico dedutivo, não sendo aquela um mero instrumento de interpretação, mas de efetiva aplicação concreta dos seus ditames, ou seja, é a compreensão do fenômeno principiológico insculpido na Constituição é o vetor de decidir que deve disciplinar a atuação do Estado.

Logo, de fato, é notadamente dificultoso e complexo identificar a matriz de vários “princípios” em tempos de neoconstitucionalismo, dando caminho a uma proliferação destes, o que levar a efeito num desvirtuamento da autonomia do direito, bem como da própria Constituição, ultrapassando os parâmetros semânticos constitucionais.

Por isso, a técnica ser utilizada para exata compreensão desta seara é a de que os princípios devem ser factizados pela operação jurídica determinando sua formação comum no meio social, razão pela qual são os princípios de natureza deontológica.

Para tornar mais claro, Streck comenta que nesta compreensão do termo princípios deve ser lembrado que não há por primeiro uma formação subjetiva de princípios e, depois, a sua concretização prática compartilhada pelo mundo do convívio social, mas essa formação principiológica de que aqui se trata com esta denominação é formada pelo mundo e, ao mesmo tempo, forma mundo, ao passo em que se pode articular um significado novo que exsurge da interpretação do próprio mundo.

Logo, nesta premissa, segundo o autor³⁴, os princípios são o modo concreto de enfrentamento da discricionariedade judicial porque são a manifestação da

³⁴ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2007.

densidade normativa concreta de um mandamento legal (regra-preceito), sendo que, mesmo aqueles preceitos nomeados como princípios, também necessitam dessa singularização que só ocorre no momento aplicativo.

É uma verdadeira acepção do abstrato constitucional para o concreto real, numa valoração do que quer dizer a Constituição; uma irrestrita interpretação do teor constitucional, qual seja, o encontro do princípio nela preconizado, nela delineado, ao anseio social.

Assim, no estabelecimento de uma interpretação, temos antes de compreender e para compreender, antes deve haver uma pré-compreensão. Dessa compreensão intrínseca ao Homem é de onde extrair-se-á a norma, oriunda da síntese hermenêutica, segundo Streck, que se dá a partir da facticidade e historicidade do intérprete.

Para tanto, salta aos olhos dos interessados a diferença entre o “texto da lei” e o sentido do texto. Numa acepção dos princípios consegue-se, de fato, vincular a lei ao que verdadeiramente quer expor.

Nessa premissa, admite-se, de fato, dos direitos fundamentais. É assumir, desta forma, os princípios como metas vetoriais de interpretar os casos, numa visão do que dita a norma fundamental, qual seja, a Constituição Federal. Neste plano, os juristas devem abrir caminhos a não mais ler a letra da lei, mas serem mais audaciosos e captarem o verdadeiro desiderato constitucional na busca do bem estar social.

Afinal, a legitimidade ao ato decisório, ou até legiferante, estará adequado se pautado na premissa constitucional, numa clara e completa interpretação do processo principiológico de adequação das normas à Constituição, a qual antes de mais nada é o berço esplêndido de princípios que norteiam a ação jurídica.

2.2 A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS

O termo princípio de forma isolada dos demais elementos do sistema normativo, haja vista sua relevância específica, é capaz de influenciar, por si só, todos os demais, pois nenhuma interpretação será bem efetuada se desprezado um princípio. É que este, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre recair sobre o conteúdo e alcance de todas as normas. Percebe-se, assim, que os princípios funcionam como verdadeiras supranormas, ou seja, uma vez devidamente

identificados, agem como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivadas no conjunto das proposições escritas ou mesmo às normas consuetudinárias.

Inicialmente, poder-se-ia definir princípio como o momento ou local em que algo tem seu início, sua causa original. Acrescentando, no âmbito da filosofia, diz-se ser a origem de alguma coisa, de uma determinada ação ou até de um conhecimento. No âmbito do estudo da lógica, ter-se-ia como a premissa que lhe serve de sustento, ainda que de modo não definitivo, e cuja verdade não é objeto de indagação.

Contudo, tais proposições serão observadas sob o ponto de vista jurídico.

Segundo Aristóteles³⁵, princípio era uma fonte, uma causa de ação, tornando-se um freio dos fenômenos sociais. Já Cícero³⁶, analisando o conjunto de codificação civil romana, dizia que os princípios serviriam para resolver casos novos.

Assim, é de se asseverar que, na Antigüidade, os princípios eram tidos como fonte de direito natural.

Acentua, por outro lado, Yacobucci³⁷, ao citar Aristóteles, que o termo princípios admite várias acepções, quais sejam, *in verbis* :

- a) Em primer lugar “principio” se utiliza para denominar el punto de partida de un movimiento, aquello desde donde alguien o algo comienza a moverse.
 - b) Em outro sentido, denomina el punto desde el cual mejor procede la realización de una obra o una conducta.
 - c) También se llama “principio” aquello desde lo cual, de manera intrínseca a la cosa, esta comienza a hacerse, “como la nave –dice- se construye desde la quilla o la casa desde los cimientos”.
 - d) Igualmente se aplica este término a los casos donde comienza el ser o el hacer de algo, aunque tenga carácter extrínseco a la cosa, como es el ejemplo del padre para el hijo.
 - e) Finalmente, “principio” implica tanto aquello según cuyo designio se mueven y cambian las cosas que actúan, como el punto desde el cual algo comienza a ser cognoscible. Por eso, todas las causas de las cosas son consideradas principios.
- Em resumen, todos los principios coinciden en ser lo primero desde lo cual algo es o se conoce o se hace, resultando algunos de estos intrínsecos y otros extrínsecos.

³⁵ ARISTÓTELES Apud BOBBIO, op. cit., 1999.

³⁶ CÍCERO apud BOBBIO, op. cit., 1999.

³⁷ YACOBUCCI, Guillermo. **El sentido de los principios penales**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalm, 2002, p. 58.

Mas, no Direito hodierno, a *quaestio* é mais controvertida. Segundo alguns, os princípios compõem a estrutura do sistema e não o seu repertório; já para outros, são meros expedientes para liberação das passagens legais que não mais atendem à opinião dominante; ou, ainda, temos alguns que afirmam tratar-se de permissões para livre criação do Direito por parte do magistrado; e, ainda, encontramos quem os entendem como simples fontes interpretativas e integrativas de normas legais, sem qualquer força criadora; os racionalistas, por sua vez, compactuam com o pensamento esposado na Antigüidade, definindo os princípios como fonte de direito natural.

Pode-se dizer, desta forma, que os princípios são a expressão basilar dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as normas. Contêm, assim, elevado grau de abstração, com baixa densidade normativa, possuindo uma capacidade indefinida de aplicações.

Logo, esta generalidade e vagueza dos princípios lhes porporcionam uma denominada plasticidade ou poliformia, qual seja, uma capacidade ímpar de adequação a diversas situações e de acompanhamento da evolução social.

Diante destas vicissitudes é que temos que a exata justiça dá-se na aplicação de uma norma no caso concreto, porém, não basta a simples aplicação *in concreto*, mas procurar em si a principiologia que levou a efeito sua produção ou a carga constitucional que sobre ela existe. Como entende Largo³⁸, para constar, neste particular, o caráter paradigmático da hermenêutica jurídica para as ciências do espírito consistem em um atributo superior nesses domínios, onde o compreender foi sempre aplicar, ou seja, a tarefa de interpretação de uma norma consiste, desta forma, em aplicá-la *in concreto*, porém sem ser a aplicação uma etapa última deste processo, mas uma etapa de todo um processo fenomenológico que a marca desde o primórdio e no todo.

Portanto, exatamente por serem dotados de alta carga valorativa, é que podem ser interpretados de acordo com a situação histórico-social do momento.

Tal é a relevância hodierna dos princípios, ou seja, o nascimento do Direito Princiológico no qual aqueles, segundo Dworkin³⁹, são dotados de um teor mais abstrato e genérico permitem uma sincronia entre a normatividade e a normalidade.

³⁸ LARGO, Antônio Osuna Fernandez. **La hermenéutica jurídica de Hans Georg Gadamer**. Valladolid. Vol. 1. Universidad de Valladolid: Secretariado de Publicaciones, 1992, p. 107-10.

³⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000

Contudo, estudar a natureza e essência dos princípios de Direito não é tarefa fácil, eis que passível de elementares múltiplas, as quais tornam complexo seu estudo.

Novamente Dworkin, entende que uma comunidade política, como uma associação de princípios, deve ser voltada para uma virtude da política comum. E o Direito que resulta não se esgota em nenhum catálogo de regras ou princípios, tampouco em uma lista de autoridades e seus poderes, sendo, antes: uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, com caráter construtivo colocando o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado e, ainda uma atitude fraterna porque os indivíduos são unidos pela comunidade, apesar de divididos pelos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, "[...] *o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ser*⁴⁰."

Frise-se que os princípios são, dentre as formulações deônticas de todo sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados não só pelo aplicador do direito, mas por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam. Sendo assim, ressalta a importância em sua essência e como elemento harmonizador, integrador e de mecanismo de garantia de eficácia da norma jurídica.

No caso, entende Mello⁴¹, que:

[...] quando os defende, dizendo que violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

De todas estas definições, depreende-se que os princípios estão para o Direito, assim como a água está para a sede, assim como o alimento está para o ser humano. Portanto, renegá-los, implica em negar, invariavelmente, por si só, existência do Direito.

⁴⁰ Ibid., 2000, p. 20.

⁴¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**, 2. ed., São Paulo: RT, 1991, p. 300..

Logo, os princípios, neste diapasão, são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Logo, cobrem, desta forma, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática: Os princípios, portanto, revelam-se, em última instância, como uma regra de convivência, porém, nesse caso, não se pode entender o princípio de Direito apenas como a função de uma fonte jurídica, relegando sua importância para o sistema jurídico e confundindo-o como mera regra.

Porém, não está a referir-se ao princípio como regra, mas apenas ressalta-se sua importância para dizer que se a regra está em consonância com o princípio, logo este último também estará influenciando no comportamento social.

Assim, cumpre-nos ressaltar que, diante disso, os princípios, como premissas éticas, são extraídos, mediante indução, do material legislativo. As lacunas da lei, por exemplo, ao serem preenchidas pelos princípios gerais do direito, obrigam à criação de regras formuladas pelos princípios morais que informam a legislação onde ocorra o caso omissivo.

Os princípios fixam, ademais, padrões de justiça, eis que possuem uma eficácia impeditiva de retrocesso, pois sendo dada execução a uma norma constitucional, v.g., o legislador não pode voltar atrás. O “princípio” está numa posição de privilégio, sem dúvida, àquilo que se considera uma regra, a qual contrariamente àquele possui uma maior densidade normativa. Segundo, Rothenburg⁴²:

Há demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material... (sendo os princípios) a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.

A busca de uma definição ou perto disso deve seguir no entender e compreender da Justiça, pois como assevera Hart⁴³, “O princípio geral latente

⁴² ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1999, p. 49

⁴³ HART, H.L.A., **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 206

nessas diversas aplicações da idéia de justiça é que os indivíduos fazem jus, uns em relação aos outros, a uma certa posição relativa de igualdade ou desigualdade. “

Contudo, temos a invocar Alexy⁴⁴, “neste particular, pois, segundo preconiza, como interpretar e valorar os princípios, sob sua ótica ?” Logo, com sua teoria sobre direitos fundamentais, não buscou alcançar exatamente uma homogeneização de cada ordem jurídica fundamental. Seu objetivo, na verdade, é o de desvendar as estruturas dogmáticas e revelar os princípios e valores, por conseguinte, que estão atrás das codificações e da jurisprudência. Tal porque, em qualquer lugar que existam direitos fundamentais, colocam-se problemas semelhantes como, por exemplo, as diferenças estruturais entre os direitos sociais e os políticos.

Neste caso, o autor indaga: quem seria o titular desses direitos fundamentais? Poderiam ser restringidos? Qual deve ser a intensidade do controle da corte constitucional sobre o legislador?

Conteúdo este relevante para a aplicação principiológica do Direito.

A teoria de Alexy procura dar resposta a essas indagações com pretensão de cientificidade. Para isso, “defende, sob críticas, que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios” e, nessa condição, eles eventualmente colidem, sendo assim necessária uma solução ponderada em favor de um deles. Para tanto, considera os princípios como um mundo de dever ser ideal, isto é, não diz como as coisas são, mas como se as deve pensar, com o objetivo de evitar contradições.

E conclui:

Por lo tanto, entre los dos niveles no existe una relación estricta de precedência. Más bien, vale la regla de precedência según la cual el nivel de las reglas precede al de los principios, a menos que las razones para determinaciones diferentes a las tomadas en el nivel de las reglas sean tan fuertes que también desplacen al principio de la sujeción al texto de la Constitución⁴⁵.

Tarefa esta não fácil para o operador do Direito, mas basilar para a compreensão de manuseá-lo, portanto, de fundamental essência o entendimento citado.

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.134.

⁴⁵ Ibid., p.134.

Assim, é de caráter indubitável a nitidez que possuem os princípios na órbita do Direito, pois com sua eficaz exegese poder-se-á instituir os rumos corretos para a aplicação jurídica em todos os seus termos e campos que requerem sua atuação.

Isto porque o Direito apresenta-se na sociedade, desde seus primórdios, como forma de inibir, de modo preventivo, ou mesmo, punir comportamentos socialmente nocivos, ou seja, visa garantir, em sua essência, a harmonia da convivência social.

Neste viés, a ação fundamental no bojo desta seara é a do legislador, a qual, por si só, busca regular, por meio da lei, as condutas humanas de modo geral e abstrato, onde, assim, devem todos obediência ao cumprimento fiel da norma, numa forma de organizar o convívio social a fim de implicar no que se chama de Estado Democrático de Direito, porém através de uma visão principiológica na feitura legislativa.

Desta forma, a ciência do Direito tem por objetivo afirmar uma convivência mansa e pacífica entre os entes da sociedade, de modo a preservar a conduta correta, assim considerada aquela prevista em lei, sob pena de incidência das conseqüências da norma.

Discute-se, outrossim, a base de ação do legislador quando da elaboração normativa, qual seja, o rumo que deve seguir no desenvolvimento desta tarefa, a fim de cumprir com seu mister.

Neste caso, não raro, afirma-se que o legislador deve seguir regras de Direito Natural, antes de tudo, para justificar seu agir, ou seja, o conteúdo das leis, de fato, decorrem daquilo que denominamos “moral”, conceito este a suscitar discussões.

Logo, numa visão de Hart⁴⁶, consoante uma teoria geral sobre os fundamentos de todos os sistemas jurídicos, assim intitulada, decorre de que:

Em toda a sociedade humana em que exista o direito, encontramos em última instância, latente sob a variedade das formas políticas, tanto numa democracia como numa monarquia absoluta, essa relação simples entre súditos, que prestam obediência habitual, e um soberano, que não obedece habitualmente a ninguém. Essa estrutura vertical composta de soberano e súditos é, segundo a teoria, uma parte tão essencial de uma sociedade onde haja o direito quanto a espinha dorsal de um homem. Onde quer que ela esteja presente, podemos dizer que a sociedade, em conjunto com o seu soberano, é um Estado único e independente, e podemos dizer que ela tem um direito seu; onde não esteja presente, não podemos empregar

⁴⁶ HART, op. cit., 2009, p. 251.

nenhuma dessas expressões, pois a relação entre soberano e súdito é, de acordo com essa teoria, parte essencial do próprio significado delas.

Contudo, ressalte-se que nesta idéia o poder de legislar apresenta-se aparentemente ilimitado em seu poder de agir.

Assim sendo, é de afirmarmos que, no nosso caso, havendo uma correta compreensão da razão de ser dos princípios, a própria Constituição escrita que nos rege é elemento limitador da atuação estatal, ora denominado poder soberano. Ainda que passível de emendas, *in casu*, há restrição quando ao seu conteúdo, ora explícito na Carta Magna.

A par disso, logo, no limiar da sua atuação, respeitados os limites impostos pela própria ordem jurídica interna, o legislador deve guiar-se, como dito, pela moral, ainda diante da indefinição do seu conceito, a qual não pode, simplesmente, ser dissociado do direito, pois como refere, novamente, Hart⁴⁷ “é importante observar que, em cada caso, os fatos mencionados fornecem uma razão pela qual o direito e a moral devem incluir, tendo a sobrevivência como objetivo, aquele conteúdo específico”.

Logo, prossegue, “É importante frisar que essa interpretação traça uma conexão racional evidente entre os fatos naturais e o conteúdo das normas jurídicas e morais, já que é possível e importante examinar formas bem diferentes de conexão entre os fatos naturais e as normas jurídicas e morais”

Independentemente disso, temos, então, princípios que devem ser observados pelo feitor da norma, pois citando Streck⁴⁸, alguns doutrinadores dizem que os princípios correspondem às normas de direito natural, verdades jurídicas universais e imutáveis, inspiradas no sentido da equidade, princípios estes, querendo ou não, que norteiam, inclusive, não só a elaboração da lei, mas sua aplicação no caso concreto.

A par do que foi dito, temos, porém, os princípios, conforme acentuado acima, como meios de imposição ao limite do Poder Legislativo, os quais são ditames, ou seja, normas extraídas do ordenamento legal têm a finalidade de orientar a compreensão e aplicação do regramento jurídico e dar fundamento à construção do Direito, servindo de parâmetros valorativos que norteiam a sociedade.

⁴⁷ Ibid., p. 251.

⁴⁸ STRECK, Lenio.op. cit., 2005.

A Constituição Federal assegura que vivemos em um Estado democrático de Direito e para tanto garante a realização de uma justiça social, através de garantias constitucionais que proporcionam a igualdade entre todos os indivíduos, a busca da construção de uma sociedade livre, a garantia do desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais, o combate ao preconceito de raça, cor, sexo e outras formas de discriminação, a liberdade de expressão, pelo respeito à dignidade humana.

Os princípios, desta forma, são vistos como verdadeiros enunciados de regramento de condutas que devem ser observados por todos os ramos sociais, ainda mais, como no caso vertente pelo legislador, o qual busca com as normas criadas harmonizar conflitos sociais, porém, a fidelidade a aspectos principiológicos é essencial para a sobrevivência das normas, pois a sua aceitação ou não pelo meio social, uma vez inobservados estes, podem, inclusive, levar à instabilidade social e a uma imensa falta de credibilidade do Parlamento.

Como salientam Jescheck e Weingend⁴⁹, o princípio assume fundamento histórico no Iluminismo, mais abertamente no contrato social, segundo o qual os cidadãos concordariam em abrir mão de sua liberdade apenas em nome do bem comum.

Porém, as mudanças ocorridas no cenário político vieram atenuar o modo liberal de gestão política e econômica. A sociedade hodierna demonstra preocupação com a justiça social, buscando acessar a toda a população um amplo conjunto de meios de contemplar o dano sofrido pela ofensa a direito seu, sem, contudo, banalizar o Direito, pois a principal preocupação do legislador deve ser a validade do ordenamento jurídico.

É neste contexto que o legislador como âncora da esperança de solução de problemas sociais precisa adequar-se ao estágio político, econômico, científico, institucional e cultural da sociedade. A adequação do legislador às expectativas do Direito e da sociedade contemporânea impõe reformular a compreensão do Direito, fruto da fragmentação do conhecimento, e a partir de uma postura transdisciplinar, consolidar uma fundamentação crítica, propícia às rupturas com a visão tradicional, dogmática e dissociada da realidade social, sem, contudo, justificar que está agindo, ao elaborar leis penais, e, por outro lado, não impor políticas públicas de respeito

⁴⁹ JESCHECK, Hans-Heirich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal** : parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5ª.ed. Granada : Comares, 2002.

aos direitos fundamentais do Homem. A ruptura com uma visão dogmática, arcaica e enclausurada na apreensão de interpretações doutrinárias indiferentes às questões atuais é ponto de partida para a construção de uma nova prática jurídica, ao menos, perto do ideal

Por isso que o Estado Democrático de Direito, almejado pela Constituição de 1988, apresenta uma série de novidades, as quais possibilitaria a transformação social, com vistas, principalmente, à consolidação dos Direitos sociais e obediência à afirmação dos Direitos básicos, os quais, uma vez concretizados, conduziram a transformação social, dimensão fundamental do Estado Democrático de Direito. Isto pois este caracteriza-se pelos seguintes princípios : constitucionalidade, organização democrática da sociedade, sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, justiça social, igualdade, divisão de poderes, legalidade, segurança e certezas jurídicas⁵⁰.

Contudo, as normas advindas do Poder Legiferante, até por uma inobservância de efetivação dos princípios que são próprios à nossa sociedade, não mais satisfazem ao anseio social, eis que não disciplinam as situações existentes na sociedade por inteiro, deixando um vácuo legal diante de conflitos sociais.

Desta forma, indubitável afirmar, por conseguinte, que o Poder Judiciário tem uma extensão de atividades, que até então não lhe eram inerentes. Contudo, o direito, em especial, o constitucional passa a ter forma não mais exclusivamente regido pelas normas definidas na Constituição, mas em julgados dos Tribunais Superiores, principalmente o Supremo Tribunal Federal, dando, ainda mais, relevância ampla e absoluta a seus julgados, eis, portanto, calcada em princípios novamente.

Assim, Streck⁵¹ dispõe, *in verbis* :

O Estado deixa de ser ordenador (modelo liberal) e promovedor (social) para assumir a feição de transformar as estruturas sociais. Não é por nada que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que tem os objetivos de erradicar a pobreza, promover a justiça social, colocando a idéia de Welfare State como núcleo essencial da Constituição (art. 3º), além dos dispositivos que tratam da intervenção do Estado na economia, no papel do Estado na promoção de políticas públicas, etc.

⁵⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. **A jurisprudencialização da constituição e a densificação da legitimação da jurisdição constitucional**. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica, 2004.

⁵¹ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2007, p. 148.

Logo, vê-se que o Direito cada vez mais passa a ser encarado como a constitucionalização da moral, voltado na busca ao bem estar social, sendo o Poder Judiciário verdadeiro norteador de vetores no anseio de aplicação concreta destes ditames, pois assume este em seus *decisum* verdadeira substituição à omissão do Legislativo que em virtude de sua omissão em legislar a contento, faz com que outro do Poder da República venha ditar políticas públicas através de seu trabalho que seria, *a priori*, apenas de julgar, na busca, diga-se, de efetivar os princípios que permeiam o Direito.

Diante do exposto até então, vê-se corriqueiramente o uso de precedentes como forma de forma de julgar, advindos (pelo menos deveriam ser) da racionalidade principiológica.

É, por outra via, uma sobreposição absoluta do atuar legiferante que, uma vez omisso em regular determinada matéria, o Poder Judiciário, por meio de seus julgados, invocando casos jurisprudenciais, supre esta omissão e estabelece políticas de cunho social, determinando rumos políticos, os quais devem ser seguidos pela sociedade.

Numa omissão legislativa, portanto, busca o Poder Julgador, a satisfação de direitos fundamentais do cidadão, por lógico, numa clara concretização do que se extrai da Carta Magna diante de uma cognição principiológica.

Ressalte-se, contudo, que, conforme se verá neste trabalho, a omissão em tela é um fator propulsor da expansão penal.

Seguindo a linha de MacCormick⁵², fácil não é determinar o poder vinculante dos casos jurisprudenciais, eis que se trata, *in casu*, da *ratio decidendi*, qual seja, a regra ou princípio da decisão para o qual um dado precedente empresta autoridade, seja essa regra ou princípio tratado como vinculante ou como persuasivo em maior ou menor grau em relação às decisões posteriores de questões semelhantes.

Ora, isto decorre da própria função de os juízes terem de dar respostas às questões levantadas pelas partes, pois acaso o Poder Legislador cumprisse com a função de legislar, a contento, por certo, que muitas destas lides judiciais não haveriam. Contudo, ao contrário, necessitando a parte de determinada ação estatal, sendo alegada seu não atendimento por falta de previsão legal, irremediável o é o recurso ao Poder Julgador, que, assim decidindo, vai fortacelendo seu papel na

⁵² MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito** – uma teoria da argumentação jurídica. Tradução Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo; Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008.

sociedade e disseminando jurisprudência a fim de que outros juízes iniciem, se já não o fazem, a julgar como forma de direcionar as políticas públicas.

Quanto à importância da análise da função dos princípios, em última sede, temos, então, que os princípios são as idéias de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. Tomando como exemplo de sistema, certo grupo de empregados numa empresa, composta de gerentes e subalternos, com facilidade depreende-se a idéia geral que explica seu funcionamento: os empregados devem cumprir as determinações dos seus gerentes. Sem captar essa idéia, é totalmente impossível entender o que se passa dentro do grupo, a maneira como funciona.

Assim, para que o princípio cumpra um papel de função no meio de aplicação do direito, tem-se que ultrapassar a discussão reduzida a um plano semântico, ou seja, um princípio não é um princípio única e exclusivamente porque assim o denominaram ou devido a uma relação lógico-aplicativa, mas em razão do que menciona; do que preconiza.

Para Bobbio⁵³, a razão de se extrair do ordenamento jurídico os princípios é para que exerçam a função precípua de regular um caso concreto.

Ainda que se credite ao princípio sua função meramente normativa, posteriormente releva a sua importância ao afirmar que é por meio dos princípios, que o intérprete investiga o pensamento mais sublime da cultura jurídica universal, buscando orientação geral do pensamento jurídico.

A doutrina em si atribui várias funções distintas para os princípios, mas, de forma homogênea, releva-se a importância de tal elemento do sistema normativo. Nesta esteira, para alguns, os princípios permitem a correta interpretação do sistema jurídico; já outros diriam : são fontes jurígenas; por outro lado, outros atribuem à qualidade de mecanismo de integração das várias partes do sistema e assim segue a doutrina. No entanto, observar-se-á mais detidamente cada uma dessas funções, a partir de sua importância no mundo jurídico.

Para tanto, não se pode permitir que uma errada compreensão dos princípios façam com que legislação democrática venha a desaparecer, com a justificativa de que tudo está nos princípios. A normatividade existe e deve existir, sem que incorra numa cisão entre interpretação e aplicação.

⁵³ BOBBIO, op. cit., 1999.

Logo, a regra encobre o princípio pela utilização de uma justificativa dedutiva.

Porém, a exata compreensão do princípio parte do pressuposto de que não há princípio sem que haja a regra, portanto, há de compreender-se que este supera o limite da regra, ou seja, transcende à onticidade da regra, como diz Streck⁵⁴. Nesta esteira, numa busca de para que servem os princípios, temos a ponderar que para a resolução de um determinado caso não podemos iniciar pela visão principiológica, mas sim, a partir da análise da regra que existe para aquela situação, aí, então, oriunda da reconstrução dos princípios.

Cita-se, neste caso, Yacobucci⁵⁵, para quem,

El desarrollo posterior de este pensamiento asumió la idea de “principio” como aquello que permite explicar o entender algo. Em esta perspectiva, los principios aparecen como punto de partida que no solo facilitan el conocimiento de la realidad sometida a estudio, sino que además brindan ciertos criterios normativos que dan sentido y justificación a lo analizado.

Em geral, então, os princípios têm sua origem justificadora na experiência abstrata ou indutiva da compreensão metodológica advinda da importância no plano prático-moral.

Por isso, novamente, explica Yacobucci⁵⁶, *in verbis* :

Los principios propios, materiales, básicos o configuradores de las ciencias y en medida proporcional del conocer científico; aquellos que están entonces como punto de partida de los razonamientos particulares de cada ámbito científico, son caracterizados por cierta evidencia y se puede predicar de alguno de ellos su carácter **per se nota**, porque no aparecen a través de la argumentación. Por El contrario, es justamente desde ellos donde comienzan el discurrir, la investigación y las explicaciones del objeto de estudio. No son principios arbitrarios o infundados y evidente, aquel que “capta” el ser del objeto estudiado. Ciertamente, la inteligibilidad de esos principios depende en buena medida del sujeto cognoscente y de la complejidad del objeto. (grifo do autor)

Logo, é em razão da exatidão dos princípios que não se pode deixar à margem o cidadão ante a expectativa da plenitude de seus direitos fundamentais,

⁵⁴ STRECK, op. cit., 2007.

⁵⁵ YACOBUCCI, op. cit., 2002, p. 57.

⁵⁶ Ibid., p. 65.

por isso, o Estado, através do julgador, vai ocupando um vácuo do legislador, sendo que, no caso deste trabalho, um dos problemas da política criminal moderna concentra-se exatamente no campo político.

Assim, é que de todo este estudo de princípios e suas funções, extraímos um dos pilares mais relevantes do direito penal, qual seja, o princípio da intervenção mínima, o qual será objeto de análise no próximo capítulo.

3 A INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO FRENTE À EXPANSÃO PENAL

3.1 OS PRINCÍPIOS PENAIS EM GERAL

O convívio social é um marco da civilização. Por isso, o existir humano no mundo deu-se ao longo da história por meio de mecanismos de convivência social, organizada sob diversos símbolos e códigos. Assim, a vida em sociedade foi se mostrando encadeada em torno de símbolos e de códigos de convivência (religiosos, de etnia, geográfico-culturais, etc), e isso de uma maneira tal que se pode falar na existência de um sistema de vida em sociedade – de um sistema social.

Isto pois, o Direito contemporâneo compõe o sistema social, e, logo, dentro deste é classificado tal qual um subsistema, fazendo parte das relações sociais, como um sistema social, mas possui uma matriz própria regada por símbolos e códigos próprios, ou seja, a normatividade, qual seja, um subsistema social. A teoria e a prática jurídicas são redirecionadas e selecionadas em torno do paradigma da normatividade, ou seja, o vetor basilar do Direito, indubitavelmente, são as normas jurídicas. É a partir da normatividade que o Direito interage com outros ramos do sistema social.

O Direito Penal, possui de fato, características similares a de outros ramos do Direito, pois por ser ramo do Direito Público, disciplina as relações entre Homem e o Estado, bem como direciona as peculiaridades de ser cultural, valorativo, normativo, etc. Assim sendo, como subespécie de um todo maior, possui os princípios que lhe regem, que lhe caracterizam, os quais constituem verdadeiros comandos-valores de sua aplicabilidade, os quais o guarnecem, ou, pelo menos, deveria guarnecê-lo, desde seu nascedouro até sua aplicabilidade in concreto.

Só que, não há como olvidar-se que esta vertente do Direito possui revestimento que lhe é intrínseco, qual seja, a coerção penal, apesar de todas preverem ou buscarem a segurança jurídica. Porém, aquele o executa com o poder da coercibilidade, distinguindo-o drasticamente dos demais.

E, frizemos, lida-se, neste caso, com a sanção penal, via de regra, mais gravosa que outros tipos de sanções jurídicas, qual seja a privação da liberdade.

Contudo, a obediência aos princípios penais, por óbvio, limitariam a função estatal de punir. Por isso, que Roxin⁵⁷ afirma que “O direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas.”

E prossegue explicando que a idéia de:

[...] o direito penal deve assegurar a coexistência livre e pacífica dos cidadãos tem suas raízes na época do Iluminismo, que exerceu grande influência em todos os países ocidentais desde o século XVIII. Segundo essa teoria, o Estado deve ser concebido a partir do modelo ideal de um contrato – independentemente da questão de seu surgimento histórico, que pode ser respondida em sentido bem diverso. Parte-se de uma hipótese, segundo a qual todos os habitantes de determinado território celebram um acordo, no qual eles delegam a certos órgãos a garantia de sua convivência. Eles criam uma organização, o Estado, e lhe conferem o direito de obter a proteção dos cidadãos através da emissão e execução de leis penais e de outras regras. Como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica. Também o fato de que a dignidade humana e a igualdade devam ser protegidas é um resultado do pensamento iluminista, segundo o qual dignidade humana e igualdade compõem condições essenciais da liberdade individual⁵⁸.

Logo, com a adoção dos princípios do Direito Penal, por certo, concluir-se-á que a pena, precípua sanção criminal, somente deve o Estado dela prover quando de outros mecanismos não dispuser para a solução pretendida.

Há de afirmar-se que os princípios do Direito Penal refletem na denominada dupla dimensão liberal, na linguagem de Morais e Agra⁵⁹, diagnosticada entre o princípio democrático e a função de garantia, qual seja a preservação da ordem constitucional.

É nesta perspectiva que a doutrina penal em abundância afirma ser de relevância ímpar o estudo de ser observado na confecção da norma penal a proteção a bens jurídicos, assim entendidos aqueles que devam merecer proteção jurídico-penal, mas, também, tal tarefa compete ao julgador que deve perquirir na

⁵⁷ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**, Tradução Luís Greco, RJ. SP, RECIFE: Renovar, 2006, p. 32

⁵⁸ Ibid., p. 32-33.

⁵⁹ MORAIS e AGRA, op. Cit., 2004..

análise do caso concreto da efetiva lesão ao bem jurídico, sob pena de inaplicação da norma penal.

Assim, Sanchez⁶⁰, apesar de ser em outro ângulo de abordagem, afirma ser o Direito Penal um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos importantes.

Por isso que a fidelidade aos princípios penais, de modo direto, demonstram irremediavelmente que a incidência do Direito Criminal deve ocorrer em caráter acessório, quando nenhum outro recurso possa mais valer⁶¹.

A tutela extrapenal, desta forma, deve ser utilizada de modo precípua, deixando a cargo da seara penalística, caso não contemplado o conflito em áreas de sanções não penais.

De forma alguma defende-se o afastamento deste ramo do Direito, pois meio indispensável, em vários casos, para a manutenção da paz social. Invocando Reale⁶² a aplicação do Direito Penal e a execução das sanções decorrentes de sua aplicação concreta constituem, portanto, mais que um direito, um poder do Estado, poder que não cabe deixar de atuar para assegurar a harmonia social, não deixando ao talante dos particulares sua efetividade, pois do contrário, haveria, de um lado, a *capitus diminutio*, com fragilização da soberania, e de outro, instalar-se-ia uma profunda insegurança jurídica para a sociedade, pois dependeria a eficácia da norma do interesse da vítima ou da família, e insegurança para o infrator, pois o Estado se autolimitaria a aplicar o ditame da lei, enquanto o ofendido entregar-se-ia aos excessos.

Contudo, não nos parece viva uma real cultura da razão de ser do Direito Penal, seja através de julgados, seja através da atividade legislativa, seja para a sociedade que associa tal à impunidade muitas vezes.

Destas elementares, temos que o Direito, num âmbito democrático, se faz com a observância da principiologia que lhe é peculiar, como já afirmado, sob pena de, no caso penal mais precisamente, ilimitar-se o legislador, o juiz, a sociedade, etc.

Nesta observância, o Direito Penal não mais se vincula a uma simples moral, mas pela sua natureza, a uma efetiva nocividade para o seio social, fazendo-se

⁶⁰ SANCHEZ, Jesús Maria Silva. **A expansão do direito penal** – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002

⁶¹ ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal ao Direito Processual Penal**. Belo Horizonte : Del Rey, 2007.

⁶² REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal** – Parte Geral. 3ª.ed. Rio de Janeiro : Forense, 2009

justificar sua aplicação em caso da impossibilidade da convivência pacífica do autor em sociedade.

Partindo-se daí, como o Direito Penal constitui-se como um subsistema jurídico, seu conceito deve ser derivado do conceito geral do Direito, agregando-se-lhe o que há de específico. Por conseguinte, como objeto de estudo e como concepção político-jurídica, ele deve ser definido a partir dos princípios e regras jurídicos, e de como estes regulam a vida social.

Conceitua-se o Direito Penal, então, como o conjunto de princípios e regras jurídicos que definem as condutas criminais, as penas a elas correspondentes e as condições para que tais penas sejam aplicáveis.

Por conseguinte, a regulação da vida em sociedade, base de qualquer ramo do Direito, de acordo com a postura ideológica adotada possui dentre suas principais funções : possibilitar a dominação de uma classe por outra, promover a paz social e possibilitar a dominação estatal sobre a sociedade e, como contraponto, à limitação estatal pela sociedade.

O Direito Penal encontra-se incluído nesta dinâmica, porém, a incidência de um ou outro ramo do Direito obedece a uma certa preferência, onde, neste particular, a posição dos princípios é fundamental para fins de racionalizar esta idéia. Abrem, pois, espaço para que se possa tentar construir uma racionalidade prática do Direito Penal voltada para o homem como centro das ações sociais.

Citando Ferrajoli⁶³, entende-se que a forma como se pode evitar com que o Direito Penal transforme-se num meio de controle está em proporcionar a dignidade do indivíduo de per si seja normativamente consagrada como indispensável para qualquer atuação jurídico-penal.

Isso implica que cada um e todos que atuam no Direito Penal repensem seu papel, inclusive o Poder Legiferante. É importante, nesse sentido, que se diferenciem claramente as respostas do Direito Penal aos crimes de baixo e médio potencial ofensivo e aos crimes de alto potencial ofensivo. Tal distinção hoje não é clara, o que leva à sensação social de que nem mesmo normativamente há respostas adequadas aos crimes.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, passim.

Na lição da matriz de Roxin, Arzt e Tiedemann⁶⁴, na razão de ser do Direito Criminal, com a redução de sua incidência a comportamentos nocivos à sociedade ou, como também se diz, à tutela dos bens jurídicos, esclarece-se apenas o primeiro dos dois pressupostos dos quais depende o poder punitivo do Estado segundo a concepção atual. É preciso, ademais, exigir que um comportamento socialmente nocivo seja punido quando meios mais brandos não sejam suficientes para sua correção. Assim, por exemplo, é certo que o não cumprimento de contratos é socialmente nocivo, pois as trocas e as transformações apenas podem prosperar quando os pactos são respeitados. A punição geral de violações contratuais seria, no entanto, inadequada. Pois o conflito daí originado pode ser solucionado por meio de uma ação perante o juízo cível. É apenas em relação a ladrões e estelionatários, os quais, em regra, fogem a uma confrontação judicial civil, que o emprego de meios penais se faz indispensável. Muitas vezes, também, uma punição pode ser dispensada pelo emprego de outras medidas jurídico-públicas. Quando um profissional exerce seu mister de forma nociva à coletividade, a determinação de desativação da empresa pode ser um meio mais eficaz do que uma punição.

Para Yacobucci⁶⁵, ao comentar a relação entre princípios, sociedade e direito, asseverar que:

Cuando se habla entonces de principios del derecho penal puede interpretarse por tales tanto aquellos que se vinculan con el surgimiento de la potestad sancionadora como aquellos que hacen a la interpretación y argumentación penal. Así, aunque no resulte usual en la práctica forense, los principios pueden ser vistos como una referencia a las causas que motivan, producen, explican y justifican la presencia del ius puniendi em la convivencia política. Es decir, la fuente real u ontológica de la que surge la realidad llamada "derecho penal.

Nesta esteira, ainda o autor⁶⁶ cita, *in verbis* :

Como lo jurídico está integrado al campo más amplio de la vida social y por ello práctico-moral del hombre, los fines, valores y reglas aparecen como sus elementos costitutivos. Por eso se dijo que el campo penal se explica solo em forma plenária a través de la comprensión delos fines y su

⁶⁴ ROXIN; ARZT; TIEDEMANN, op. cit., 2007.

⁶⁵ YACOBUCCI, op. cit., 2002, p. 80.

⁶⁶ Ibid., p. 80.

consecuente realización. Los principios penales, por lo tanto, tienen un sentido normativo; suponen la existencia de bienes y fines a realizar.

Por claro, advém desta idéia que a convivência pacífica entre os cidadãos é constantemente almejada, porém sob uma matriz teórica-penal os cidadãos atribuem ao Estado o poder de manutenção desta pacificidade, contudo, cabe a este limitar sua ação na liberdade de outrem, qual seja, aquela estritamente necessária para o reestabelecimento do *status quo*.

O Poder Público que detém a capacidade de regular tais fatos sob a disciplina do Direito Penal tem, por regra, o dever de conhecer noções principiológicas que delineiam a matéria, sob pena de fazer seu “próprio Direito Penal”. A paz em sociedade depende da ação efetiva do Estado em propiciar alternativas mais brandas para a preservação da ordem, pois os comandos-valores penais, assim explicitam, que a ação estatal sobre a liberdade do indivíduo é o agir em última instância, pois ao contrário, a norma penal assume caráter primário de anseio social. Assim, a incidência penal pode vir a tornar-se regra, ao invés da exceção, numa afronta a princípios basilares há anos instituidores da área penal, culminado num desconforto para o estudo criminal.

Há quem sustente, que no final dos anos 60 a criminologia mostrara, por exemplo, a teoria do etiquetamento, chamada de *labelling approach*, sendo que suas principais características seriam o interacionismo, a seletividade e a discriminação social simbólica e o também construtivismo social. Desta forma, ser-lhe-ia, assim uma espécie, de um fenômeno da dita natureza seletiva do Direito Penal, sendo bastante abordado pelas teorias da denominada Criminologia Crítica. Ainda que denote diferentes vertentes, sob as quais se alicerça, de uma forma geral se concebe o Direito Penal como seletivo e elitista, por estar organizado intelectualmente. Destina-se a conservar a estrutura vertical de poder, punindo proficuamente condutas que são típicas dos grupos que vivem à margem da sociedade e deixando imunes certos comportamentos tidos como gravíssimos e socialmente onerosos. Portanto, o Direito Criminal não é igualitário, ou seja, não protege o almejado bem-estar comum e sua aplicação não é isonômica entre os iguais.

Nesta linha de raciocínio, não pode o Estado, como sendo representante da vontade popular, na manifestação do voto, ceder ao clamor social que

diuturnamente ocorre, sob pena de incumbir ao plano criminal uma responsabilidade que não lhe cabe. Quem sabe, se assim o for, se já não o é, a coerção que lhe é característica, pode vir a deixar de subsistir, incorrendo numa não almejada forma extrema de satisfação de conflitos sociais não angariados primeiramente de modos extrapenais.

O Direito Penal apresenta-se na sociedade contemporânea, desde seus primórdios, como forma de inibir, de modo preventivo, ou mesmo, punir comportamentos socialmente nocivos, ou seja, que atinjam bens jurídicos penalmente protegidos.

Assim, tais bens são aqueles que possuem e merecem tutela penal, eis que, uma vez violados, serão objeto da guarida criminal com a força enérgica da punição comportamental.

No ensinar, novamente, da doutrina de Roxin, Arzt e Tiedemann⁶⁷:

Esse caráter ameaçador da existência que toda a sanção penal tem também constitui o ponto de partida para as reflexões que se seguem. Ele dá lugar ao questionamento sobre a função e justificativa do Direito Penal. É a partir da resposta dada a esse questionamento que devem ser desenvolvidos os pressupostos e as conseqüências do comportamento punível em seus princípios mais importantes. Entretanto, trata-se tão-somente do esclarecimento das regras jurídicas normativas que regem o Direito Penal. A realidade do crime, ou seja, sua freqüência e distribuição em crimes e grupos populacionais, as causas sociais e psíquicas de seu surgimento, a práxis da persecução penal e também, possivelmente, os métodos do tratamento na execução penal são objeto de uma ciência específica, A Criminologia. O penalista deve conhecer e levar em consideração os resultados de pesquisa da Criminologia. Eles não são, em si, Direito Penal, mas constituem os pressupostos de Estado de Direito dos princípios penais que pretendemos elaborar na seqüência.

Desta forma, esta ciência penal tem por desiderato afirmar uma convivência mansa e pacífica entre os entes da sociedade, como já dito anteriormente, de modo a preservar a ofensa e bem de terceiros, sob pena de incidência da sanção criminal.

Logo, segundo novamente Reale Junior⁶⁸:

Em um Estado Democrático de Direito, a configuração penal – por se constituir na forma mais gravosa de interferência, com custos elevados ao

⁶⁷ ROXIN; ARZT; TIEDEMANN, op. cit., 2007, p. 03.

⁶⁸ REALE JÚNIOR, op. Cit., 2009, p. 21

infrator e também à sociedade – deve se ater aos fatos que atinjam valores por via de uma conduta efetivamente lesiva destes valores. A intervenção penal deve ser aquela necessária, como único meio, forte, mas imprescindível, para a afirmação do valor violado, e para a sua proteção, visando à manutenção da paz social.

Vejamos que a função deste ramo do Direito assume relevância ímpar na preservação da liberdade e segurança de outrem, pois, se assim não o for, não merece tutela penal. É a autêntica e inequívoca manutenção da ordem, pois, através deste, o Estado afirma seu poder sancionador e ameaçador de punição na busca de prevenir a ofensa ao bem jurídico criminal. Por tal é que se deve perquirir acerca da real função do controle penal, ou seja, evitar atitudes humanas que causem desconforto social, porém, lembre-se, há limites para tanto, qual seja, na seleção daquilo que, de fato, deva ser objeto deste resguardo.

Logo, as funções do Direito Penal, decorrentes de uma análise principiológica, podem ser resumidas como, por um lado, o controle social, através de mecanismos simbólicos de prevenção. De outro, de modo paralelo e paradoxal, tem-se a garantia do cidadão ante o Estado e suas pretensões de intervir sobre a liberdade de cada um. É no entreteçamento destas duas facetas que se pretende prestigiar que o Direito Penal contemporâneo se oriente, qual seja, para ser uma esfera jurídica primada por meio do enaltecimento do Homem como ponto central e principal das relações sociais.

É a crítica de Baratta⁶⁹, ao afirmar que o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais.

Nesta linha de raciocínio, cumpre frisar que o Direito Penal tem um mister eminentemente social de prevenir a delinqüência, numa espécie de aparato estatal contra a marginalidade, em sua dimensão múltipla, porém, havendo esta, o poder público, com a força sancionadora da lei penal age energicamente na forma repressiva sobre o comportamento inaceitável e repudiado do cidadão.

Numa visão sintética, afirma-se que a função penalizadora assume caráter secundário na ciência jurídica, pois sua intervenção sobre direitos fundamentais, como a liberdade de locomoção, consagra a excepcionalidade de sua incidência

⁶⁹ BARATTA, ALESSANDRO. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3ª.ed. Editora Revan. 2002.

numa clara e precisa demonstração que assume no tocante ao sacrifício de algumas liberdades.

Logo, este revestimento que assume a área penalística deve ser de antemão observado pelo poder estatal, sob pena de acentuar o uso da lei penal de modo corriqueiro, ao invés de outros ramos do Direito aliviarem o problema, constituindo em verdadeira inversão de princípios que norteiam a aplicação racional da seara jurídica.

É o que dita Ripollés⁷⁰, ao comentar este tópico, pois assevera “que el derecho penal sólo debe actuar frente a las infracciones más graves a los bienes más importantes, y ello sólo cuando no existan otros medios sociales más eficaces”.

Resta, portanto, demonstrado que o Direito Penal tem a relevância de seu papel reconhecido na sociedade, porém não pode servir de supedâneo para toda e qualquer aflição social, num total desrespeito a sua essência, podendo, se for o caso, levá-lo à falência, em face da impossibilidade de lograr efeitos em relação a todos os clamores sociais.

O poder punitivo deve sim ser utilizado, contudo, o uso indiscriminado deste ocasiona grave ameaça a valores até então basilares da área penal, desvirtuando o vetor principal da lei penal, bem como a interdisciplinariedade entre os vários ramos do Direito, deixando ao cabo da esfera em comento o guardião dos anseios do cidadão centrado na falsa idéia de que o poder sancionador criminal deva ser implementado em primeira escala.

A lição de Roxin, Arzt e Tiedmann⁷¹ é louvável ao prescrever o que segue:

Todavía, com a redução do Direito Penal á proibição de comportamentos nocivos à sociedade ou, como também se diz, à tutela dos bens jurídicos, esclarece-se apenas o primeiro dos dois pressupostos dos quais depende o poder punitivo do Estado segundo a concepção atual. É preciso, ademais, exigir que um comportamento socialmente nocivo também seja punido quando meios mais brandos não sejam suficientes para sua correção. Assim, por exemplo, é certo que o não-cumprimento de contratos é socialmente nocivo, pois as trocas e as transformações apenas podem prosperar quando os pactos são respeitados. A punição geral de violações contratuais seria, no entanto, inadequada. Pois o conflito daí originário pode ser solucionado por meio de uma ação perante o juízo cível. ...A razão pela qual o Direito Penal apenas deve ser empregado quando apenas fracassarem todos os meios político-sociais de coibição de um comportamento social criminoso reside no fato de que a punição pode

⁷⁰ RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La política criminal en la encrucijada**. Argentina: Editorial B de F, 2007, p. 63.

⁷¹ ROXIN; ARZT; TIEDEMANN, op. cit., 2007, p. 07.

prejudicar a existência social do condenado e arrastá-lo para a margem da sociedade, tendo até mesmo um efeito socialmente nocivo. ... Costuma-se expressar esta idéia dizendo que o Direito Penal seria a ultima ratio (o último recurso) da política social. O Direito penal em relação a outras possibilidades é subsidiário, ou seja, ele apenas intervém em caráter acessório, quando nenhum outro recurso possa mais valer.

Clara e inequívoco, portanto, a natureza última de recurso à esfera penal, eis que a sociedade deve saber estabelecer uma resolução de conflitos por outros meios menos enérgicos, se assim haver, devendo saber que o Direito, em sua amplitude, possui capacidade de mediação de outros mecanismos de pacificação de relações interpessoais, sem a necessidade irremediável do âmbito penalístico, o qual, deve, isto sempre, ter sua atuação limitada, haja vista sua própria essência.

Assim sendo, temos que o papel exercido pelo Direito Penal seria singular, portanto, bem mais simbólico do que material de fato, ou seja, trataria estas situações em que as pessoas alcançam os limites do razoável, agindo, por conseguinte, no exercício de sua liberdade com tal exacerbação que os danos a direitos de terceiros teriam uma dimensão maior. Então, a resposta jurídica não poderia ser de mediação de interesses, mas sim de punição dos 'desvios'. Neste caso, é necessário perceber que esse papel simbólico tem ficado enfraquecido nas últimas décadas, ainda que se entenda continue tendo relevância, em que se acentue a inflação legislativa penal e a inoperância do sistema penal para responder às condutas criminosas.

Por este ângulo de análise do Direito Penal, enquanto fenômeno social, não deve, entretanto, ser limitada a visua-lo como sendo um mero instrumento de controle social, pois paralela e paradoxalmente funciona como garantia de direitos que são cada vez mais estendidos ainda que num plano meramente formal, normativo, a todos os indivíduos. Desse modo, o Direito é palco de contradições dialéticas de funções, quais sejam de controle e garantia, contradições essas que devem ser solucionadas na conjunção de sua análise externa, tal qual a filosofia política do Direito, por conseguinte, priorizando o ideal de um Estado Democrático Social de Direito, claro, com sua análise interna, priorizando a supremacia dos direitos humanos.

Claro que lembremos ser o Direito Penal um sistema próprio, um sistema jurídico com vários subsistemas, diante dos quais a proteção aos direitos humanos permeia e exerce uma vinculação de conteúdo. Isso porque os tais subsistemas jurídicos, seja o Direito Civil seja o Direito Administrativo, estão interligados através

de princípios jurídicos gerais, por vezes comuns a todas as áreas, como o princípio da igualdade de tratamento, por exemplo, e por uma referência jurídico-normativa necessária, superior às regulações jurídicas de cada área, qual seja, a Constituição Federal, na qual parte dos princípios jurídicos gerais está incluída.

O Direito Penal, nesse diapasão nada mais é do que um subsistema jurídico com regras, princípios, conceitos próprios. Porém, como faz parte de um todo, nunca estará desconectado dos demais subsistemas jurídicos que envolvem esta esfera. Veja-se, por exemplo, as relações entre Direito Penal e Direito Civil quanto aos danos causados pelo fato considerado crime: a decisão na esfera penal, condenando o indivíduo, faz coisa julgada na esfera cível, assegurando o direito à indenização. Tem-se o Direito Penal, portanto, como um subsistema jurídico próprio, mas interligado aos demais.

Nesse intuito, destaca-se que, enquanto objeto epistemológico de estudo, o Direito é um conjunto de normas jurídicas. Entretanto, será apenas isso? Não, pois há a presença constante de aspectos valorativos e finalísticos, abertos a procedimentos interpretativos gerais ou contingenciais. Ademais, no que respeita às normas contidas em leis, a redação deve ser localizada historicamente, de modo a facilitar a contextualização interpretativa com o momento da aplicação jurídica.

Portanto, deve-se agregar ao aspecto meramente normativo outro aspecto que registre a marca sistemática valorativa e finalística do Direito. Nisto é decisivo o papel dos princípios jurídicos, pois indicam as diretrizes para a interpretação e aplicação dos conteúdos jurídicos (além de serem diretrizes para a própria criação de novas normas). Partindo dessa concepção, agregando-se os princípios à definição antes enunciada, define-se o Direito como o conjunto de princípios e regras jurídicos que regulam a vida em sociedade.

Por outro lado, o conceito de Direito aqui enunciado não procura firmar uma definição exaustiva do Direito, mas sim uma definição instrumental. Explique-se: o conceito enunciado não pretende ser completo e definitivo. Procura-se apenas apreender o que pode haver de minimamente comum a qualquer área do Direito – é aí que emerge o papel das normas e princípios jurídicos.

Em síntese, a definição de Direito deve buscar e, assim, congrega o aspecto normativo-formal do Direito (conjunto de regras) com o seu aspecto valorativo-material (e princípios). E, independente da função ideológica a que se dê preferência, a definição há de ser aplicável.

Logo, o repensar não afastaria o papel de controle social exercido, o que, aliás, nem é exatamente pretendido, porém auxiliaria a torná-lo racionalmente normatizado por parâmetros concentrados centrados de forma democrática e humanitária.

É totalmente compreensível que se pense ser o Direito Penal o meio mais hábil para o combate à criminalidade, porém, na verdade tem um papel muito limitado neste mister. É que a capacidade intimidatória da esfera penal (prevenção geral), que é simbólica, tem muito pouca efetividade no meio social. E, ainda assim, está mais localizada na convicção de diante do cometimento de crimes haveria punição (superando-se a sensação ou expectativa de impunidade) do que na gravidade abstrata das penas (a quantidade ou dureza das penas previstas em lei).

Neste lado, novamente decorre que a esfera penal seja tratada como um meio residual, ou seja, último para tratar os problemas sociais, em que se deve limitar a intervenção estatal sobre a vida em sociedade aos parâmetros mínimos necessários.

Ora, importante, então, que nunca esqueçamos que, em qualquer área do Direito, os princípios são, ao lado das regras, espécies do gênero normas jurídicas, estabelecendo, por sua vez, comandos deônticos.

São, nesta visão, a expressão primeira dos valores fundamentais decorrentes do sistema jurídico, onde informa materialmente as demais normas que compõem o ordenamento jurídico.

Sabemos, pois, que os princípios contêm elevado grau de abstração, o que implica afirmar possuem uma baixa densidade normativa, qual seja, a possibilidade de imediata aplicação ao caso apresentado, bem como seu aspecto de generalidade implica numa séria infinita de aplicações jurídicas.

Contudo, a tarefa de seus aplicadores é, antes de tudo procurar conhecer o direcionamento de cada regramento principiológico, a fim de unificar a aplicação do sistema jurídico, geralmente direcionamento este pautado pela doutrina correlata.

Porém, as características de generalidade e vagueza proporcionam aos princípios uma espécie soberana às regras normativas, pois possuem tamanha carga valorativa, o que lhes deferem a capacidade de serem adequados e interpretados de acordo com o momento social em que se vive.

Ora, independentemente desta discussão, o certo é que os princípios existem, quando mais no âmbito do Direito Penal, razão pela qual têm função hermenêutica e

regulativa, no intuito de dirimir dúvidas e propiciar o correto direcionamento das decisões, principalmente na elaboração da norma jurídica em sentido estrito.

No entanto, no âmbito da seara criminal, pois, o legislador, em específico, deve ter em mente, o que decorre da análise pormenorizada dos princípios penais, que bem jurídico para fins penais, ou seja, os que merecem sua tutela são aqueles vitais para a comunidade ou para o indivíduo, em razão de sua significação social, ou como diz Toledo⁷², são estes “valores éticos-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”

E, novamente, o próprio Roxin⁷³ procura defini-lo como “ todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade”.

A par disso tudo, o certo é que Direito Penal, assim, é um conjunto de normas, mais precisamente de normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais. É, de outro lado, a área do Direito público que reúne todas as normas que cuidam do *ius puniendi* estatal. Sempre que a norma venha a disciplinar algum aspecto do *ius puniendi*, será de Direito penal.

Direito penal, então, frize-se, é o que está regido rigorosamente por todos esses princípios, que se complementam. Assim, poder punitivo estatal é o poder exercido por agentes públicos que se desvia desses princípios, aplicando-se a norma na sua forma bruta ou equivocada, ou seja, não lapidada. O Poder punitivo estatal faz do Direito Penal um mero instrumento de controle social, sem os limites constitucionais.

O legislador é o sujeito do Direito Penal (é o que produz as normas). E operador ou aplicador do direito é o agente do poder público que aplica o Direito Penal, ora de forma constitucionalizada, equilibrando-se o *ius puniendi* com o *ius libertatis*, ora de modo bruto, fazendo imperar o "poder punitivo estatal".

A lei deve estabelecer penas senão quando estritamente e evidentemente necessárias. Assim, já dispunha o artigo 8.º, da Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791, revelando o pensamento atual onde a intervenção estatal somente deve se verificar quando evidentemente necessária.

⁷² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000. p. 16.

⁷³ ROXIN, op.cit., 2006, p.35.

O Direito Penal, portanto, propõe ao ordenamento jurídico penal uma redução dos mecanismos punitivos do Estado ao mínimo que for necessário. Assim, a intervenção penal somente se justifica quando é absolutamente necessária para a proteção dos cidadãos no meio de convivência.

O Direito Penal, portanto, repita-se, deve, então, apenas sancionar as condutas mais graves e perigosas que lesem os bens jurídicos de maior relevância, deixando de se preocupar com toda e qualquer conduta lesiva, caracterizando, destarte, o caráter fragmentário do Direito Penal.

Segundo Callegari e Wermuth⁷⁴, “são necessários princípios normativos pré-ordenados à regulação penal, e critérios instrumentais orientados à realidade social, ou seja, voltados à questão da efetividade da intervenção penal”.

E, ainda, continuam os autores⁷⁵:

O importante é que a devida concretização do Direito Penal passe pela sua legitimação constitucional e isso somente será possível quando os aplicadores da lei o fizerem respeitando os princípios estabelecidos na Carta Política, ainda que não de forma explícita. Através da aplicação e respeito a estes princípios é que se pode falar de um verdadeiro e legítimo Direito Penal em um Estado Social e Democrático de Direito, como se demonstrará a seguir.

Vejamos, pois, a influência inegável dos estudos dos princípios à correta feitura da norma penal, ainda mais de sua aplicação.

Assim, convém retomar que a noção exata que compreende o Direito Penal é alicerçada no marco Constitucional e é esta que impõe limites aos poderes constituídos, extraídos por si só de princípios explícitos ou, ainda, implícitos, principalmente ao legislador, o qual dispõe tão-somente de uma relativa liberdade de conformação ao definir os tipos penais, exaltando, neste caso, os bens jurídicos tuteláveis penalmente, vinculando-as ao poder estatal de punir.

⁷⁴ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 118.

⁷⁵ Ibid., p. 120.

3.2 A INTERVENÇÃO MÍNIMA COMO PREMISSA FUNDAMENTAL DO DIREITO PENAL

Dizer que a intervenção do Direito Penal é mínima significa, nesta esteira, afirmar que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, tem por condão limitar e orientar o poder incriminador estatal, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica caso se constitua em um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal, então, somente deve agir quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito, consoante já explicitado.

Assim, pelo Direito Penal Mínimo, caso tenhamos outras formas de sanção ou controle social que são eficazes e suficientes para a tutela dos bens jurídicos, a sua criminalização recomendável não será conflitando com um Direito Penal simbólico que atualmente se insere no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, o Direito Penal deve ocupar-se apenas pelos bens mais valiosos considerados pela constituição de uma sociedade. Quando outros setores da sociedade não conseguem proteger determinado bem, aí que caberá ao Direito Criminal a incumbência de fazê-lo, sempre se considerando a sua relevância. Assim, entendemos que, hodiernamente, não tem sentido a punição ou a proteção de bens jurídicos que possam, então, ter alcançado o exaurimento devido a sua ofensa em outro ramo jurídico.

A intervenção do Direito Penal deve ser voltada àquelas condutas efetivamente importantes a constituição da sociedade. É o que afirma princípio da intervenção mínima ou, neste sentido, da “*ultima ratio*”.

Exemplo para tal é de indagar-se se há necessidade de haver um crime para quem emite cheques sem fundo, consoante previsão legal do art. 171, parágrafo 2º, IV, Código Penal? O impedimento de abertura de conta, administrativamente, já não atende à prevenção especial? E o assédio sexual, ora previsto no art. 216-A, Código Penal faz-se necessário? Será que o ramo do Direito Civil não contempla tal ofensa de forma plena ⁷⁶?

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

⁷⁶ BRASIL. **Código Penal**. 7ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar, repita-se, somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Vê-se aí sua natureza subsidiária em relação aos demais mecanismos da cibernética social.

Constituindo-se, pois, na resposta estatal mais marcante e lesiva para o indivíduo que a deve suportar, a pena privativa de liberdade será o último dos horrores a ser retirado do lastro do Direito Penal. Em lugar dela, o legislador preferirá as sanções alternativas, não limitativas do *jus libertatis*, como a prestação social alternativa, a prestação pecuniária, a restrição de direitos.

No âmbito de um Estado Democrático de Direito, não se pode admitir como objetivo fundamental constituir uma sociedade policial ou policiada, de total controle, em que as liberdades públicas sejam interpretadas restritivamente ou suprimidas de fato e na prática.

Logo, acredita-se tratar-se de uma questão de ocasião e de valoração cultural, ou seja, aquilo que é considerado crime em respectivo local não o é em outro. O que foi infração penal um dia, pode não ser no outro. É tudo fruto da evolução. E a evolução do direito penal é redutora de sua aplicação, contagiando positivamente o processo, que deve ser também minimamente interventivo.

O Estado brasileiro, ao contrário das nações totalitárias, pretende ter como substrato uma sociedade livre, justa e solidária. É este o objetivo assentado no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal. E, assim, para atingir o objetivo elencado como uma sociedade livre, é impossível supervalorar o direito penal ou mesmo o uso de sanções penais privativas de locomoção, salvo para uma criminalidade mais violenta. Afinal, não se alcança justiça com exclusão, nem se pode ser solidário afastando-se o homem do meio social diante de condutas que não justificam esta repressão exacerbada.

O próprio preâmbulo da Constituição anuncia o objetivo nacional de construção de uma sociedade em que a liberdade e a justiça sejam valores supremos, aliados à idéia da harmonia. Por lógico, não haverá sociedade harmônica enquanto se pretender buscar a homeostase social por meio do direito penal. É inviável acreditar que o Direito seja um instrumento de verdadeira pacificação social em sua essência. Não se concebe o Direito sem o uso da força. E não se convence ninguém pela força. O que se consegue, quando muito, é impor

uma vontade, a *voluntas estatal (jus imperii)*, que nem sempre corresponde à vontade social ou à necessidade pública.

Porém, diante de uma crise do direito penal contemporâneo, haja vista assumir um caráter geral e universal, logo, gera uma confusão entre o que realmente merece guarida do Direito Penal, pois não se deve, nem poderia definir bem jurídico-penais de forma objetiva, uma vez que na seara deste, busca-se a convivência pacífica entre as pessoas, portanto, os bens a serem tutelados surgem naturalmente no meio social.

Por outro lado, têm-se os princípios penais como forma a nortear a tomada de decisões judiciais, em casos concretos, resolvendo graves conflitos, implicam numa segurança jurídica, pois como diz Yacobucci, “*pues evitan una discrecionalidad excesiva en la toma de decisiones*”⁷⁷.

Tradicionalmente, a justiça tem sido simbolizada pictograficamente como uma deusa vendada, a qual segura uma balança, como sendo o fiel dessa balança uma espada. Esta imagem sugere, inequivocadamente, que o equilíbrio dos dois pratos da balança, a denominada harmonia social, haverá se a Justiça puder empunhar a dita espada. Por conseguinte, a lâmina mais afiada dessa espada é o direito penal, surgindo então o direito processual penal, como sendo a técnica do espadachim ou do esgrimista, aliás, sempre vulnerável, ainda que diante de uma sentença de absolvição.

Logo, o chamamento à esfera penal ofende, e muito, a dignidade humana, portanto, esta clemência de passar pelo processo criminal diante do agir estatal é medida extrema, devendo, por conseguinte, a seara criminal reduzir sua abrangência ao estritamente necessário, àquele mínimo imprescindível para a segurança coletiva. Numa conclusão do exposto, quanto menos processos penais houver, mais saudável será a sociedade. Por assim, quanto maior a salubridade social, menos crimes existirão. Repita-se, como já mencionado, não se pondera neste trabalho que o ente estatal deva deixar de proceder à persecução criminal, pois sendo necessário, assim deverá agir, porém a maior parte do esforço estatal deve ser destinada à prevenção e à profilaxia dos fatores criminógenos, quando mesmo resolvidos em instâncias outras que não no penal.

⁷⁷ YACOBUCCI, op. cit. 2002, p. 259.

No limiar deste pensamento, não se pode aceitar servir o processo penal para concretizar as pretensões de um direito penal máximo, fundado na idéia corrente de medo e insegurança que de fato sobressaem na sociedade. A atuação máxima do Direito Criminal implica por desacreditar todo o sistema de justiça penal, seja pela reconhecida ineficiência do Estado, seja pela sempre presente cifra negra da criminalidade, ou ainda porque os instrumentos penais de privação de liberdade perderam de há muito o caráter intimidativo geral ou preventivo; e não são de modo algum reeducativos, como de fato deveriam, reduzindo-se somente ao aspecto retributivo, da denominada pena-castigo, ao alvitre dos induzidos por setores pouco responsáveis socialmente.

Assim, conveniente se faz a ponderação, principalmente no que toca ao legislador em distinguir o real significado do que é e do que não é um bem jurídico penal.

Logo, quão despropositada, como ineficaz, quanto a doutrina da intervenção máxima, é, por outro lado, a teoria abolicionista.

A virtude, então, está no meio-termo. Nem o Direito Penal máximo nem a eliminação do Direito Penal. Que se utilize o processo como meio de defesa social, mas que não se inviabilize o homem. Que se maneje a norma ou o procedimento eficazmente, mas que não se torture a consciência do indivíduo já sujeito às agruras da acusação.

Não só haver-se-á de considerar a necessidade da pena, em casos objetivos, mas também a significância das condutas para o próprio Direito; a relevância do bem atingido; a lesividade do proceder humano para a convivência harmônica da sociedade, de modo a ocorrer materialmente e processualmente uma intervenção mínima tanto na vida do cidadão sujeito passivo do processo penal quanto no contexto social no qual ele estiver inserido.

Enfim, mais do que o terror penal e do que a aflição processual, são necessárias a estabilidade, a firmeza, a justiça e a segurança da resposta estatal, pois o Direito Penal ao passo que é um bem para a sociedade pode transforma-se num meio de instabilidade social. E isto pode ser elevado à forma de axioma: o princípio da certeza, significando que, diante da infração, o processo penal deve ser sempre certo, efetivo, célere, cabal, para dar, proporcionalmente e razoavelmente, a cada um o que é seu. Não a sanção máxima, nem a mais dolorosa, mas a pena necessária e adequada, pois esta será sempre a pena justa

Como já foi acentuado, o legislador penal não encontra nos textos constitucionais um elenco definido e organizado dos bens que lhe cabe tutelar. Incumbe-lhe a tarefa de seleção, dentre os bens constitucionais, daqueles que deve proteger com suas sanções. É seu mister, nessa tarefa, definir os critérios que devem ser perquiridos, de uma forma clara e lesiva.

De um lado, necessária se fez uma valoração da relevância do bem a escolher, ou seja, sua significação, importância e determinação. Por outro viés, há de ter presentes as variadas formas com que podem ocorrer as lesões a tais bens, selecionando aquelas consideradas mais graves. E, dentre essas, as em que necessária se faz a intervenção da seara penal por insuficientes as outras sanções que a ordem jurídica dispõe para uma adequada e efetiva tutela. O critério básico, portanto, desse processo de escolha, há de guiar-se pelo princípio da *ultima ratio*, novamente, que, partindo da relevância do bem e da gravidade da lesão ao mesmo, faz com que se torne necessária a intervenção penal.

Faz-se mister enfatizar que inquestionavelmente estão a merecer a tutela do Direito Penal os bens ditos primários, indispensáveis à própria existência da sociedade, exemplificando, a vida, bem como a integridade corporal, a segurança e outros. E, ainda, outros tantos em que pela sua inviolabilidade, as constituições democráticas consagram, por constituírem as bases da estrutura jurídica sustentada pelo perfil ideológico que fundamenta tais constituições. É o caso, v. g., da liberdade, da propriedade e outros desta natureza.

Assim, é que Bitencourt⁷⁸, assegura que “o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico”. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do

⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 16ª ed., parte geral, volume 1, São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.43.

indivíduo e da própria sociedade. Como preconizava Maurach⁷⁹, “na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica”. Assim, o Direito Penal assume uma feição subsidiária e a sua intervenção se justifica no dizer de Munõz Conde⁸⁰ – “fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito. A razão desse princípio – afirma Roxin⁸¹ – “radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social.”

Neste discutir, Ripollés⁸² afirma que:

Identificada a danosidade social de certas condutas, o Direito Penal é visto na sociedade como um instrumento de controle social cujo emprego destina-se a prevenir, desta forma, condutas gravemente prejudiciais, sendo que essa convicção é plasmada em duas idéias : sua especialização na tutela de pressupostos essenciais para a convivência externa e a limitação de suas intervenções aos ataques mais intoleráveis a tais pressupostos imprescindíveis.

É, portanto, de ressaltar-se que a tutela de tais bens é feita na legislação penal de forma direta, mas também de forma indireta e mesmo preventiva.

Limitada, então, deve ser a criminalização somente à proteção de bens relevantíssimos, pois os ilícitos penais não abrangem a totalidade da área da ilicitude, constituindo apenas fragmentos desta. Logo, sendo a reação penal a *ultima ratio*, ela não pode ultrapassar na qualidade e na quantidade da sanção ao dano ou perigo causado pelo crime. Há de ser devidamente proporcional : estrita e evidentemente necessária. Em outras palavras, o Direito Penal é dotado de natureza fragmentária, portanto, proporcional, uma vez que justificar-se-á a sua tutela quando se verifica a sua devida necessidade.

Na elaboração, então, das normas jurídicas penais, como forma de uma boa técnica legislativa, assim rogamos, o legislador deve orientar-se não pelo clamor, a

⁷⁹ MAURACH, Reinhardt. **Tratado de derecho penal**. Tradução Juan Córdoba, Barcelona: Ed. Ariel, 1962, t.1, p.31

⁸⁰ CONDE, Munõz. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975, p. 60.

⁸¹ ROXIN, Claus , et alii, **Introducción al derecho penal by al derecho procesal penal**. Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 23.

⁸² RIPPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais;teoria e prática**; Tradução : Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2005, p. 149.

ponto de justificar que é representante do povo, ou agir à mercê de interesses próprios, como se os interesses rondassem somente diante de sua esfera privada, mas pela ingerência do Direito Penal como última via.

Ora, esta proclamação da intervenção mínima surgiu, de fato, com o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como modo de garantir que a intervenção do Estado no plano da individualidade deva dar-se unicamente no estrito necessário.

Porém, vemos que o legislador opta pela inflação legislativa, constituindo uma nomonia da legislação penal, ou seja, verdadeira excecência violadora dos princípios citados neste subcapítulo.

Neste sentido, Zaffaroni e Pierangeli comentam⁸³:

Se a intervenção penal é, efetivamente, violenta, e sua intervenção pouco apresenta de racional e resulta mais violenta, o sistema penal nada mais faria que acrescentar violência àquela que, perigosamente, já produz o injusto jushumanista a que continuamente somos submetido. Por conseguinte, o sistema penal estaria mais acentuando os efeitos gravíssimos que a agressão produz mediante o injusto jushumanista, o que resulta num suicídio.

Nesta linha de pensamento para a boa técnica legislativa, uma vez deduzida da fiel respeitabilidade aos princípios da intervenção mínima, como da *ultima ratio*, Roxin proclama que “Do conceito de proteção de bens jurídicos se infere, então, somente que, tratando-se de uma antecipação considerável da punibilidade, necessita-se fundamentar, especialmente porque isto é necessário para a proteção efetiva do bem jurídico”⁸⁴.

Muito esclarecedor o exemplo de Roxin⁸⁵, ao procurar-se de fato definir o que é ou não o é um bem jurídico para fins penais, senão vejamos :

Para tomar um outro exemplo, bastante controvertido : tampouco se pode fundamentar a punibilidade da obtenção e posse de haxixe para uso próprio – um comportamento punível na Alemanha e em muitas partes do mundo –

⁸³ PIERANGELI, José Henrique e ZAFFARONI Eugênio Raul; **Manual de direito penal**, V. 1, Parte Geral, 7ª ed., Revista dos Tribunais, 2007. p. 75.

⁸⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André CALLEGARI, Luis; GIACOMOLLI, Nereu José. 2ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009, p. 28.

alegando que o bem jurídico protegido seria a “existência de uma sociedade sem drogas”. Porque isso significa deixar sem resposta a questão decisiva, quanto a qual seria o dano social inevitável de outra maneira causado pelo consumo particular de derivados de cannabis.

Ao comentar a aceção de bem jurídico no Brasil, Roxin⁸⁶ afirma “acreditar não ser diferente o interesse pela noção da Teoria do bem jurídico” ao citar Tavares⁸⁷, “o qual delimita a ação legislativa com o critério do bem jurídico”, bem como Bittencourt⁸⁸, “o qual releva o caráter liberal da concepção de bem jurídico”.

Já Santiago Puig⁸⁹, neste particular, assevera que uma importante vertente para o direito de punir é o princípio exclusivo, o qual encontra destaque no Direito Penal da proteção de bens jurídicos. E conceitua como bem jurídico, o que segue :

el Derecho penal es necesario cuando lo exige la protección de los bienes jurídicos. Soy de los que han subrayado en nuestro país la función limitadora que ello atribuye al concepto de bien jurídico, pero también estoy convencido de que dicho concepto no basta para decidir cuándo es necesaria su protección por el Derecho penal.

E prossegue com o raciocínio :

No todo bien jurídico requiere tutela penal, no todo bien jurídico há de convertirse en un bien jurídico-penal. La doctrina no há contemplado normalmente este último concepto, sino que se há limitado a referirse al de bien jurídico. Aquí quisiera llamar la atención sobre la conveniencia de distinguir claramente el concepto de bien jurídico-penal. Querría reflexionar sobre las condiciones que han de ocurrir para que un bien jurídico merezca ser un bien bien jurídico-penal⁹⁰.

Neste caso, importante a ressalva de Streck⁹¹ ao insinuarmos que os bens jurídico-penais decorrem da Constituição, ao passo que, assim interpretando-se, não se pode olvidar de que o Estado-Legislador culmine em elencar ilimitadamente quais

⁸⁶ ROXIN, op. cit., 2006, p.35

⁸⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**; 2ª ed., Cidade: Belo Horizonte : Del Rey. 2001, p. 197.

⁸⁸ BITENCOURT, op. Cit., 2003, p.. 204

⁸⁹ PUIG, Santiago Muir. **Estado pena y delito**. Buenos Aires: B de F Ltda., 2006, p.85

⁹⁰ Ibid., p.85.

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz; **Verdade e consenso**. 3ª ed.. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2009, p. 110

os bens jurídicos que merecem a tutela penal, a fim de justificar a intervenção penal legislativa, senão assim assevera :

Nesse sentido, a pretensão efetiva é de que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição. A Constituição não é simples ferramenta; não é uma terceira coisa que se “interpõe” entre o Estado e a Sociedade. A Constituição dirige; constitui. A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento **ad hoc** de dispositivos “menos significativos” da Lei maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental. É o mínimo a exigir-se, pois !

Assim, “não se pode desvincular, jamais, da noção clara e precípua de que o Direito Penal, numa visão constitucional, exerce, sim, de fato, a garantia dos direitos humanos fundamentais”, como diz Luisi⁹².

Então, é necessário, a todo o momento, perseguir a correta compreensão de condicionar o legislador penal tanto no estatuir os tipos penais delituosos, como na fixação das modalidades de pena, pondo-lhe como missão e limite infranquiável a defesa dos direitos inerentes à pessoa humana, e dos direitos instrumentais, absolutamente necessários para a realização do convívio social. Este, ao lado da função de defesa do convívio social, é o desafio dos tempos que correm aos penalistas que se não quiserem fazer “involuir” a ordem jurídica, não podem esquecer a necessidade de completar a função da garantia dos Direitos Humanos que incumbe ao Direito Penal de nossos dias, como exigência derivada da incontestável prioridade axiológica do humano⁹³.

Diante de todo o escrito, para fins deste item, nesta dissertação, procuramos deixar claro que o legislador deve procurar, de pronto, na posição de Estado, ao mínimo interferir na vida do indivíduo, eis que esta não deve ser sua primeira opção (*prima ratio*) para dirimir os conflitos que tem em sua missão solucionar. Mas, isto sim, deve observar se aquele bem jurídico que está na ótica do poder legislativo depende da tutela penal, ou se não está apto a, antes, merecer a guarida de outro ramo do Direito. Isto, alertamos, para fins de evitar a vulgarização do próprio Direito Penal, sendo o legislador responsável por tal ocorrência, se houver.

⁹² LUISI; Luis. **Filosofia do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1993, p. 146.

⁹³ *Ibid.*, p. 155.

É de bom alvitre citarmos, para fins de reafirmar esta sustentação doutrinária, a lição de Reale⁹⁴:

[...]o recurso à intervenção penal cabe apenas quando indispensável, em virtude de que tem o Direito Penal caráter subsidiário, devendo constituir a *ultima ratio* e, por isso, fragmentário, pois o antijurídico penal é restrito em face do antijurídico decorrente do Ordenamento, por ser obrigatoriamente seletivo, incriminando apenas algumas das condutas lesivas a determinado valor, as de grau elevado de ofensividade.

Assim, ciente, pois, deve estar o legislador, uma vez que o uso excessivo do Direito Penal – e da própria pena – não garante uma maior proteção aos bens, mas, ao contrário, condena o sistema penal, inflando-o, reduzindo-o a uma função meramente simbólica e negativa.

Roxin⁹⁵ adverte que fácil não o é definir os limites á faculdade de impor tipos penais e suas respectivas penas, porém, procura dar sua posição que é de extrema contribuição para a partida da melhor compreensão das finalidades do Direito Penal, mais precisamente, no que tange à proteção de bens jurídicos, *in verbis* :

Meu ponto de partida é o seguinte : os limites da faculdade estatal de punir só podem resultar da finalidade que tem o direito penal no âmbito do ordenamento estatal. Quero descrever esta finalidade de uma maneira que ela possa ser objeto de consenso na cultura ocidental e também em vastas partes do mundo.

Independentemente disso, razoável se faz entender a verdadeira ou pelo menos buscar-se a real noção de elencar os bens jurídicos que merecem a tutela do Direito Penal. Assim, por conseguinte, o Estado deve perseguir a garantia de proporcionar a paz e a segurança voltados ao bem estar social por meio de eventuais proibições com o alicerce do Direito Civil, do Direito Administrativo, ou até mesmo com medidas extrajurídicas, deixando para última força de ação o Direito Penal. Sua prioridade numa sociedade democrática de direito faz com que se o Estado vá demonstrando sua incapacidade de regular as ações entre os homens.

⁹⁴ REALE JÚNIOR, op. cit., 2009, p.25.

⁹⁵ ROXIN, op. cit., 2006, p.32.

Logo, “os cidadãos transferem ao Estado a faculdade de utilizar o poder punitivo somente à medida que seja indispensável garantir uma convivência livre e pacífica, uma vez que a pena é, dada sua natureza e modo de opressão, a intervenção mais grave do Estado na liberdade individual”⁹⁶.

Logo, o princípio da intervenção mínima, como a *ultima ratio*, deve orientar qualitativamente a eleição de condutas abstratas merecedoras de pena, entenda-se, penalmente relevantes enquanto idôneas para ofender determinados bens jurídicos, o que deve ser observado quando do processo legislativo de criminalização.

Por fim, Sanchez⁹⁷, não deixa de fazer guarida a este entendimento :

Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva). Sem negar que à tal explicação possa atribuir-se alguma razão, creio seria ingênuo situar as causas do fenômeno de modo exclusivo na superestrutura jurídico-política, na instância “estatal”.

Ou, ainda, concluindo, Callegari e Welmuth⁹⁸ afirmam precisar haver uma humanização do Direito Penal brasileiro.

Portanto, os princípios são claros, nada de obscuridade, no que permeiam os aqui discriminados, com pacificação doutrinária, bastando para a eficaz técnica legislativa penal, seguir os mandamentos basilares, quais sejam, os princípios em comento.

A par disso, tem-se a refletir sobre a expansão do Direito Penal mundial, ante a tendência indubitável de surgimento de novos tipos penais, aliados à proteção de novos bens jurídicos, ou, até mesmo, do agravamento dos já existentes, dado o processo de globalização e o surgimento da denominada sociedade de risco, haja vista a contemporaneidade de uma sensação de insegurança social, pois, ao passo que houve uma evolução tecnológica global, por certo, paralelamente, houve, ainda que de modo escuso, um aumento de novas ameaças sociais, sendo que o aparato

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ SANCHEZ, op. cit., 2002, p. 23.

⁹⁸ CALLEGARI e WERMUTH, op. cit., 2010.

estatal não se antecipou a tal, gerando, por ora, um sentimento de aflição generalizada.

Logo, uma preocupação acerca de novas formas de criminalidade, por si só, fazem com que o Estado procure responder ao clamor social por uma maior e mais efetiva instrumentalização da segurança, implicando, desta forma, num alargamento do campo de atuação penalístico.

Já Callegari e Wermuth⁹⁹, na busca, ainda, da definição de bem jurídico, entendem o que segue, *in verbis* :

[...]Assim, a valoração constitucional de um bem jurídico não implica em absoluto a necessidade de sua tutela penal : nem nos casos onde a Constituição explicitamente encarrega ao legislador democrático a tutela penal do bem jurídico, pois neste ponto também vige o princípio de intervenção mínima e o caráter subsidiário do Direito Penal.

De acordo com o exposto e de acordo com um modelo de Direito Penal mínimo, a intervenção punitiva só pode justificar-se a respeito de condutas transcendentais para os demais e que afetem as esferas de liberdade alheias, sendo contrário ao princípio da ofensividade o castigo de uma conduta imoral, antiética ou antiestética que em absoluto invada as liberdades alheias e, especificadamente, incida na liberdade de obrar dos demais. Desse modo, pode-se afirmar que a dignidade do bem jurídico tem um duplo requisito : formal – sua relevância constitucional – e material – sua interferência nas esferas de liberdades alheias.

É, então, uma nova realidade social, um novo quadro, o qual, numa resposta ao medo imposto, deve, incontinenti, agir o aparato estatal de modo a inibir esta ascensão, fazendo com que o Direito Penal seja mais intervencionista, inclusive, com flexibilização de direitos e garantias, numa espécie desenfreada de que a seara criminal irá solucionar, de todo, os problemas sociais.

Este pedido social de maior proteção soa junto ao poder público e, em face de sua omissão diante dos fatores sociais empreendedores deste aumento da criminalidade, cria-se a cultura equivocada do “Direito Penal Emergencial”¹⁰⁰, numa acepção populista de que, através deste único meio, em breve será estancada a marginalização penal.

⁹⁹ Ibid., p. 129.

¹⁰⁰ Ibid.

De outro lado, tem-se nas escolas basilares deste estudo o regramento principiológico que norteia o Direito Criminal, o qual, assim sendo, deve sempre ser observado, sob pena de ofensa a regras próprias dos institutos penais, validada há anos, numa absoluta distorção da Ciência Penal.

Fala-se, portanto, neste caso, do caráter subsidiário desta parte do Direito, como sendo a *ultima ratio*, pois a resolução dos problemas sociais devem ser atendidas por tutelas extrapenais, a princípio, deixando este ramo penal como última instância e não ao contrário, como assiduamente se frisa.

Assim, cumpre neste estudo discorrer a partir do então explanado e mostrar, em uma segunda parte, a conseqüência derivada desta expansão particular do Direito Penal e se há efetivamente um paradoxo com a natureza histórica de subsidiariedade deste ou não, com amparo em conceitos que norteiam este estudo.

O Direito Penal apresenta-se na sociedade contemporânea, desde seus primórdios, como forma de inibir, de modo preventivo, ou mesmo, punir comportamentos socialmente nocivos, ou seja, que atinjam bens jurídicos penalmente protegidos.

Assim, tais bens são aqueles que possuem e merecem tutela penal, eis que, uma vez violados, serão objeto da guarida criminal com a força energética da punição comportamental.

Logo, segundo Reale¹⁰¹:

Em um Estado Democrático de Direito, a configuração penal – por se constituir na forma mais gravosa de interferência, com custos elevados ao infrator e também à sociedade – deve se ater aos fatos que atinjam valores por via de uma conduta efetivamente lesiva destes valores. A intervenção penal deve ser aquela necessária, como único meio, forte, mas imprescindível, para a afirmação do valor violado, e para a sua proteção, visando à manutenção da paz social.

Nas palavras do autor acima, a aplicação do Direito Penal e a execução das sanções decorrentes de sua aplicação concreta constituem, portanto, mais que um direito, um poder do Estado, poder que não cabe deixar de atuar, para assegurar a harmonia social, não deixando ao talante dos particulares a sua efetividade, pois do contrário, haveria, de um lado, uma *capitus diminutio*, com fragilização da soberania

¹⁰¹ REALE JÚNIOR, op. cit., 2009, p. 21

e, de outro, instalar-se-ia uma profunda insegurança jurídica para a sociedade, pois dependeria a eficácia da norma do interesse da vítima ou de sua família, e insegurança para o infrator, pois o Estado se autolimitaria a aplicar o ditame da lei, enquanto o ofendido entregar-se-ia aos excessos¹⁰².

Assim, finalizando a visão de Santiago, procura asseverar alguns pontos norteadores da noção de bem jurídico¹⁰³:

- a) primeiramente, deve-se perquirir se há um reconhecimento constitucional de um bem jurídico se realmente merece a interferência do Direito Penal na vida social, porém, não basta resolver-se num plano de recorrer à Constituição. Relevante pois, não prescindir da idéia de que a função primordial da constitucional não é regular comportamento dos cidadãos, mas estabelecer os pontos fundamentais do exercício do poder político. Logo, ao propugnar-se no prisma de reconhecimento de um bem jurídico, necessário se faz atentar que a Constituição limita, por outro lado, a intervenção estatal na vida dos cidadãos, não implicando entender que a ação do Estado é ilimitando podendo afrontar direitos fundamentais, requerendo, portanto, para seu estabelecimento um mínimo de ataque ao bem jurídico;
- b) por segundo, ao conclamar-se um bem jurídico penal, tem-se a verificar este á medida que afetam mais diretamente os indivíduos, oriundos de uma consciência social, ressaltando que no atual Estado social surge a idéia de que a questão do conjunto social merece tanto quanto a proteção jurídica aos indivíduos de forma singular, o que ocasiona um novo interesse coletivo;
- c) não basta constatar a importância abstrata do bem, mas seu real grau de afetação, gerando uma tensão entre o interesse coletivo e o interesse individual, pois gera um perigo se assim tomar-se como premissa a noção abstrata de bens jurídicos, pois não deve-se valer da classe genérica de interesses que a afetam, mas sim do diferente grau de implicação na vida social. Porém, ressalta, não bastar unicamente sua relevância social, mas é preciso não sejam para tais bens suficiente outros meios de defesa menos lesivos, como a intervenção administrativa ou civil. Aqui destaca-se que à medida que é necessário que os ataques penalmente sancionadores produzam um resultado efetivamente lesivo, basta, então, que ponham em perigo os bens jurídico-penais. E, culmina, com a idéia de que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é só um dentre os vários e distintos princípios que devem nortear a limitação do Estado de punir.

Numa evidente evolução social, em seus diversos aspectos, com o surgir de novas conquistas, novos anseios, novos comportamentos, tem-se, nesta via, o aparecimento de outras ações humanas que até então não eram motivo de

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ PUIG, op. cit., 2006, p.93.

preocupação penal, porém vão tornando-se ameaçadores daquela convivência pacífica ostentada.

Neste diapasão, a insegurança social torna-se latente, exigindo a sociedade uma intervenção estatal de reprimenda deste avanço. Diz-se, então, haver novas formas de criminalidade, as quais exigem uma ação estatal, buscando do Direito Penal esta resposta efetiva.

Segundo Sanchez¹⁰⁴,

[...]de qualquer maneira, mais importante que tais aspectos objetivos é seguramente a dimensão subjetiva de tal modelo de configuração social. Desde essa última perspectiva, nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da “insegurança sentida” (ou como a sociedade do medo).

Inevitável, pois, o chamamento à área penal, pois, como de todo conhecido, há uma sensação cultural de que esta esfera do Direito, talvez devido ao seu caráter sancionador, irá ser a resposta adequada a este clamor social.

Este fenômeno expansivo decorre, por certo, da globalização na qual a sociedade está inserida, numa miscigenação de culturas que acabam, por si só, em refletir na delinquência social com o surgimento de novas formas delitivas, conforme veremos no capítulo seguinte.

Neste ponto, como dito, a sociedade clama por segurança e, como ensina Callegari e Wermuth¹⁰⁵, o Direito Penal e as instituições do sistema punitivo tornam-se os meios privilegiadores para responder de modo eficaz a estes anseios.

Diante desta expansividade, com uma visível ameaça à democracia social, o Estado tem de armar-se em seu combate, de modo a estancar a proliferação desta nova criminalidade a qual, em sua essência, até pelo próprio desconhecimento de sua força destrutiva, atemoriza a soberania estatal.

É um desmantelamento do Estado de Bem-Estar, na expressão de Callegari e Wermuth¹⁰⁶, com uma lógica concentração do medo e aflição social. É, portanto, uma busca na garantia da ordem e segurança internas. Deriva daí a alarmente idéia do descontrole da sociedade, a confusão entre o bem e o mau, o certo e o errado,

¹⁰⁴ SANCHEZ, op. cit., 2002, p. 33.

¹⁰⁵ CALLEGARI e WERMUTH, op. cit, 2010.

¹⁰⁶ Ibid.

numa sensação de desalento que produz uma dificuldade de contato entre Estado e cidadão.

Porém, na busca da emergencial à resposta social, o Estado expande, numa criticada inflação legislativa, conforme Reale, a penalização de condutas, assentando o Direito Penal como o escudo do paradigma da proteção cidadã.

Como afirma Ripollés¹⁰⁷, “surge um novo modelo penal de segurança do cidadão, levando a intervenção penal a áreas de atuação até então fora de sua abrangência, ora decorrente da “*sociedad del riesgo*””.

Portanto, ao passo que a sociedade avança numa natural transformação do modo de proceder, paralelamente, o surgimento de novos comportamentos nocivos ocorrem, desencadeando um chamamento à expansão da seara penal.

Novamente expressa-se, então, de forma inequívoca que o Direito Penal seria o último recurso da política social. “O Direito Penal em relação a outras possibilidades de regulação é subsidiário, ou seja, ele apenas intervém em caráter acessório, quando nenhum outro recurso possa mais valer”¹⁰⁸.

Ora, assim sendo, o recurso à matéria penal é aconselhável em último caso, uma vez esgotadas outras possibilidades de sanar o dano, pois, a força punitiva criminal é tamanha que seu uso é de grau extremo.

Numa visão sintética, dado este caráter secundário deste ramo da ciência jurídica, haja vista que sua intervenção recai sobre direitos fundamentais, como a liberdade de locomoção, consagra a excepcionalidade de sua incidência numa clara e precisa demonstração que assume no tocante ao sacrifício de algumas liberdades.

Por isso que Reale¹⁰⁹ afirma que :

Tem o Direito Penal caráter subsidiário, devendo constituir a ultima ratio e, por isso, ser fragmentário, pois o antijurídico penal é restrito em face do antijurídico decorrente do Ordenamento, por ser obrigatoriamente seletivo, incriminando apenas algumas das condutas lesivas a determinado valor, as de grau elevado de ofensividade.(grifo do autor)

¹⁰⁷ RIPOLLÉS, op. cit., 2007, p.132.

¹⁰⁸ ROXIN; ARZT; TIEDEMANN, op.cit. 2007, p. 08.

¹⁰⁹ REALE JÚNIOR, op.cit., 2009,: p. 21.

Este mesmo autor assevera nesta linha de pensamento que a via extrapenal, sendo possível, deve prevalecer. Daí, por conseguinte, decorrem os princípios da intervenção mínima e fragmentariedade, como *extrema ratio*.

Logo, este revestimento que assume a área penalística deve ser de antemão observado pelo poder estatal, sob pena de acentuar o uso da lei penal de modo corriqueiro, ao invés de outros ramos do Direito aliviarem o problema, constituindo em verdadeira inversão de princípios que norteiam a aplicação racional da ciência jurídica.

O autor Ripollés¹¹⁰, ao comentar este tópico, assevera “que el derecho penal sólo debe actuar frente a las infracciones más graves a los bienes más importantes, y ello sólo cuando no existan otros medios sociales más eficaces.”

Resta, portanto, demonstrado que o Direito Penal tem a relevância de seu papel reconhecido na sociedade, porém não pode servir de supedâneo para toda e qualquer aflição social, num total desrespeito a sua essência, podendo, se for o caso, levá-lo à falência, em face da impossibilidade de lograr efeitos em relação a todos os clamores sociais.

O poder punitivo deve sim ser utilizado, contudo, o uso indiscriminado deste ocasiona grave ameaça a valores até então basilares da área penal, desvirtuando o vetor principal da lei penal, bem como a interdisciplinariedade entre os vários ramos do Direito, deixando ao cabo da esfera em comento o guardião dos anseios do cidadão centrado na falsa idéia de que o poder sancionador criminal deva ser implementado em primeira escala.

Poder-se-ia indagar se há, de fato, um paradoxo entre a expansão do Direito Penal hodiernamente vivida e o caráter subsidiário que lhe é peculiar.

Ora, são coisas distintas, pois o que tem-se como princípio vetor da função penal é que sua implementação tem limites, qual seja, como sobejamente antes explanado, a observância secundária de sua utilização.

Como já afirmara-se que a sociedade vem sofrendo um processo de institucionalização de novas culturas, tecnologias inovadoras, redundando em novas relações sociais e que culminam em aumento ou surgimento de uma nova criminalidade, até então desconhecida, razoável se faz a intervenção penal.

¹¹⁰ RIPOLLÉS, op. cit., 2007, p. 63

O raciocínio é claro : diante destas novas demandas sociais, não sendo possível a contenção por outros meios afora a lei penal, justifica-se sua intervenção. Contudo, o preocupante é que esta inovação de novos comportamentos crescem em progressão geométrica e, sendo preciso, a interferência penal cresce em paralelo, parecendo fazer com que se esteja inobservando o princípio da ultima ratio, estabelecendo-se, para quem assim pensa, verdadeiro paradoxo.

Mas se tais condutas humanas surgem no meio social, não alijadas por outros mecanismos jurídicos, totalmente justificado o recurso à instância punitiva penal. Logo, esta análise deve ser cautelosa, a fim de que seja sempre efetuada a seleção daquilo que precisa e daquilo que não precisa da tutela penal.

Assim, Sanchez¹¹¹ alerta que

Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios que tranqüiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva). Sem negar que à tal explicação possa atribuir-se alguma razão, creio seria ingênuo situar as causas do fenômeno de modo exclusivo na superestrutura jurídico-política, na instância “estatal”.

Portanto, é salutar separar-se a idéia de que a real expansão do Direito Penal implica, necessariamente, num retrocesso de ofensas a princípios basilares deste. É uma realidade que a sociedade vem observando e que o uso da lei penal, sendo necessária, é de todo plenamente adequado.

Frize-se, neste caso, o que reputa-se inadmissível seria que a insegurança do cidadão, por si só, frente a tais novos comportamentos, seja a motivação para o recurso à lei penal, havendo, então, afronta á natureza secundária do mecanismo em tela.

Assim, é louvável o avanço da área penal, eis que, hodiernamente, mais do que nunca, demonstra-se que a sociedade acredita na potencialidade da lei punitiva, porém não se pode permitir que com isso venha a desencadear o uso desenfreado

¹¹¹ SANCHEZ, op. cit., 2002, p. 23.

deste recurso, sob pena de estabelecer-se verdadeiro desvirtuamento da função penalística.

Ao passo que novos bens jurídicos venham a surgir, o caráter da seletividade penal deve ser observado, evitando-se a banalização da esfera criminal, passando uma última instância para uma primeira instância de refúgio social, fazendo uma inversão de vetores principiológicos, vindo, se for o caso, montar-se ou inventar-se um novo “Direito Penal”, montado, unicamente, para dar resposta ao anseio social, fazendo deste um instrumento meramente político.

Logo, paradoxo, por claro está, não haver entre a expansão do Direito Penal e seu caráter de subsidiariedade, porém, ressalvas sejam feitas, que o poder estatal não está autorizada a inflar esta seara, pois, de modo cuidadoso, deve perquirir primeiro sobre outras formas menos ofensivas à resolução dos clamores sociais, preservando esta área como último recurso, mantendo a respeitabilidade deste viés.

É muito mais que isso, diga-se, avaliar, antes de tudo, a base do Direito Penal, qual seja, os princípios que o norteiam, seja na feitura legislativa, seja na aplicação da lei no caso apresentado.

Além disso, vê-se, desta forma, o respeito a um dos princípios mais relevantes da seara criminal, como sendo o Direito Penal como “*ultima ratio*”. Logo, os ilícitos que permeiam a sociedade devem ser primeiramente resolvidos por outras áreas do Direito, o que não sendo possível, é que deve ser objeto daquele.

Como assevera Santos¹¹²,

A repressão penal deve ser o último instrumento utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis. Mas não utilizada da maneira como vem sendo feita, paralelamente a outros procedimentos de natureza não-penal, como tem ocorrido especialmente nos crimes econômicos e tributários. Devem ser esgotadas as opções não-penais, antes de iniciar-se a persecução penal.

Por estas razões, é que compreender o Direito Penal é saber a sua real função, explicadas pelos diversos princípios que lhe são próprios, ainda que muitos queiram transformar este ramo do Direito na solução única dos problemas que afetam a sociedade nos dias de hoje.

¹¹² SANTOS, André Copetti. **Direito penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre : Livraria do Advogado , 2000, p. 87.

Neste escrito, há de lançar mão de argumentos sobre o papel dos princípios na feitura da norma pelo legislador, qual seja, o respeito a estes como fonte de sustentáculo para a validade de sua imposição.

Assim, verifica-se, diante disto, que há uma omissão deste Poder da República, onde situações sociais que clamam por uma regulamentação legal estão a aguardar a disponibilidade parlamentar.

Não acostumados a esperar, os segmentos sociais usufruem do acesso irremediável à Justiça na busca da efetivação de seus direitos, fazendo com que o Poder Judiciário venha a estabelecer políticas de cunho social, através de adoção de decisões políticas, que, até então, seriam dos governantes ou do próprio legislador.

É, então, uma nova realidade social, um novo quadro, o qual, numa resposta ao anseio social, deve, incontinenti, agir o julgador fazendo com que o Direito alastre-se como forma a dar relevância cada vez maior à jurisprudência, fazendo com que a forma de decidir apenas segundo a lei é medida não mais usual, pois as decisões judiciais passam a assumir natureza também política, fazendo dos precedentes, segundo a visão de Maccormick¹¹³, verdadeiros elementos basiladores de justificação de decisões judiciais, logo, implicam num total aumento das funções do Poder Judiciário em detrimento ao papel do legislador que começa a encarar sua real necessidade de existência.

“A sociedade delimita o que é correto ou incorreto no que tange as ações humanas, o que neste caso denominamos de normas morais”¹¹⁴. Decorre da própria organização cognitiva social, e como tal em tese deveria ser criteriosamente respeitada da maneira mais simplória possível, ou seja, obedecendo tais regras morais em questão, sem mesmo que houvesse questionamento, isso em um modelo ideal.

O Direito Penal tipificando as condutas socialmente refutadas (caracterizando-as como delitos), considerando determinadas condutas como juridicamente permitidas (como nos casos de excludentes de ilicitude), entender como desnecessária a atuação frente alguns delitos por sua mínima ofensa (princípio da insignificância ou bagatela), bem como analisar o perfil da delinquência (criminologia), e, por consequência, atuando visando combatendo-as.

¹¹³ MACCORMICK, op. cit., 2008.

¹¹⁴ SANCHEZ, op. cit., 2002. p. 58.

Tem-se, portanto, que o Direito Penal é o instrumento de combate à criminalidade, frente a condutas delituosas alheias devidamente positivadas que divergem da ética e moral da sociedade.

Neste diapasão, o Direito Penal deve ter como função precípua o combate e prevenção desta criminalidade de forma efetiva.

Neste contexto, trata Rocco¹¹⁵:

[...] esta es, principalmente, si no em forma exclusiva, la tarea y función de la ciencia del derecho penal: la elaboración tecnicojurídica del derecho penal positivo y vigente, el conocimiento científico y no simplemente empírico del sistema del derecho penal, tal como es em virtud de las leyes que nos gobiernan.

As ações elaboradas deveriam possuir caráter de cunho coercitivo e preventivo, entretanto, deve respeitar a realidade vivida em cada região de forma compatível com as características e peculiaridades da população¹¹⁶, bem como traçar um planejamento de execução desta política criminal.

Ainda nesta seara, Busato e Huapaya¹¹⁷ tratam do tema:

A integração entre homens gera necessariamente regras de convivências que configuram uma certa ordem social. Esta ordem social é promovida por instituições como a igreja, a família, o trabalho etc., as quais são capazes de sancionar, a seu modo, um comportamento que não corresponde ao esperado dentro do entorno social (agentes de controle social informal). Mas este controle social espontâneo e informal não basta para a manutenção da ordem social, com o que se faz necessária uma ordem jurídica, que formalmente se impõe de modo mais intenso. Dentro desse marco jurídico é o Direito Penal quem se ocupa da parte mais grave dos desvios de conduta.

Esta é conceitualmente a função precípua do direito penal, ao qual se deve desenvolver um modelo de política-criminal, atentando-se que são previamente definidos quais os bens jurídicos que devem ser objeto de tal tutela, conforme o princípio da legalidade, bem como esta tutela será exercida.

¹¹⁵ ROCCO, Arturo. **El problema y el método de la ciencia del derecho penal**. Bogotá: Editorial TEMIS Librería, 1982. p. 15.

¹¹⁶ BITENCOURT, op. cit., 2008.

¹¹⁷ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 78.

Exemplificando, Bitencourt¹¹⁸ entende que:

O direito penal protege, dentro da sua função ético-social, o comportamento humano daquela maioria capaz de manter uma mínima vinculação ético-social, que participa da construção positiva da vida em sociedade por meio da família, escola e trabalho. O direito penal funciona num primeiro plano, garantindo a segurança e a estabilidade do juízo ético social da comunidade, e, em segundo plano, reage, diante do caso concreto, contra a violação ao ordenamento jurídico social com a imposição da pena correspondente. Orienta-se o direito penal segundo a escala de valores da vida em sociedade, destacando aquelas ações que contrariam essa escala social definindo-as como comportamentos desvaliosos, apresentando, assim, os limites da liberdade do indivíduo na vida comunitária. A violação desses limites, quando adequada aos princípios da tipicidade e da culpabilidade, acarretará a responsabilidade penal do agente. Essa consequência jurídico-penal da infração ao ordenamento produz como resultado ulterior o efeito preventivo do direito penal, que caracteriza a sua segunda função.

Neste raciocínio Sanchez¹¹⁹ diz que “O Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes.”

Esta citação já nos permite depreender que o Direito Penal só se mobiliza nos casos de considerável ofensa ao bem jurídico que está se protegendo, ignorando a criminalidade de bagatela.

Dentre o que definimos como bens jurídicos penalmente tuteláveis, temos uma vasta gama de classificações, desde os de ordem materiais ou corpóreos e imateriais¹²⁰, onde o primeiro tem por característica a materialidade do próprio bem, como a existência de um equipamento que foi o objeto do furto, ou a integridade física que foi infringida em uma lesão corporal, ou até mesmo o bem da vida que foi esbulhado no caso de um homicídio cometido.

De outra banda, temos os bens jurídicos imateriais, que não guardam sua existência de forma física, mas situam-se na área subjetiva do indivíduo. Exemplo destes bens jurídicos pode citar a honra de uma pessoa, onde uma vez que ela é ofendida o Direito Penal atua de forma a reparar o dano causado pelo fato típico que originou o delito.¹²¹

¹¹⁸ BITENCOURT, op. cit., 2011, p.40

¹¹⁹ SANCHEZ, op. cit., 2002, p. 27.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Para melhor aproveitamento do presente trabalho não nos atermos mais profundamente nas especificações dos bens jurídicos materiais ou imateriais, tão somente citando sua principal característica para elucidar sua classificação.

“Toda a discussão no que tange aos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal deve ser analisada conjuntamente com a situação atual da realidade social em um sentido amplo”¹²².

Nesta esteira, temos o Direito Penal como o último recurso para a prevenção e extirpação da criminalidade, personificada na atuação estatal, detentora do poder coercitivo do Estado frente aos denominados “delinquentes”, ou seja, sujeitos ativos da ação delituosa.

Tem-se a idéia de que o Direito Penal seria a *ultima ratio*, ou seja, que seja como instrumento a ser utilizado a partir da impossibilidade da obtenção da pretendida tutela de forma extrapenal, para a solução dos conflitos.

Esta idéia deriva justamente do pensamento de que o Direito Penal deverá atuar somente frente aos casos excepcionais, ou seja, quando não há forma paralela de atuação, pois neste caso somente se justificaria a atuação do Direito Penal, uma vez que de outra forma o bem jurídico estaria à mercê, ou seja, sem a necessária proteção que lhe seria merecida. Porém, não está-se a afirmar que exista autorização para que se tipifique qualquer conduta, de modo ilimitado, mas sim somente aos que necessitem a real ação enérgica do Direito Penal.

Decorre da visão das estruturas penais como *ultima ratio* o seu emprego sempre como última instância na composição de conflitos. Equivale a *definir* o emprego do Direito Penal como forma subsidiária de resolução de problemas.

Assim, o Direito Penal não deve interferir de modo irrestrito na vida social, destituindo o Homem de sua autonomia e liberdade, eis que constitucionalmente consagrados.

Desta forma, a lei penal, por si só, não pode encarada como a primeira opção de que tem o Estado a se valer, ou seja, *prima ratio*, do legislador para compor conflitos que permeiam a sociedade, os quais, de uma forma ou de outras, sempre far-se-ão presentes.

Então, nesta visão basilar, facilmente percebe-se que existem outros ramos do direito que podem dar guarida a tais distorções sociais, compondo-as de modo profícuo, sem que necessite o Estado usar do aparato penal.

Por isso, diante deste contexto hodierno, Arán¹²³ proclama que “o direito penal deve conseguir a tutela da paz social obtendo o respeito à lei e aos direitos

¹²² SANCHEZ, op. cit., 2002, p. 27.

dos demais, mas sem prejudicar a dignidade, o livre desenvolvimento da personalidade ou a igualdade e restringindo ao mínimo a liberdade.”

Nesta visão, novamente demonstra-se que a penalidade deverá ser aplicada somente nos casos extremos, onde a tentativa extrajudicial se fez ineficaz. Isso devido a caracterização da pena, tendo como parâmetro a pena privativa de liberdade, como efeito mais lesivo existente no aspecto punitivo frente agente que cometeu o delito.

É na lição, então, de Zaffaroni e Pierangeli¹²⁴ que:

[...] em parte, os sistema penal cumpre a função de *criminalização seletiva dos marginalizados*, para conter os demais e, também, em parte, quando os outros meios de controle social fracassam, o que, por conseguinte, não tem o sistema a mínima dúvida em *criminalizar pessoas dos próprios setores hegemônicos*, a fim de que seja mantidos e reafirmados em seu rol, e não desenvolvam condutas prejudiciais à hegemonia dos grupos a que pertencem, ainda que este fenômeno seja menos freqüente (criminalização de pessoas ou de grupos contestadores pertencentes às classes média e alt. Ou, ainda, em parte, pode-se ter casos em que a criminalização de marginalizados ou contestadores não atenda a nenhuma função em relação aos grupos a que pertencem, mas unicamente sirvam para levar uma *sensação de tranquilidade aos mesmos setores hegemônicos*, que podem sentir-se inseguros por qualquer razão (geralmente, por causa da manipulação dos meios massivos de comunicação).

Tanto o é que Ripollés¹²⁵, afirma que “basta dizer que a exigência de danosidade social do comportamento o distingue de outro tipo de condutas às quais já não se poderia predicar esta qualidade, dado que não afetariam a convivência social externa”.

O Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal¹²⁶ e do Superior Tribunal de Justiça¹²⁷, como exemplos, conclama tal princípio, na virtude de preservar a natureza última do Direito Penal.

¹²³ ARÁN, Mercedes Garcia. **Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad em el Código Penal de 1995**. Pamplona : Aranzadi, 1997, p. 136.

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**, Volume 1; Parte Geral; 7ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, Brasil, 2007, p. 72.

¹²⁵ RIPPOLLÉS, op. cit., 2005, p. 146.

¹²⁶ Habeas Corpus. Estelionato. Lesão patrimonial de valor insignificante. Incidência do princípio da insignificância. Atipicidade da conduta. Precedentes. Ordem concedida. Constatada a irrelevância penal do ato tido por delituoso, principalmente em decorrência da inexpressividade da lesão patrimonial e do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, é de se reconhecer a atipicidade da conduta praticada ante a aplicação do princípio da insignificância. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal. Incidência dos princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência

Portanto, caso o legislador não o observe no momento de realização da norma penal, ou mesmo o Poder Executivo quando da sanção ou veto do projeto de lei, o Poder Judiciário aplica (ou deveria aplicar) a exata compreensão e noção do princípio em comento, na busca incessante de preservar o caráter de ultima ratio que norteia o Direito Penal.

de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. Precedentes. Ordem concedida para o reconhecimento da atipicidade da conduta.

¹²⁷ CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO AÇÃO PENAL. QUESTÃO DISCUTIDA PELO TRIBUNAL A QUO. POSSIBILIDADE DO PLEITO NA PRESENTE VIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. FURTO. POLICIAL MILITAR. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ART. 240, § 1º DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ORDEM DENEGADA. I - Não obstante tenha o Tribunal de Justiça Militar Estadual denegado a ordem ao argumento de que a aplicação do princípio da insignificância para o trancamento da ação penal é questão de mérito, o tema objeto do presente "writ" foi tratado pelo Tribunal a quo, sendo certo que no voto vencido houve não só efetiva discussão acerca da aplicação do princípio no caso em análise, como foi proferido no sentido de determinar o trancamento da ação penal. Assim, é viável a análise, por esta Corte Superior, da questão ora trazida a debate. II - O trancamento da ação penal, por meio de habeas corpus, é medida excepcional, sendo somente admissível quando patente nos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. III - Esta Corte, por várias vezes, tem determinado o trancamento de ação penal em sede de habeas corpus nas hipóteses em que resta configurada a atipicidade da conduta ante a incidência do princípio da insignificância, não havendo que se falar que a questão demanda análise do mérito a ser apreciada no curso do processo. IV - Para a caracterização do fato típico - conduta considerada lesiva a determinado bem jurídico que deve ser tutelado - devem ser levados em consideração três aspectos: o formal, o subjetivo e normativo ou material. A tipicidade formal consiste na perfeita subsunção da conduta do agente ao tipo previsto abstratamente pela lei penal. O aspecto subjetivo refere-se ao estado psíquico do agente. Por sua vez, a tipicidade material refere-se à realização de atividade valorativa, implicando um juízo de valor para se aferir se determinada conduta possui relevância penal. V - Quando a conduta se subsume perfeitamente ao tipo abstratamente previsto pela norma penal, não possuindo, entretanto, relevância jurídica por não produzir uma ofensa significativa ao bem jurídico tutelado, há a configuração apenas da tipicidade formal, restando afastada a tipicidade material. Nesta hipótese, ante ao princípio da intervenção mínima, afasta-se a aplicação do Direito Penal. VI - O princípio da insignificância revela-se quando condutas que se amoldam formalmente a determinado tipo legal, não apresentam relevância material, sendo afastada liminarmente a tipicidade penal. VII - O Supremo Tribunal Federal, ao delimitar a aplicação do princípio da insignificância, registrou que devem ser observados os seguintes requisitos: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. VIII - Na hipótese dos autos não se verifica a presença de todos os requisitos para a aplicação do princípio em comento. Conquanto possa se afirmar haver a inexpressividade da lesão jurídica provocada -por ser considerada ínfima a quantia alegada pela impetrante R\$ 0,40(quarenta centavos de Real) - verifica-se na hipótese alto grau de reprovabilidade da conduta do paciente, policial militar, fardado, que, no seu horário de serviço, subtraiu uma caixa de chocolates, colocando-a dentro de seu colete a prova de balas. IX - O policial militar representa para a sociedade confiança e segurança. A conduta praticada não só é relevante para o Direito Penal como é absolutamente reprovável, diante da condição do paciente, de quem se exige um comportamento adequado, ou seja, dentro do que a sociedade considera correto, do ponto de vista ético e moral. X - No art. 240, § 1º do Código Penal Militar, criou o legislador uma causa de diminuição de pena ao furto atenuado, havendo a permissão - caso o agente seja primário e de pequeno valor a coisafurtada - para que o juiz da causa substitua a pena, a diminua ou considere a infração como disciplinar. Note-se que o dispositivo não pode ser interpretado de forma a trancar a ação penal, como quer a impetrante, sendo certo que competirá ao juiz da causa, após o processamento da ação penal, considerar ou não a infração comodisciplinar. XI - Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.

A observância dos princípios penais, no caso, na decisão dos julgadores, desde que corretamente aplicados, qual seja, como já falamos, no intento de aplicá-los conforme a Constituição, evita, por si só, o “solipsismo judicial”, ou seja, “as decisões conforme a consciência do julgador”.

A conclusão levada a efeito disso, é que somente podem ser condicionadas à espécie de crime, as condutas que, de fato, obstaculizam o satisfatório estado de convivência da sociedade. Desta forma, o princípio da intervenção mínima penal implica tanto na abstenção do direito penal de intervir em certas condutas, seja em razão do bem jurídico atingido, seja pelo modo com que veio a ser atacado, denotando a natureza fragmentária que lhe é peculiar como também a sua utilização em termos de último argumento. Neste caso o sistema punitivo em epígrafe é conclamado a interceder de forma subsidiária.

Neste diapasão, repita-se, sem medo de ser enfadinho, haja vista a relevância do que se sustenta, tão-somente quando não haja outros meios de controle social, os quais são de várias ordens, desde o plano administrativo vão ao plano cível.

Por isso, o Estado deve evitar a penalização de comportamentos por si só insignificantes para a área penal, impondo penas ofensivas à dignidade humana. Tal postulado encontra eco na Constituição Federal, a qual assegura direitos tidos como invioláveis tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, bem como colocando como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Daí ser natural que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se torne possível, caso seja estritamente necessária a imposição da sanção penal, a fim de garantir bens essenciais ao homem .

Conclui-se, pois, que o princípio da intervenção mínima, desta forma, é composto a partir da verificação do grau que o binômio subsidiariedade e fragmentariedade assumem.

Por outro lado, sendo o Direito Penal a forma mais desesperada de intervenção do Estado na vida social, sua estirpe fragmentária, antes de representar um defeito, se apresenta como uma vertente, na medida em que impõe o limite imprescindível a um totalitarismo da proteção estatal, no caso prejudicial no âmbito de um Estado Democrático de Direito. Assim é que a natureza da fragmentariedade do Direito Penal trata de um limite material do *ius puniendi*, qual seja de natureza político-criminal, que tem a sua origem oriunda do princípio da intervenção mínima.

A criminalização de determinada conduta que ofenda bens ou valores fundamentais de forma grave ou que os tenha exposto a perigo idôneo só se justifica por outros meios de controle social, seja formal ou informal, menos onerosos, o que caracteriza o direito criminal como sendo subsidiário. Logo, a fim de se tipificar determinada conduta, não basta que o bem jurídico tutelado possua dignidade ou *status* penal. Deve-se verificar se a conduta que está criminalizando, e, por outro lado, protegendo determinado bem jurídico, é, de fato, danosa para a sociedade – tanto que justifique a sua subsunção em um tipo penal. Estabeleceu-se, nessa ordem dos fatos, que o direito penal deve ser considerado como a *ultima ratio* da política social, demonstrando a natureza fragmentária ou subsidiária da tutela penal. Logo, só deve interessar ao direito penal e, portanto, ingressar no âmbito de sua regulamentação, aquilo que não for pertinente a outros ramos da ciência direito.

Portanto, ante a constatação de que em toda a sociedade existe o fenômeno dual “hegemonia-marginalização”, e que o sistema penal tende, geralmente, a torná-lo mais agudo, impõe-se buscar uma aplicação das soluções punitivas da maneira mais limitada possível. Igualmente, a constatação de que a solução punitiva sempre importa num grau considerável de violência, ou seja, de irracionalidade, além da limitação do seu uso, impõe-se, na hipótese em que se deva lançar mão dela, a redução, ao mínimo, dos níveis de sua irracionalidade.¹²⁸

Esta linha de limitação da intervenção punitiva e redução da irracionalidade (ou violência) da mesma, é o que se denomina princípio da intervenção mínima¹²⁹.

Assim, a idéia predominante é a de que o Direito Penal assuma um caráter restritivo, pois se há uma intromissão estatal na vida do cidadão, a qual dá-se quando estritamente necessária, por outro lado, tem que haver uma espécie de contenção do abuso do Estado contra este próprio cidadão. Logo, ao passo que se considera conveniente uma ação positiva do Estado em proteger a sociedade, tem-se que deve, também, existir meios de controle a esta ação repressiva.

Na esteira incensata de auferir-se um conceito de bem jurídico, conforme Dias¹³⁰, temos a compreender e raciocinar da seguinte forma :

¹²⁸ ZAFFARONI e PIERANGELI, op. cit., 2007, p. 74.

¹²⁹ Ibid., p. 74.

¹³⁰ DIAS, Jorge Figueiredo Dias. **Questões Fundamentais do Direito Penal**. São Paulo: Revisitadas; editora Revista dos Tribunais; São Paulo, SP, 1999, p. 65.

Uma concepção teleológica-funcional e racional do bem jurídico – que hoje se impõe, para que a noção se legitime – exige dele que obedeça a uma série mínimam, mas irrenunciável de condições. O conceito deve traduzir, em primeira linha, um qualquer conteúdo material, uma certa “corporização” (deve ser, nesta aceção, “substanciável”), para que se possa arvorar em indicador útil do conceito material de crime; não bastando por isso que se identifique com os preceitos penais cuja essência pretende traduzir, ou com qualquer técnica jurídica de interpretação ou de aplicação do direito. Ele deve servir, em segundo lugar, como padrão crítico de normas constituídas ou a constituir, porque só assim pode ter a pretensão de se arvorar em critério legitimador do processo de criminalização e de descriminalização; nesta aceção, pois, ele só pode surgir, não como imanente ao sistema normativo jurídico-penal e dele resultante, mas antes como noção transcendente – neste sentido trans-sistemática – relativamente àquele. Ele deve finalmente ser político-criminalmente orientado e nesta medida, também ele, intra-sistemático relativamente ao sistema social e, mais concretamente, ao sistema jurídico-constitucional. O problema é determinar de que forma pode o conceito obedecer a todas estas exigências e, do mesmo passo, lograr a materialidade e a concreção indispensáveis para que se torne utilizável na tarefa prática de aplicação do direito penal.

Inobstante isso, Dias¹³¹ alerta que

[...]A crítica que, em meu modo de ver, se deve dirigir a este conjunto (não homogêneo, em todo o caso) de concepções não é o da sua inexatidão, mas a da sua irremediável **insuficiência para os efeitos práticos da aplicação do direito**. É exato ser no sistema social, enquanto tal, que se deve ver em último termo a fonte legitimadora e produtora da ordem legal dos bens jurídicos. Mas com apelo direto a um tal sistema é absolutamente impossível emprestar ao conceito de bem jurídico a indispensável concretização. Com uma via para a alcançar só se depara quando se pensa que os **bens jurídicos dignos de tutela penal** (em **bens jurídico-penais**) através da **ordenação axiológica jurídico-constitucional**¹³².(grifo do autor)

Novamente com Ripollés¹³³, a sociedade deve se proteger coletivamente ante condutas que afetam as necessidades da convivência social externa, condutas que em tal medida poderiam ser consideradas socialmente danosas.

A conclusão que daí advém é a de que a intervenção penal somente encontra eco para fins absolutos de proteção dos cidadãos.

Porém, Puig¹³⁴ alerta que a intervenção mínima é congruente com o Estado Social, contudo, há um perigo em dobro, senão vejamos, *in verbis* :

¹³¹ Ibid., p. 66.

¹³³ RIPPOLLÉS, op. cit., 2005, p. 146.

¹³⁴ PUIG, op. cit., 2006, p. 78.

Por una parte, um Estado intervencionista puede caer em la tentación de utilizar el Derecho Penal como uno apoyo de una política de gobierno determinada. Es éste el riesgo más intolerable, que tiende a la maximalización de la eficacia del poder público. Por outra parte, el Estado social puede confundir la necesidad de favorecer determinados intereses colectivos, **difundidos** entre amplias capas de la población , con la conveniencia de una intervención penal para prevenir su ataque. La bondad de una acción de gobierno para la colectividad no justifica, **sin más**, que busque el apoyo em um arma tan lesiva como el Derecho Penal.(grifo do autor)

Nesta esteira, fica claro que o Direito Penal, ante esta carácter subsidiário que lhe é próprio, assume ou deveria assumir uma progressiva abolição do carácter repressivo, com a substituição da sua maior vertente que é a pena.

Portanto, como acentua Puig¹³⁵, deve-se reflexionar sobre os critérios que orientam o legislador na decisão de análise se uma nova matéria deve, de fato, sofrer a intervenção penal, sob pena, assim vemos, de um descontrole da ação legislativa penal.

Por conseguinte, se assim não o for, pode-se recair em uma inflação penal legislativa, sendo o Direito Penal o meio rápido e eficaz para sair de situações de emergência com o aparecimento de novos problemas, assumindo o Estado seu poder sancionador em condutas que não se verificaria a intervenção penal, atingindo fatos que são tão só de natureza administrativa ou civil. É uma sincera desobediência ao princípio em voga.

No entanto, ainda assim, Roxin não deixa de ser um funcionalista, sendo o funcionalismo uma diretriz de que o Direito Penal deve ser estruturado e aplicado de acordo com sua função, na visão de aplicar-se o direito posto, sobretudo à luz da Constituição. É o defendido funcionalismo moderado, teleológico, valorativo, ao passo, cita-se, em contraponto ao funcionalismo denominado de Radical, defendido por Jakobs, preconizado a partir de um funcionalismo sistêmico, segundo orientado por Luhmann¹³⁶. Portanto, Roxin¹³⁷, nesta luta pela eleição de um conceito de bem jurídico que venha legitimar a instituição inequívoca da aplicação *in concreto* do princípio da intervenção mínima, é que ensina que o conceito de bem jurídico que se defende é também um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, na medida em que pretende mostrar ao legislador a fronteiras de uma punição legítima. Ele se

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ LHUMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. México : Iberoameriacna, 2002.

¹³⁷ ROXIN, op. cit., 2009. p. 20.

diferencia do assim denominado conceito metódico de bem jurídico, segundo o qual como bem jurídico unicamente se deve entender o fim das normas, a *ratio legis*. Este conceito de bem jurídico deve ser rechaçado, pois não aporta nada que vá mais além do reconhecido princípio de interpretação teleológica.

De qualquer modo, frise-se, o conceito de bem jurídico mudou na transcendência histórica da antijuridicidade formal, intrínseca ao positivismo jurídico, para uma antijuridicidade material, conforme Ripollés¹³⁸, porém, “nas últimas décadas, abusou-se destas potencialidades que só se pode considerá-lo em boa parte como um fetiche, cuja simples menção tem o poder de justificar praticamente qualquer coisa”. Assim, a realidade, no entanto, é que a discussão em torno da existência ou não de um bem jurídico protegido e qual seja esse tem muitas vezes um conteúdo senão unicamente nominalista, o que fica demonstrado por sua escassa capacidade discriminatória em temas como as condutas imorais a que acabamos de aludir ou a polémica sobre os denominados bens jurídicos coletivos, acima relatado.

Portanto, é que Hefendehl e Seher¹³⁹ proclama, *in verbis* :

Los distintos planteamientos dentro de la teoría del bien jurídico son tan variables como el mismo concepto que as aglutina, el de –bien jurídico-. Abarcan desde la rigidez de teoría personal del bien jurídico de Hassemmer a concepciones estructuralmente abiertas (Schunemann, Wohlers), pasando por un dubitativo distanciamiento del bien jurídico como criterio de legitimación de normas (Stratenwerth). Todos, no obstante, comparten el carácter de elemento crítico de justificación. En el plano de la práctica, la legislación y la jurisprudencia no dejan de crear nuevos –bienes jurídicos-, que imponen a la ciencia una doble exigencia alternativa : o la integración en la doctrina existente de nuevos fines de protección justificados, o el rechazo de pretensiones político-criminales con los principios ético-penales.

Isto ocorre e seria fácil de ser visualizado, caso o legislador atentasse para o fato de que a seara penal distingue-se dos demais ramos do Direito pelo seu gerenciamento mais sancionador, mais grave, bem como de uma maior desvalorização daqueles que infringem suas normas. Esta premissa tem que estar presente para a necessária compreensão deste fenômeno.

¹³⁸ RIPPOLLÉS, op. cit.; 2005, p. 148.

¹³⁹ HEFENDEHL, Roland (ED.). SEHER, Gerhard. ? **La teoría del bien jurídico, fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático** ? Presentación de Enrique Gimbernat; Marcial Pons, Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, s.a., Barcelona, 2007, p. 71.

Contudo, ressalva-se, que esta teoria do bem jurídico, não é a salvadora da pátria, eis que não resolve, por si só, a conceituação de bem jurídico. Neste caso, Streck e Copetti¹⁴⁰, ensinam que há uma grave e contundente controvérsia acerca da extensão e da função deste conceito de bem jurídico, a partir do dissenso surgido entre uma posição dos penalistas considerados liberais, os quais defendem uma visão imensamente restrita deste conceito, ao passo que temos aqueles que posicionam-se em proteger o conceito retro numa visão jurídico-penal de valores supra-individuais, cuja posição da funcionabilidade dessa ordem jurídica está assentada em uma concepção organizativa, interventiva e atenta à realidade social hodierna. Portanto, esta dialética ainda não foi controlada e explicada a contento pelo conceito dogmático de bem jurídico, porquanto, este conflito implica numa confusão quanto aos bens que devem prevalecer diante de uma escala axiológica, a fim de serem considerados penalmente relevantes e, por conseguinte, merecedores desta guarida criminal.

Então, ressalte-se que a conceituação de bem jurídico não é tarefa fácil, pois, ainda, invocando Streck e Santos¹⁴¹, é tempo de repensar-se tal teoria, a ponto de reorganizar a idéia da fragmentariedade do Direito Penal, sendo que por este viés a zona de incidência da lei penal deve compor-se pelos fatos mais graves, socialmente intoleráveis.

Assim, observando sob um prisma de um Estado Social e Democrático de Direito, como aquele previsto no âmbito constitucional, faz-se mister reconhecer que com a aplicação do rol de bens merecedores de tutela penal, numa transposição de movimento do individual para o social, este conflito acentuou-se ainda mais, refletindo, por conseguinte, no esboço conceitual de bem jurídico penal.

Para tanto, deve-se rechaçar, na linha dos autores acima, o debate acirra-se quando os penalistas comunistas procuram introduzir na conceituação de bem jurídico a idéia de que uma grandiosa fila de valores constitucionais coletivos que merecem tal respaldo, ao passo que os penalistas liberais tentam, a seu tempo, presos ainda às matrizes penais iluministas, resistirem obstaculizando a extensão da função de proteção penal aos bens de interesse da comunidade.

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, André Copetti. **O Direito Penal e os influxos legislativos pós-Constituição de 1988 : um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição ?** In : Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. São Leopoldo: Ed. Unisinos. 2003, p. 255 e segs.

¹⁴¹ Ibid., 2003, p. 255 e segs.

Portanto, não mai são bens jurídicos apenas aqueles que compõem o rol de bens que estruturam o arcabouço valorativo constituinte do direito penal iluminista mas deve-se aceitar que diante de uma tradição normativa surgiram novos bens coletivos que significam, de todo , interesses públicos, os quais vão além do individual¹⁴².

Por isso, é determinante em relação aos conflitos relativos às formas do direito e às estruturas de concretização, mas, também, ao mesmo tempo, em decorrência, de um movimento de fluxo e refluxo, é por eles determinado na medida em que ambos podem ser relevantes na definição histórica quanto à hegemonia de um ou outro modelo¹⁴³.

Ainda, por outro lado, crítico da teoria do bem jurídico, está Jakobs¹⁴⁴, por claro, numa visão penalística própria, porém, discordando desta incidência conceitual, ao sustentar que direito penal não atende à finalidade precípua de proteção de bens jurídicos, pois, quando é aplicado, o bem jurídico que teria de ser protegido já foi, de fato, lesado.

Portanto, seguindo Figueiredo Dias¹⁴⁵, a restrição desta função do Direito Penal à *tutela de bens jurídico-penais*, por um lado, e o caráter *subsidiário* desta tutela em sintonia com o princípio da necessidade, por outro, conduzem à justificação de uma proposição político-criminal fundamental : a de que, para um eficaz domínio da criminalidade dentro de coitas socialmente suportáveis, o Estado e o seu aparelho formalizado de controle do crime devem intervir o *menos possível*; e devem intervir só na precisa medida requerida pelo asseguramento das condições essenciais de funcionamento da sociedade. A esta proposição se dão nome de *princípio da não intervenção moderada* – corrigindo em parte o princípio da *não-intervenção radical* avançada por Schur – que assim se arvora em trave-mestra de todo um novo programa político-criminal.

Então, neste campo, a criminalização de uma conduta somente se faz correta quando sentido pela sociedade como violação de um princípio fundamental, não se admitindo a penalização de uma conduta que não seja prejudicial à convivência social.

¹⁴² Ibid., pp. 255 e segs.

¹⁴³ Ibid., p. 287.

¹⁴⁴ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁴⁵ DIAS, op. cit., 1999, p. 81.

Por não mais, que, modernamente, o princípio conforme a constituição passou a consubstanciar, além de tudo, um mandato de otimização do denominado querer constitucional, ao não significar somente que entre distintas interpretações de uma mesma norma há de se optar por aquela que a torne compatível com a Constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que se orienta para a Constituição ou a que melhor corresponde às decisões do constituinte¹⁴⁶.

O Direito Penal, portanto, assume viés diferenciador em relação a outros ramos do Direito, dado pelas suas conseqüências jurídicas, dado pelos elementos que norteiam a composição primária de suas normas.

Novamente, Puig¹⁴⁷ adverte :

Sería peligrosa esta tendencia em um Estadon intervencionista que aumenta día a día el volumen de su legislación administrativa. El Derecho penal no há de convertirse em um arma más del intervencionismo estatal que sólo distinga por su posible mayor eficacia y contundencia. Um Estado intervencionista que busca la máxima eficacia dificilmente restringiria al **mínimo** um Derecho penal cuya única característica fuera uma mayor eficacia.

Logo, se assim não raciocinarmos, teremos, se é que não o já tenhamos, a substituição plastificada, ou diga-se, encobertada, do princípio da *ultima ratio* ou da subsidiariedade para um Direito Penal do *solo ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos, como sendo a saída primeira para a resolução dos problemas que permeiam o seio social¹⁴⁸.

Contudo, verifica-se, ainda diante da intervenção mínima, a expansão do direito penal, ante surgimento de novos bens jurídicos, que será objeto de estudo no próximo capítulo.

¹⁴⁶ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**; Lisboa: Universidade Católica Editora., 1999, p. 290.

¹⁴⁷ PUIG, op. cit., 2006

¹⁴⁸ HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**; Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

4 O PARADOXO ENTRE A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL EM CONTRAPARTIDA À INTERVENÇÃO MÍNIMA

4.1 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COMO UMA DAS CAUSAS DO SURGIMENTO DE NOVOS BENS JURÍDICOS

Toda relação interpessoal é também jurídica de certa forma, pois trás consigo inserido nesta relação um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, conceito este de difícil aceção, sabemos, conforme delineado no capítulo anterior, mas de sublime discussão no meio do Direito.

Desta assertiva, depreende-se que o fenômeno denominado como globalização vem a intensificar ainda mais as relações interpessoais, devido a suas características.

Este fenômeno facilita a comunicação interpessoal e, por conseguinte, como consequência intensifica as próprias relações entre um número maior de indivíduos, haja vista a integração mundial, inexistindo as barreiras impeditivas do melhor aproveitamento destas relações, como a distância e a velocidade da comunicação.

A chamada realidade social é de difícil conceituação, pois é uma mera observação de como determinada sociedade está se comportando em uma determinada época e quais os conceitos éticos e morais a serem aplicados, bem como qual a espécie da criminalidade presente, bem como qual o perfil da delinqüente que está presente nesta sociedade¹⁴⁹.

A modificação da sociedade trás consigo novos bens jurídicos tuteláveis, com o aparecimento de novas espécies de criminalidade¹⁵⁰, bem como o desaparecimento de perfis de delinqüência e assim perfazendo novos.

O que realmente cabe a perguntar é se esta evolução é definitivamente mais delituosa, ou se somente altera o perfil da criminalidade, mantendo os mesmos números?

No presente capítulo, por primeiro, interessa analisar em específico o aparecimento dos novos bens jurídicos tuteláveis e, como tal, podemos inicialmente

¹⁴⁹ SANCHEZ, op. cit., 2002, p. 27.

¹⁵⁰ MELIÁ, Manuel Cândia (Org.). **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Günter Jakobs, Manuel Cancio Meliá. Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 76.

citar que os bens jurídicos que devem ter a proteção do Direito Penal são intimamente ligados aos interesses individuais e coletivos da sociedade¹⁵¹.

Assim, seguindo Callegari¹⁵², outra característica dessa sociedade atual está no fato de que esses riscos se apresentam como “efeitos colaterais indesejados do processo de modernização , sendo conseqüências imprevisíveis e secundárias do progresso tecnológico.

Não obstante isso, prossegue a afirmar que de início como tendência desse Direito Penal ligado aos riscos, a criação de novos bens jurídicos supraindividuais de conteúdo difuso, diante de novas realidades, novas necessidades, que, a partir do momento em que intituladas bens jurídicos, ensejam (corretamente ou não) a proteção penal¹⁵³.

O ponto de partida de qualquer análise fenomenológica, no que se pode denominar expansão do ordenamento penal, está, efetivamente, calcado em uma simples e clara constatação : a atividade legislativa em matéria penal, desenvolvida ao longo de duas décadas nos países de nosso entorno tem colocado, ao redor do elenco nuclear das normas penais, um conjunto imensurável de tipos penais, os quais, vistos desde a perspectiva dos bens jurídicos clássicos, constituem hipóteses de criminalização no estado prévio a lesões de bens jurídicos, cujos marcos penais, ademais, estabelecem sanções desproporcionais, ou seja, elevadas. Diga-se : “de acordo com a evolução atual do Direito Penal material, pode-se evidenciar que, em seu conjunto, fazem surgir no horizonte político-criminal um Direito Penal da colocação do risco de natureza antiliberal”¹⁵⁴.

Estes novos interesses advém “justamente das necessidades individuais geradas em decorrência da globalização, pois com o maior fluxo de informação e uma maior celeridade na comunicação e nos procedimentos em geral, nascem novos bens jurídicos que merecem ser tutelados”¹⁵⁵ em virtude de sua complexidade, perfazendo uma gama de tipos penais muito mais vasta que as existentes em décadas passadas.

¹⁵¹ Para delimitação do trabalho não há motivação de abrir um leque de discussão acerca dos novos bens tutelados ou que merecem a tutela específica do direito penal, pois somente é pertinente ao tema proposto o aparecimento destes novos bens jurídicos, sua gênese e o porque desta gênese e identificar as causas desta expansão do direito penal.

¹⁵² CALLEGARI, op. cit., 2010, p. 29.

¹⁵³ Ibid., p. 30.

¹⁵⁴ JAKOBS; MELIÁ, op. cit., 2009, p. 76.

¹⁵⁵ SANCHEZ, op. cit., 2002, p. 27.

Desta feita, “indubitável, pois, que este processo de ampliação de bens jurídicos supraindividuais se tem denominado de “desmaterialização, espiritualização ou dinamização” dos bens jurídicos”¹⁵⁶.

Não se almeja neste caso maior discussão acerca de quais são estes novos bens jurídicos, pois não são taxativos, nem mesmo há consenso em uma lista dos mesmos. Entretanto, suas origens e motivações serão aqui explanadas para uma melhor compreensão do tema.

Nesta esteira, conclui-se “que toda tutela a ser executada pelo Direito Penal advém de uma necessidade protetiva invocada pelo indivíduo frente à determinada delinquência”¹⁵⁷. Tal necessidade deriva obrigatoriamente de uma já citada relevância do bem a ser tutelado, seja por meio de seu valor pecuniário, ou mesmo pelo seu valor subjetivo.

Portanto, “a macrocriminalidade ganha espaço no seio social, obtendo respostas cifradas no expansionismo eloqüente da intervenção penal, sempre a reboque da criminalidade”¹⁵⁸.

É inequívoco que a criminalidade assume, hodiernamente, viés transcendental, aliado ao fato de que o Direito Criminal assumiu papel de primeiro instrumento de tutela dos direitos dos cidadãos, está-se diante da “quadratura do círculo”¹⁵⁹.

“Isto decorre das rápidas mudanças e transformações sociais, embuídas numa sociedade que almeja cada vez mais a tecnologia e a facilidade que dela decorre, deixam um vazio no que diz respeito aos limites de determinadas condutas. Assim, a maior modificação conceitual surge da nomenclatura sociedade de risco”¹⁶⁰, “em face do desenvolvimento tecnológico hoje existente, necessário, pois para o desenvolvimento social”¹⁶¹.

¹⁵⁶ CALLEGARI, op. cit., 2010, p. 33.

¹⁵⁷ SANCHEZ, op. cit., 2002, p. 27.

¹⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz; CALLEGARI, André Luís; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. CALLEGARI, André Luís. Estado e política criminal : a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. Anuário 04. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 201.

¹⁵⁹ RODRÍGUEZ, Laura Zúniga. **Política criminal**. Madrid: Colex; 2001; p. 271.

¹⁶⁰ MENDONZA, Blanca Buergo. **El derecho penal em la sociedad del riesgo**. Madrid : Civitas, 2001, p. 23.

¹⁶¹ STRECK, op. cit., 2007, p. 204.

É, portanto, a justificativa que se tem encontrado para o fomento do intervencionismo estatal penal. Todos estes aspectos, pois voltados à idéia de insegurança.

Assim vislumbra-se que o Direito Penal assume feição como único meio eficaz de cunho psicológico político-social, qual seja, como mecanismo de socialização, de civilização, porém a incontrolável expansão que lhe é proporcionada não será suportável.

Vê-se proliferar no direito penal, em contrapartida a outros ramos do Direito, os quais adaptam-se à prescrição constitucional, a criação de tipos penais, como supostos protetores de bens jurídicos, porém intangíveis e de natureza abstrata, tais como a lei 9613/98 em que há os delitos de terrorismo e de organização criminosa, como crimes antecedentes, sem que haja a respectiva conduta nuclear descrita, não sendo diferente no delito de gestão temerária insculpido na lei 7492/86.

É um descontrole soberbo na incriminação de várias condutas, tais como acima elencou-se, a título exemplificativo, além de suprimir-se um norte de prescrição de penas privativas de liberdade, ocasionando sua elevação substancial.

O problema cerne pode estar na tendência da atual política criminal de responder ao clamor social na utilização da pena, como se não existisse no mundo legal outros meios de controle social tão efetivos quanto a penalização.

Vê-se uma antecipação absurda de antecipação da dita tutela penal, o que culmina na criação do chamado Direito Penal preventivo, implicando no que a doutrina pátria denomina de delitos de perigo, em boa parte perigo abstrato, “sendo que este Direito Penal Global protege e distintos bens, protegendo-os antes, ou seja, num estágio prévio à efetiva lesão ao suposto bem jurídico guarnecido”¹⁶².

“Com base nesta transformação política criminal perquirir-se-á identificar as linhas de uma legislação de exceção, similar, e muito, ao Direito Penal do Inimigo, que adiante mencionar-se-á”¹⁶³.

Ainda, calcada num impacto da comunicação de massas é que Franco¹⁶⁴, assinala que em face do impacto de meios de comunicação, mobilizados pelos escandalosos delitos de extorsão mediante seqüestro, atingindo, de certa forma, pessoas de renome social, foi que adveio a lei 8072/90, o que resta claro o temor

¹⁶² MENDONZA, op. cit., 2001; p. 108.

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid; Editorial trota. 2000, p. 807.

¹⁶⁴ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**; 4ª ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 93.

estatal frente à incapacidade de verificar e experimentar outros meios de controle efetivo. É uma posição confortável para o Estado.

Como assevera Callegari¹⁶⁵, “algumas características marcam esta expansionismo do Direito Penal, dentre os quais destacam-se a proteção de bens jurídicos, a prevenção e a orientação às conseqüências”.

Logo, continua que no que diz respeito á proteção de bens jurídicos, ocorrera um fenômeno contrário ao que se está acostumado, qual seja, converteu-se em um critério positivo para justificar a “criminalização de novos bens jurídicos”, perdendo, desta forma, o critério negativo que teve em sua origem. A conseqüência inevitável é o somatório de novas tipificações.

Por segundo, é a idéia da prevenção, a qual, outrora, no Direito Penal clássico era considerada como meta secundária da justiça penal, sendo, na atualidade, diretriz dominante.

A tendência, por fim, orientada às conseqüências, compreendida como um critério de complementação para uma correta e efetiva legislação, deixando à margem os princípios de política criminal de igualdade e de justa retribuição.

Notadamente, afirma Sanchez¹⁶⁶, que a criação de “novos bens jurídicos-penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização de regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia são aspectos desta tendência geral, o que chama-se de “expansão.””

Por isso que conclamam Callegari e Wermuth¹⁶⁷:

Com efeito, na medida em que o Estado busca eximir-se de suas tarefas enquanto agente social de bem-estar, surge a necessidade de novas iniciativas do seu aparato repressivo em relação às condutas transgressoras da “ordem” levadas a cabo pelos grupos que passam a ser considerados “ameaçadores”. Paralelamente a isso, tornam-se necessárias medidas que satisfaçam às demandas por segurança das classes ou grupos sociais que se encontram efetivamente inseridos na nova lógica social.

Torna-se, assim, possível a afirmação de que ditas campanhas punitivas constituem, antes de tudo, um mecanismo hábil de controle social e racial, que opera através de uma estratégia de substituição das instituições de assistência às classes pobres – típicas do **Welfare State** – por

¹⁶⁵ STRECK, op. cit., 2007, p. 213.

¹⁶⁶ SANCHEZ, Jesús Maria Silva. **La expansión del derecho penal**. aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales; Madrid : Civitas, 1999, p. 17 e 18.

¹⁶⁷ CALLEGARI; WERMUTH, op. cit., 2010, p.29.

estabelecimentos penais. Ou seja, a seletividade sociorracial no âmbito penal constitui uma das armas de que o Estado neoliberal abre mão para manter sob controle a população economicamente hipossuficiente, a qual abandonada pelo Estado (mínimo em se tratando dos setores social e econômico), busca através da delinquência a satisfação de seus desejos de consumo – largamente instigados pela mídia – e, conseqüentemente, de equiparação à população inserida no mercado. (grifo do autor)

Desta forma, é de simples constatação que o rol de bens jurídicos a receberem esta tutela cresce na mesma proporção da evolução da necessidade humana, sendo pela via da maior valoração que se dá aos bens físicos ou imateriais, sempre se considerando o contexto no qual está inserida tal discussão, conforme já explicitado no capítulo anterior.

O professor Sanchez¹⁶⁸ elucida as causas da gênese dos novos bens jurídicos como:

As causas da provável existência de novos bens jurídico-penais são, seguramente, distintas. Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de novas realidades que antes não existiam- ou não com a mesma incidência-, e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão. Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de realidades tradicionalmente abundantes que em nossos dias começam a manifestar-se como “bens escassos”, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresse; por exemplo, o meio ambiente.

“A partir da assertiva supracitada, identificadas estão algumas causas da aparição de novos interesses individuais e coletivos”¹⁶⁹, entretanto, foi possível verificar que suas causas residem na maior amplitude existente, pois passa pelo interesses individuais da satisfação pessoal e segurança particular, até aos interesses de ordem coletiva como a manutenção e o cuidado pelo meio ambiente.

Iniciando-se a análise pelo aspecto econômico, haja vista que a delinquência mais trivial, na criminalidade clássica e na criminalidade globalizada advém de delitos que ferem o bem jurídico patrimonial, até

¹⁶⁸ SANCHEZ, op. cit, 2002, p. 27.

¹⁶⁹ Ibid., p. 28.

mesmo por ser uma gama mais diversificada de elementos para serem protegidos¹⁷⁰.

O aspecto econômico fomenta a delinqüência. É inevitável a ocorrência de grande disparidade econômica entre as classes sociais da população, criando assim a possibilidade de insatisfação de determinados indivíduos, que eventualmente possam vir a delinqüir em decorrência da necessidade.

Sanchez¹⁷¹ já preceitua que “a delinqüência da globalização é econômica”, por entender que esta espécie de criminalidade é mais cotidiana, estando mais presente na sociedade.

A necessidade deve ser entendida no presente caso como um mero elemento para compreender a ação delituosa, o que não tira seu caráter de ilicitude, nem tampouco justifica sua ação.

A globalização tende a intensificar todas as relações sociais e econômicas, tende a maximizar as relações econômicas, por conseqüente a despertar o interesse dos delinqüentes para praticar delitos de ordem patrimonial.

Tal argumento nos demonstra a causa pela qual o número de delitos de ordem econômica e seus conexos são superiores aos demais, haja vista que o fator econômico está obrigatoriamente ligado a grande parte de nossas ações sejam eventuais ou cotidianas, sejamos delinqüentes ou mesmo cidadãos que seguem fielmente as normas legais e morais, pois o aspecto econômico está intrínseca em nossa sociedade.

Contudo, diante disso, pode-se auferir que o mundo dos "negócios" não têm fronteiras entre si e, por conseguinte, os crimes ligados aos "negócios", também, não estão contornados por estes limites. Há uma grande complexidade nesses crimes que atravessam fronteiras. Tanto é verossímil que existam, seja na Justiça Estadual, seja na Justiça Federal, varas especializadas, com juízes, também, especializados em matéria econômica, social, tributária e financeira.

Portanto, tais mudanças ocorrem de maneira avassaladora, ainda mais no âmbito tecnológico, ou seja, tudo ocorre em fração de segundos. A remessa de dinheiro ao exterior, por exemplo, é efetuada em poucos e criteriosos minutos. Os métodos criminosos são cada vez mais sofisticados e as pessoas físicas se

¹⁷⁰ Ibid., p. 77.

¹⁷¹ Ibid., p. 76.

escondem nas pessoas jurídicas para terem seus atos diluídos e passarem imunes à Justiça. São os métodos de lavagem de dinheiro se aprimoram de forma geométrica.

A par disso, depreende-se que a criminalidade é majoritariamente de ordem econômica e seus conexos, entretanto, somente este argumento não caracteriza por completo a delinqüência em toda a sua história. Estamos, atualmente, presenciando uma mutação do perfil da criminalidade desde sua concepção até as características de seus agentes.

A criminalidade é em si uma infração a harmonia de uma sociedade específica em estudo, em outras palavras seria uma alteração do *status quo* de normalidade para uma situação delituosa. Nestes termos, a evolução da criminalidade é um melhoramento dos métodos de infringir este *status* de normalidade, ou seja, de agredir um bem jurídico de outrem.

Portanto, para entendermos a evolução da criminalidade, a que pode levar à nomenclatura de expansão da criminalidade, devemos entender a evolução humana em todas as suas ramificações, sejam elas políticas, econômicas ou sociais.

Logo, Ripollés¹⁷² afirma categoricamete, ao comentar a insegurança social que deriva desta expansão, *in verbis* :

Toda modificación de um modelo de intervención social, mas Allá de los intereses generales que persiga y de su eficacia para obtenerlos, favorece los intereses particulares de ciertos grupos sociales y perjudica, o, al menos, no promueve, los intereses de otros. Esta regla es perfectamente válida para las intervenciones politicocriminales, y debería ser tenida muy en cuenta a la hora de buscar los apoyos sociales necesarios para desarrollar estrategias que contrarresten la actual deriva securitária. Frente a colectivos y agentes sociales que están resultando claramente beneficiados por el modelo que se está asentando – fuerzas policiales, empresas de seguridad, pequeños comerciantes, clases pasivas, sectores com empleo estable, médios de comunicación, políticos populistas, asociaciones feministas...-, existen otros que resultan perjudicados – colectivos preferidos del escrutinio policial, como jóvenes, inmigrantes y minorias sociales, cuerpos expertos de la justicia, de la ejecución penitenciaria o de la asistencia social y psicológica, emprendedores a cuyos negocios perjudica la imagen de inseguridad ciudadana, asociaciones activas en la atención a la marginación social o em campos alejados de la seguridad ciudadana, como médio ambiente, intereses del Tercer Mundo, pacifistas...

Já Sanchez¹⁷³ elucida que:

¹⁷² RIPOLLÉS, op.cit., 2007 p. 124.

¹⁷³ SANCHEZ, op. cit., 2002, p. 80.

A aparição de uma nova concepção de objeto do delito, centrada em elementos tradicionalmente alheios à idéia de delinqüência como fenômeno marginal; em particular, os elementos de organização, transnacionalidade e poder econômico.

Ora, esta mudança radical do perfil da criminalidade nos permite questionar qual motivação desta mutação, sendo que inicialmente podemos apontar a troca das características do agente delituoso, passando do denominado delinqüente clássico para o delinqüente globalizado, onde conceitos como transnacionalidade surge como elemento em primeiro plano nesta mudança.

Nesta seara, cita Sanchez a respeito dos paradigmas que :

O paradigma do Direito Penal clássico é o homicídio de um autor individual. Não parece desarrazoado sustentar que a maior parte das garantias clássica do Direito Penal adquire seu fundamento nesta constatação. O paradigma do Direito Penal da globalização é o delito econômico organizado tanto em sua modalidade empresarial convencional como nas modalidades da chamada macrocriminalidade: terrorismo, narcotráfico ou criminalidade organizada (tráfico de armas, mulheres ou crianças).¹⁷⁴

Temos, então, a delinqüência clássica, majoritariamente de ordem patrimonial, visada pequenos furtos, roubos e demais delitos onde estava presente tão somente a oportunidade de delinqüir, sem maiores logísticas ou maiores envolvimentos, bem como a individualidade de delinqüente como agente criminoso.

Ripollés¹⁷⁵ quando cita que “la delincuencia clásica, esto es, la que gira em torno a los delitos contra intereses individuales, especialmente los de la vida e integridad, propiedad, y libertad em suas diversas facetas.”

Não se pode afirmar que esta delinqüência clássica era somente de ordem econômica, nem mesmo que inexistiam nesta época crimes que feriam outros bens jurídicos tutelados como a vida, a honra, a integridade física e etc.

Mister se faz analisar esta delinqüência clássica com um pouco mais de profundidade para dimensionar com precisão a evolução da delinqüência, que, hodiernamente, podemos chamar de globalizada.

Também denominada de criminalidade de massas, a delinqüência clássica é aquela na qual não havia um planejamento para o cometimento da infração,

¹⁷⁴ Ibid., p. 93.

¹⁷⁵ RIPOLLÉS, op. cit., 2007 p. 70.

seguindo tão somente as características da eventualidade e oportunidade de delinqüir, bem como em alguns casos verificava-se o fator necessidade no que tange aos delitos de ordem patrimonial.

Inicia-se pelo perfil do delinqüente clássico, uma vez que são os indivíduos marginalizados de alguma forma, onde se verificava que um individuo devido a sua condição financeira praticavam furtos para sobrevivência, ou mesmo motivado pela ira cometia um homicídio, entre outros exemplos. Nota-se a inexistência, na maioria dos casos, nestas espécies de delitos, atos preparatórios para a criminalidade, nem mesmo associação criminosa para o cometimento dos delitos, em evidente demonstração da não aplicabilidade das características próprias da globalização da criminalidade.

A delinqüência clássica não foi extirpada por completo, frente à impossibilidade de combater o número de delinqüentes existente na sociedade, entretanto, busca-se no presente trabalho identificar esta espécie de delinqüência e analisá-la no que tange ao contexto da sociedade, perfil dos agentes e traçar um comparativo com a criminalidade hodierna, para por fim demonstrar a expansão da criminalidade.

Esta residual delinqüência clássica também teve seu perfil alterado, ao menos no que tange ao sentimento da sociedade perante esta, pois visualizava uma situação anterior de necessidade do delinqüente no cometimento do crime, mesmo que injustificada, sendo que, atualmente, a mesma sociedade vê o delinqüente agindo com dolo no cometimento dos crimes de mesma natureza. Esta análise em conjunto com as transformações da sociedade, onde devido ao fator globalização, o número de oportunidades e facilidades para o indivíduo não se envolver na criminalidade é muito superior no comparativo com décadas passadas e permite que este sentimento esteja na sociedade de uma forma lógica.

Ripollés¹⁷⁶ cita que:

Se fundaba en una comprensión del delincuente como un ser socialmente desfavorecido y marginalizado al que la sociedad estaba obligada a prestar ayuda; ahora los delincuentes son vistos, sin que procedan distinciones según la gravedad o frecuencia de su comportamiento delictivo, como seres que persiguen sin escrúpulos y en pleno uso de su libre arbitrio intereses egoístas e inmorales, a costa de los legítimos intereses de los demás.

¹⁷⁶ Ibid., p. 75.

Ao citarmos a delinquência clássica, depreende-se indispensável tratar sobre o direito penal clássico, o qual é o instrumento estatal formal de combate a esta espécie de criminalidade.

Este Direito Penal Clássico tinha sua função precípua na defesa dos interesses individuais, sendo que a noção de bem jurídico estava ligada aos direitos individuais, sendo certo não poderia haver lei penal sem a tutela de bem jurídico, previamente definido e bem explicitado, pois naquele a identificação do autor criminoso, do ato delituoso e a vítima, era visto que havia um dano, o qual ao final do devido processo legal era comprovado. Ocorria, desta forma, porque o bem jurídico a ser protegido tinha seus contornos bem elucidados.

Assim, o Direito Penal Clássico é o instrumento de combate a criminalidade de massas, a qual ainda encontra-se presente atormentando a sociedade, sem dúvida.

Passando para um segundo plano, iniciaremos a tratar da delinquência moderna ou denominada delinquência globalizada, a qual atordoia a sociedade hodiernamente, além daquela já corriqueira e conhecida dos antepassados.

Inicialmente, Sanchez¹⁷⁷ a conceitua de forma sucinta:

A delinquência da globalização é econômica, em sentido amplo (ou em todo caso, lucrativa, ainda que se ponham em perigo outros bens jurídicos). Isso significa que a reflexão jurídico-penal tem pela primeira vez como objeto essencial de estudo delitos claramente diversos do paradigma clássico (o homicídio ou a delinquência patrimonial tradicional). Trata-se de delitos qualificados criminologicamente como crimes *of the powerfull*, de delitos que tenham regulamentação legal insuficiente assentada; e de delitos cuja dogmática se acha parcialmente pendente de elaboração. (grifo do autor)

Ao analisar os agentes criminosos da delinquência globalizada, verificamos inicialmente suas características, evidentemente, diversas da delinquência clássica, pois atuam de forma organizada, através de atos preparatórios, uma logística criminosa articulada, especificadamente para obterem maior êxito em suas atividades delituosas.

Tal organização da criminalidade é um produto da própria globalização, pois os meios técnicos disponíveis estão mais avançados, permitindo que a criminalidade seja executada em escala. Estes meios técnicos aplicados a nova delinquência são

¹⁷⁷ SANCHEZ, op. cit., 2002, p. 76.

revestidos de preocupações específicas no que tange a proteção dos agentes, como possibilidade de não permitir a identificação da autoria, ou mesmo a possibilidade de colocá-la em dúvida.

Este fator é oriundo da modernização do planejamento delituoso, que prevê detalhamento das etapas da execução do crime, desde a escolha do objeto. Além disso, esta criminalidade conta a seu favor com o despreparo dos agentes públicos, que não possuem as aptidões necessárias para o combate da criminalidade moderna que conta com tecnologia avançada e agentes devidamente aptos ao manuseio desta tecnologia.

Os aspectos econômicos não esgotam totalmente a motivação da expansão do Direito Penal, pois se faz necessário uma análise político-social da globalização na sociedade.

Tratando da sociedade industrial do século XIX, Sanchez¹⁷⁸ prescreve que:

Como consequência da industrialização, se produziu um movimento maciço de emigração do campo para as cidades. Sem embargo, nem as estruturas urbanas nem as próprias indústrias estavam preparadas para a avalanche humana que se projetou sobre elas. Assim, por um lado, a proletarização dos camponeses migrados provocou a perda em relação a estes de boa parte dos elementos de integração e inibição de condutas delitivas (socialização, identificação com o meio, religião) que possuíam em seu lugar de procedência. Por outro lado, as vicissitudes do mercado de trabalho contribuíram para que muitos migrantes caíssem na marginalidade e passarem a se dedicar à delinquência patrimonial.”

Podemos depreender que o fator globalização no século XIX mostrou o êxodo rural como fator político-social que marginalizou os migrantes, deixando-os com a possibilidade de dedicar-se à delinqüência. Traçando um parâmetro com a atualidade, a globalização aproximou as nações, criando uma aldeia global, onde aproximou as culturas, entrosando-as.

Ineroxidavelmente, ao depararmos com a evolução da criminalidade, deverá ser instituído novas formas de neutralização das mesmas, onde estaria aí a possibilidade da expansão do Direito penal.

¹⁷⁸ Ibid., p. 98.

Dentre as características das teorias da expansão do Direito Penal destaca-se o endurecimento na legislação penal, ou seja, um aumento vertiginoso na rigidez na punibilidade como forma de coibir essa nova criminalidade.

Cite-se o movimento lei e ordem, oriundo dos Estados Unidos, que intensificou a criação de leis penais. Neste sentido, o Movimento da Lei e da Ordem considera a criminalidade uma doença infecciosa a ser combatida e o criminoso um ser inescrupuloso. Logo, a sociedade divide-se em pessoas sadias, as quais não praticam crimes, e pessoas doentes, que podem executá-los, devendo a Justiça ser o limiar de separação destes grupos antagônicos. Destarte, na intenção de restabelecer a lei e a ordem, tal movimento proclama, dentre outras ações, novas tipificações, a intensificação de penas de tipos penais já existentes, a produção de novas leis especiais a determinadas tipologias, bem como a eliminação de garantias processuais, ou seja, defende que aparato energético mais efetivo deve ser desempenhado pelo Estado repressivo.

Esse movimento, extremamente repressivo, criou diversas novas tipificações penais, endurecendo o sistema penal americano, pois tem por base que essa rigidez da punibilidade tenha eficácia no combate desta nova criminalidade.

Na seara da criação de novos tipos penais, Silva Sanchez entende haver espaço para uma expansão do Direito Penal, onde de acordo com a sua tese, a globalização é a causa da alteração da criminalidade e dos novos interesses dos bens jurídicos.

Nesta seara, aduz o autor¹⁷⁹:

Pode-se afirmar que certamente existe, como mencionado no princípio, um espaço de expansão do Direito Penal. O espaço da expansão razoável do Direito Penal da pena de prisão é dado pela existência de condutas que, por si sós, lesionam ou põem em perigo real um bem individual; eventualmente, cabe admitir o mesmo propósito de bens supra-individuais, sempre que efetivamente lesionados ou colocados sob perigo real pela conduta do sujeito em concreto. Nesse âmbito, ademais, a razoabilidade da expansão requereria plena salvaguarda de todos os critérios clássicos de imputação e princípios de garantia. Paralelo a isso, pode-se admitir resignadamente a expansão já produzida – do Direito Penal até os ilícitos de acumulação ou perigo presumido, isto é, a condutas distanciadas da criação de um perigo real para bens individuais (e inclusive supra-individuais, desde que concebidos com um mínimo rigor). Mas a admissão da razoabilidade dessa segunda expansão, que aparece acompanhada dos traços de flexibilização reiteradamente aludidos, exigiria inevitavelmente que os referidos ilícitos não recebessem penas de prisão.

¹⁷⁹ Ibid., p. 147.

Assim, temos que com o fenômeno da globalização efetivamente implantado na sociedade, há consequência lógica da evolução da criminalidade, aliado ao aparecimento de novos interesses, e, por lógico, bens jurídicos, portanto, têm-se novos fatos tipificados como delitos.

Na tese de Sanchez¹⁸⁰, de acordo com a expansão do Direito Penal, teríamos “*duas velocidades*”¹⁸¹ do direito penal, onde de um lado teríamos os delitos clássicos e econômicos, considerados núcleos dos delitos individuais clássicos, que permaneceriam respeitados os princípios do processo, bem como as garantias, e do outro tem-se essas garantias relativizadas, entretanto, como beneplácito legal ter-se-ia a exclusão da pena privativa de liberdade, assim substituídas por penas restritivas de direitos.

A expansão defendida por Silva Sanchez tende abrandar as penas quando o delito não estiver no rol da delinqüência clássica, estando a não ferir com periculosidade real os bens individuais, em contrapartida, trás uma punitividade mais árdua aos agentes delituosos que cometerem os crimes elencados no rol do núcleo da criminalidade clássica.

Porém, deve-se atentar que o Direito Penal do Inimigo não é um instrumento de arbitrariedade estatal, consoante seus defensores, dito de outra forma, é um instrumento mais rigoroso pelo qual o Estado tenta neutralizar a fonte da periculosidade que continua materializada no agente que não se adapta a legislação penal vigente.

Neste sentido Jakobs¹⁸² cita:

Mas o Direito Penal do Inimigo continua sendo Direito, na medida em que vincula os cidadãos, por seu lado, mais precisamente o Estado, seus órgãos e seus funcionários, no combate dos inimigos. Com efeito, o Direito Penal do Inimigo não constitui um código de normas para a destruição ilimitada, mas sim, no Estado de Direito gerido de forma inteligente, uma última ratio a ser aplicada conscientemente como exceção, como algo que não se presta a um uso duradouro.

¹⁸⁰ Segundo SANCHEZ (2002), a expansão do Direito Penal trás a tese de duas velocidades do direito penal, onde seriam como subsistemas penais dentro de um mesmo. (N.A.)

¹⁸¹ De acordo com SANCHEZ (2002), a expansão do Direito Penal, ele trás uma terceira velocidade do Direito Penal, que seria compatível com a proposta de Jakobs para o direito penal do inimigo.

¹⁸² JAKOBS, Günter (Org.). **Direito Penal do Inimigo**. Luis Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira; trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 41.

Discorda deste entendimento, no entanto, Zaffaroni¹⁸³, ao descrever que :

Quando se autorizam invasões de domicílio, revistas de pessoas, veículos automotores residências, investigações e registros de comunicações de toda índole, detenções de suspeitos de terrorismo, sabe-se que será impossível evitar que as agências policiais utilizem estas faculdades cada vez o julgarem conveniente, bastando-lhes alegar que o fazem por suspeita de terrorismo e que, por acaso, acharam cigarros de maconha, dinheiro não declarado, uma carteira roubado. Tudo isso contando com agências executivas e políticas não deterioradas, pois do contrário sabe-se perfeitamente que esses elementos declararão ter encontrado as coisas por acaso, sempre que não tiverem chegado a um acordo extorsivo com o infrator. Com essas medidas, abre-se um amplo campo para a corrupção, a tortura, as vinganças pessoais, os assédios sexuais, a chantagem e a perseguição política de dissidentes, antipáticos ou indisciplinados.

Mas Jakobs¹⁸⁴ não admite esta hipótese trazida por Zaffaroni, descrevendo justamente ações contrárias a este pensamento, entendendo que o Direito Penal do Inimigo deverá sempre ser limitado ao indispensável para a contenção do perigo.

E assim descreve:

Afastando-se desses extremos, chega-se ao possível, àquilo que, na prática, é o ideal, o que significa dizer que o Direito Penal do Inimigo deve ser limitado ao necessário, independente do sempre existente mandamento da prudência, segundo o qual a violência física deve ser mantida em seus limites mínimos, em virtude de seus efeitos colaterais corruptores.

A par de toda esta discussão, independente da concordância ou não com a visão deste ou daquele pensador, temos a concluir que os princípios penais gozam de determinada evidência vinculada a bens, fins, valores, eis que somente estes lhe dão sentido, razão de ser, de existir. Na linha de Yacobucci¹⁸⁵, “tais princípios aparecem *“como causa, como fuente o como “espíritu” informador del sistema, brindándole um determinado sentido o significación política”*”.

¹⁸³ ZAFFARONI, op. cit., 2007, p. 119.

¹⁸⁴ JAKOBS, op. cit., 2009, p. 63-64.

¹⁸⁵ YACOBUCCI, op. cit., 2002, p. 125.

Neste patamar, explica Jescheck¹⁸⁶, que “deve considerar-se que ninguém pode viver sozinho por si só, pois devido á própria natureza de suas condições de existência, todas as pessoas dependem de intercâmbio, de colaboração e de uma confiança recíproca”. Logo, diante disso, o Direito Penal deixa de garantir uma sociedade de ordem, com o funcionamento da autodefesa da cidadania na luta de todos contra todos.

O Direito Penal contemporâneo assume uma nova era o que lhe legitima a assumir um caráter geral e universal, razão pela qual exaltam os princípios penais, mais do que nunca, com uma relevância ímpar.

De novo, Yacobucci¹⁸⁷ afirma que, *in verbis* :

Los principios representan por esto el sentido del ordenamiento jurídico positivo, em el cual pueden o no aparecer positivados, pero son reconocidos como instancia última de realización de sus contenidos. La validez y vigencia de los principios se aprecia particularmente em su consideración jurisdiccional em el momento de resolver conflictos de especial garvedad....

Los principios, por tanto, son fuente de justificación –legitimación- de las decisiones concretas, sobre todo cuando no resulta totalmente satisfactorio el enunciado de la ley positiva.

Assim, estando vivenciando uma sociedade de risco, por indubitável implica no Direito Penal, o que não se pode negar que todo este desenvolvimento tecnológico influencia de modo glorioso para a sociedade, porém, atrelado a isto está a complexidade social e a interdependência entre os indivíduos, surgindo, portanto, a preocupação com novos riscos, recaindo nas mãos do Estado tal atribuição de obstaculizá-los. Logo, “acaba o Direito Criminal em expandir suas atuações passando a abarcar cada vez mais os delitos omissivos (principalmente impróprios) e delitos de perigo”¹⁸⁸.

¹⁸⁶ JESCHECK, Hans H. **Tratado de derecho penal**. Granada: Comares, 1993, pgs. 1 e 2.

¹⁸⁷ YACOBUCCI, op. cit., 2002, p. 359.

¹⁸⁸ STRECK; MORAIS, op. cit. 2007, p. 43.

4.2 A DESOBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*

Diante desta premissa, com a expansão do Direito Penal, paradoxalmente, implica na inobservância do princípio que expusemos como sendo da intervenção mínima, ou seja, o caráter de *ultima ratio* vira *prima ratio*.

Inconciliável, pois, assim entendemos, o princípio acima aludido com uma eficaz proteção de novos bens jurídicos coletivos socioeconômicos, os quais se apresentam como uma realidade do Estado Social.

O direito penal deixa de ser subsidiário de acordo com a concepção liberal clássica e se converte numa razão primeira de ser, uma panacéia onde parece que todos os problemas sociais estarão a serem resolvidos.

Desse modo, cita Callegari¹⁸⁹, o Direito Penal se transforma em um instrumento ao mesmo tempo repressivo (com o aumento da população carcerária e a elevação qualitativa do nível da pena) e simbólico (com o recurso a leis – manifesto, através do qual a classe política reage á acusação de “afrouxamento” do sistema penal por parte da opinião pública, razão esta que evoca uma sorte de *direito penal mágico*, cuja principal função parece ser o exorcismo¹⁹⁰).

Logo, ante esta nova faceta, como diz Sanchez¹⁹¹, teremos uma flexibilização de regras até então desconhecidas do Direito Penal Clássico, indo mais longe, senão vejamos, *in verbis* :

A seu turno, é mais provável que tal expansão flexibilize regras de imputação e princípios de garantia; pois, dada a natureza dos interesses objeto de proteção, dita tutela seria praticamente impossível no marco de regras e princípios clássicos. Tudo isso não se questiona substancialmente, sempre que tenha lugar no marco geral do que é necessário em termos de prevenção de integração e de manutenção do máximo nível de garantias possível em cada caso. Importante destacar, porém, que essa ampliação do Direito Penal – da qual se parte como dado constatado – não pode basear sua requerida força comunicativa na imposição de penas privativas de liberdade.

¹⁸⁹ STRECK; MORAIS (Org.). op. cit., 2007, p. 220

¹⁹⁰ DIAS, Jorge Figueiredo. **Para uma dogmática do direito penal secundário**. Direito Penal Econômico e Europeu : Textos Doutrinários; V. I; Problemas Gerais. Coimbra : Coimbra Editora, 1998, p.180.

¹⁹¹ SANCHEZ, op. cit. , 2002, p. 144.

Num paralelo, ao desreipeito ao caráter da *ultima ratio* do Direito Penal, aliado á primazia da pena privativa de liberdade, como diz Nietzsche¹⁹²,

[...]conceito de castigo não tem, de fato, um só sentido, mas uma síntese do sentido : todo o passado histórico do castigo, toda a história de sua utilização para fins diversos, se cristaliza, por último, em certa unidade difícil de resolver, difícil de analisar, e, sobretudo, absolutamente impossível de definir. (É impossível dizer porque se castiga : todos os conceitos em que se resume de um modo semiótico uma grande evolução, são indefiníveis; só se define o que não tem história).

Citamos Ingo Sarlet¹⁹³, pois ao estudar direitos fundamentais e a meta da proporcionalidade comenta que:

A despeito dessas e de outras considerações relevantes para o contexto no qual se insere também este trabalho, o que importa neste fase preliminar é destacar a necessidade de valorizar o marco jurídico-constitucional que, por conta dos direitos e deveres fundamentais, impõe limites ao Estado e á própria sociedade, e que a legislação em matéria penal e processual penal, assim como a atuação da Administração Pública e do Poder Judiciário nesta matéria, somente será legítima quando compatível com os parâmetros normativos da Constituição, o que inclui (por mais que ainda alguns queiram contestar) o respeito às exigências da proporcionalidade.

Neste patamar, com o Direito Penal abarcando situações que não lhe são precípuas, culmina em desreipeito à Constituição Federal, numa inversão de valores, diga-se, afronta a direitos fundamentais, diga-se numa aversão ao sistema penal não seletivo, assumindo nitidamente, por exemplo, mais preponderância a atividade policial do Estado ao do legislador penal.

Numa clara e indubitável demonstração deste desalento ao princípio em comento, tem-se Ripollés¹⁹⁴ que insinua :

¹⁹² NIETZSCHE, Friedrich. **A genealogia da moral**; Trad. Antônio Carlos Braga; 2ª ed.; São Paulo : editora Escala, 2007, p.76.

¹⁹³ GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico - penais contemporâneos**. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade : notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categoria da proibição do excesso e de insuficiência em matéria criminal. PORTO ALEGRE: EDIPUCRS, 2008, p. 210.

¹⁹⁴ RIPPOLLÉS, op. cit., 2005, p.79.

Contudo, essa evolução coincidente em certa medida com outros setores do ordenamento jurídico não pode ocultar que a lei continua desfrutando de uma excelente saúde no Direito Penal. Uma das provas mais visíveis disso é o progressivo uso da legislação simbólica, instrumento que se vale da lei penal para tentativas de transformação ou manipulação social, ainda que à custa de ignorar princípios básicos de Direito Penal.

È, de fato, um cenário de hipertrofia do Direito Penal, sem haver delimitação justa e cognitiva do conceito de bem jurídico, acabando por punir expectativas de ofensas a bens jurídicos, sem lesão efetiva, dada a sociedade de risco em que se transformou a sociedade clássica. É uma abrupta ruptura de conceitos, onde acaba o Direito Penal em interferir de modo prévio na vida do cidadão, em ofensa ao seu caráter extremo de atuação.

Como assinala Callegari¹⁹⁵, citando Zuniga Rodriguez, o Direito Penal do Risco preocupa-se muito mais com a imprudência, numa previsão de aparição destes riscos, senão vejamos:

El derecho Penal del riesgo así concebido, centra su preocupación em las conductas imprudentes, es decir, em las conductas que infringen el deber de cuidado exigido. Si bien en la Sociedad del riesgo, todas las formas de criminalidad se nutren de esta perspectiva, como por ejemplo, la criminalidad organizada que indudablemente há avanzado al hilo del desarrollo tecnológico, s sobre todo la criminalidad imprudente que resulta relevante, porque es la que desencadena los riesgos sociales. Las consecuencias lesivas de los – fallos técnicos- se desencadenan normalmente por um actuar humano imprudente, pero muchas veces, por la confluencia de vários actuares no necesariamente coordinados.

Portanto, cabe ao Direito Penal, descaracterizado de sua principiologia característica de subsidiariedade, dar combate a estes “novos bens jurídicos”, corretamente ou não, a fim de estancar o medo social, vedando a exposição a riscos, ou, caso concreto sua ação enérgica recairá sobre o cidadão, ao passo que a desvalorização do Direito Penal, ao longo do tempo, é prevista, deixando outros ramos do Direito abdicando de sua função, dada a interdisciplinariedade entre tais.

O que importa é que o Direito Penal sempre teve serventia na sociedade, seja por diversos fatores, porém, quem não diz, que seu mau uso pode levar a sua falência.

¹⁹⁵ ZÚÑIGA RODRIGUÉZ (2007) apud STRECK; MORAIS (Org.), op. cit., 2007, p. 41.

E um questionamento relevante nesta *quaestio* : se o Direito Criminal não mais se reveste da *ultima ratio*, qual ramo assim é tratado ? A que o Estado irá recorrer em caso de não responder a intervenção penal?

Neste vetor, ressalte-se, ainda há tempo para a revisão de conceitos e o Estado salvaguardar-se de seus erros, a fim de reestabelecer ao plano penal sua real função, evitando a disseminação de bens jurídicos, outrora, podendo ser objetos de meios outros de contenção que não este.

Assim, retomando toda a discussão, quem sabe, numa pretensão de resumir a visão de Hassemer¹⁹⁶, apesar de não ser a contento, apesar de respeitável, a fim de orientação ao legislador ou ao aplicador da lei em geral, diante de toda esta expansão penal, como forma de resgate do princípio da intervenção mínima penal, tem-se a perquirir os seguintes tópicos :

- La noción de bien jurídico debería adecuarse a la realidad : cuando hablamos de bien jurídico, hablamos de la relación correcta entre Derecho y vida, de un puente firme hacia los – verdaderos – bienes de las personas hoy em día; esto exige una integración inteligente en el sistema de bienes jurídicos de las condiciones de vida de la moderna socialización, esto es, sobre todo de intereses universales.

- El concepto de bien jurídico debería ser seletivo y nítido : se trata de los limites a la intervención em la libertad de actuación humana, es decir, de un concepto protector de la libertad, por lo que exige diferenciones precisas de los objetos y denominaciones cercanas a los hechos.

-Por último, el concepto de bien jurídico debería ser generalmente comprensible : debe facilitar el control democrático del legislador, puesto que es lo primero que tiene que hacer posible; esto prohíbe generalizaciones nebulosas, que impiden a todos hacerse una Idea.

Infelizmente, a desordem do Estado tem proporcionando a abertura destes novos caminhos que não se caodunam com um Estado Democrático de Direito e caberá aos operadores do Direito a leitura correta das leis vigentes, mas sem eficácia diante de nossa Carta Política¹⁹⁷.

Ou, devemos, diante desta dialética, recorrer, novamente, à Copetti¹⁹⁸, pois assevera, por outro lado, que enquanto:

¹⁹⁶ HEFENDEHL, op. cit., 2007, p. 104.

¹⁹⁷ STRECK; CALLEGARI; MORAIS (Org.), op. cit., 2007, p. 221.

¹⁹⁸ SANTOS, André Copetti,. **Da intervenção mínima à intervenção minimamente necessária para a realização do Estado Democrático de Direito nos países de modernidade tardia**. Revista de Hermenêutica Jurídica, Em Busca dos Direitos Perdidos :Uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003, p.31.

A constituição do Estado Liberal e toda sua estrutura principiológica está condicionada às contingências de seu tempo de origem, anterior às grandes transformações da sociedade industrial, o Estado Social é exatamente fruto desta nova sociedade. Resultou disso alterada e ampliada a função do Direito, em razão das novas demandas sociais surgidas com a sociedade industrial. Por consequência, e não poderia ser diferente, modificada e alargada também ficou a função do Direito Penal. De uma função de garantia a ser concretizada preferencialmente mediante a abstenção estatal, trafejou-se para uma concepção de garantia material, cuja efetivação reclama a intervenção.

Assim, numa tentativa racional de leitura do princípio da intervenção mínima ainda que frente a esta interminável expansão penal, temos a refletir que a positivação constitucional de direitos fundamentais individuais e coletivos geram, por si só, um conflito entre indivíduo e coletivo, porém, deve-se, para materialização do bem jurídico, frente a tudo o que foi dito, levar em consideração a fiel observância de elementos formais axiológicos, de cunho normativo, previstos na Constituição Federal, além do que não pode o legislador e tampouco o julgador imiscuírem-se dos conflitos que permeiam a *applicatio* das normas de cunho punitivo. Desta forma, ainda que a revolução tecnológica dê-se em total rapidez, e ainda que a intervenção penal seja mais acentuada, temos que a busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme o preconizado no art.3º, CF/88 deve ser a diretriz do agir, qual seja, o mínimo do razoável o Estado tem de cumprir com seus destinatários.

É de qualquer modo, irremediável, chegar-se a perceber que ante esta fenomenologia apresentada, resta alterada a clássica função de limitação e justificação da punição estatal-penal por meio da proteção de bens jurídicos, fazendo-se, por outro lado, que essa dita proteção passa a assumir, do contrário, uma natureza de ampliação da intervenção estatal através da punição penal.

Logo, o fato de viver-se em sociedade, por si só, já acarreta alterações de paradigmas dogmáticos e jurídicos, pois, influi diretamente no Direito Penal, sendo que esta expansão, advinda de tempos anteriores implica no incremento de novos riscos, o que causa preocupação do Estado em estabelecer meios de controle de contenção destes, porém, a questão perdura, quanto ao que e como elencar os bens jurídicos em comento. O que se sabe, ao certo, é que a seara penal não pode ficar ociosa, devendo usufruir-se de sua potência, mas a medida limite é que não se tem

como mensurar, restando daí ideologias, opiniões, crenças, sem, contudo, homogeneizar-se o vetor central de atuação penal.

Neste condão, a inserção de propostas de intervenção político-criminais, sem dúvida, poderiam auxiliar, e muito, nesta dialética entre a intervenção mínima e a expansão penal, pois esta intervenção não se centra na norma, mas em momento, até mesmo, anterior a sua produção, qual seja na orientação político-criminal a ser seguida, na escolha seletiva de meios ou instrumentos, na criação da norma punitiva, na auferição de um programa de Política Criminal ante um fenômeno criminal.

Logo, não havendo, de fato, um Programa de Política Criminal, não há se falar em acordos e políticas legislativas, pois, de todos conhecido, que os valores, ideologias, metas, orientações são divergentes, deixando exsurgir as legislações emergenciais, no caso eminentemente simbólicas.

Portanto, todo este conjunto de mudanças reclamam ação do Estado e o Direito Penal, indubitavelmente, deve participar, porém, levando a efeito sua mínima participação ao máximo de necessidade de cumprimento de seu mister, pois o Direito é um todo, sendo este apenas uma parcela.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da presente dissertação procurou-se demonstrar, primeiramente, a exata relevância fática que possuem os princípios na concretização das premissas legais.

Assim, por certo, temos a considerar, que a exata dimensão de interpretar-se um princípio está centrada na capacidade de vislumbrar a realização constitucional, procurando dar máxima efetividade à Constituição, a qual é o cerne e guia de toda a emblemática discussão.

Vê-se, de forma clara, que estamos diante de um Direito criador, inovador, sendo que sua compreensão somente ocorrerá quando da visão de autonomia do legislador democrático dentro do parâmetro constitucional, ao passo da inadmissibilidade da onipotência judicial, pois não são os princípios valorações individuais que são modeláveis conforme a vontade do julgador ou do legislador.

De fato, ocorreu uma evolução de princípios constitucionais decorrentes de uma revolução paradigmática do Direito, havendo o que se denomina de institucionalização do mundo prático, com ruptura de dualismos até então existentes nas culturas anteriores, instaurando-se um novo modo de ser e se ver os princípios.

A conjugação entre princípio-moral-decisão passa ser uma linha mestra de validação da constitucional, surgida de uma transformação do mundo, pois não se pode dar aos princípios uma natureza enrijecida, estática, imóvel, uma vez que a razão de ser destes é exatamente a adequação de interpretação do novo.

Seria então de entender-se que o princípio não se legitima somente através da sua aplicação no caso concreto, mas sim no reconhecimento da sua carga valorativa constitucional, numa completa associação da justiça, extraída do alcance imensurável de que o Estado Democrático de Direito é uma efetivação de direitos fundamentais.

Ainda, mais precisamente, no tocante aos princípios penais, ainda que em grande número, deve-se evitar o que se denomina de panprincipiologismo, sob pena de os princípios serem criados diariamente, evitando-se, assim, a imperatividade judicial, bem como a criatividade do intérprete, ora inimigos da autonomia do direito.

Neste caso, particularmente, no que se refere ao princípio da intervenção mínima, é uma verdadeira *prima ratio*, num abandono do caráter subsidiário ou *ultima ratio* que assume, ou deveria assumir, o Direito Penal, levando a efeito uma

ruptura á teoria liberal clássica, passando a ser o meio emergencial de conflitos negativos ou positivos, cumprindo esta ramo do Direito funções que não lhe são precípuas, as quais, em regra, pertenceriam a outros áreas do Direito, que não são melhores ou piores.

Logo, como o Estado atesta sua ineficácia diuturnamente, procura através do Direito Criminal institucionalizar suas ações, na tentativa, porém frustrada, de demonstrar sua capacidade de agir de forma efetiva, mas, pelo contrário, somente demonstra que a norma punitiva não atende aos pedidos de qualquer natureza.

Assim, a intervenção penal deve ser sentida pelo cidadão em último caso, ao passo que outros ramos do direito frustem com sua incapacidade de resolução dos problemas.

Porém, devido ao próprio descontrole estatal, o Direito penal surge como alternativa num momento de pré-ação, ocupando lugares de leis não penais, sendo que tende a cada vez mais inflar, descaracterizando, por si só, sua natureza, o que pode culminar no seu enfraquecimento.

Ocorre uma abertura de novos caminhos a serem trilhados pela área penal que não se coadunam com o status social em que vivemos.

A intervenção mínima procura fazer com que a lei penal não se torne comum, corriqueira, vazia de efetividade, sendo um instrumento de secundariedade.

A par desta conceituação, há a expansão do Direito Penal, através de um novo mundo de reflexões e tecnologias, o qual faz surgir uma sociedade vivenciada pela insegurança, diante de estabelecimento de novos bens jurídicos, os quais, atualmente, são selecionados aleatoriamente pelo legislador, numa completa, mas remediável, inobservância da correta interpretação constitucional para o elenco do que merece a guarida penal.

Assim, numa convivência de uma sociedade de risco, cria-se um Direito Penal de Risco, mediante conclamação de novos bens jurídicos supraindividuais de conteúdo difuso, pois são novas realidades que estamos a perceber, novas necessidades se fazem presente.

Ainda que se tenha tentado definir como forma de limitação ao legislador da definição de bem jurídico através da teoria do bem jurídico, não se pode conceber que continue atuando ao seu livre alvitre, sob pena de cada vez mais tornar-se o caminho primeiro de agir estatal.

Com esta relatada expansão, a qual dá-se por diversos fatores, dentre os quais a omissão de políticas públicas, faz com que ocorra a mudança de paradigma da lesão individual para a lesão coletiva, pois onde até então punia-se a efetiva lesão, passa-se a punir a “expectativa de lesão”, numa clara e equivocada antecipação penal. Sem dúvida, transforma o Direito Penal num complemento de efetividade de reforço às funções administrativas.

Logo, ante esta constatação, assume a função penal um caráter dirigista, punindo o mero descumprir de normas ditas organizativas. Neste contexto, a punição visa impedir condutas que venham a gerar riscos á sociedade, já conflagrada a sensação de insegurança.

Do exposto, indubitável, pois, que não se admite a conjugação entre o princípio da intervenção mínima com a expansão penal, eis que a contraposição centra-se por exato no fato de que o surgimento de novos bens jurídicos são justificados pelo avanço social, o que não deveria, uma vez que este atuar é resultado de uma exigência do cidadão, cedendo o legislador á pressão, fazendo com que a lei penal assuma a falsa idéia de que com sua existência irá excluir os problemas sociais.

Diante de uma real necessidade, o Estado pode e deve usufruir do Direito Penal, porém a seleção de bens jurídicos é o que deve ser discutido, e firma-se, de difícil pacificação conceitual. Mas, ao certo, o que se sabe é que dentre estas várias causas de expansão penal, o que leva de encontro à intervenção mínima, é a absoluta escassez de políticas públicas, as quais, uma vez mais efetivas, de fato, poderiam minimizar este conflito tão exacerbado nos dias atuais, fazendo com que o Estado efetive o pedido social por outros meios que poderiam ser tão eficazes quanto a punição.

Portanto, a relação não amistosa entre estes institutos é latente, sendo a esperança que o Estado reveja sua função primeira de cumprir a Constituição, o que, se assim fosse, este conflito cederia às impropriedades que são comuns nos dias atuais da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARÁN, Mercedes Garcia. **Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad em el Código Penal de 1995**. Pamplona : Aranzadi, 1997.

BARATTA, ALESSANDRO. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2002.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona: Paidós, 1998, p. 25 e ss.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 8ª ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

_____. **Tratado de direito penal**, 16. ed., parte geral, volume 1, São Paulo: Editora Saraiva , 2010.

_____. **Tratado de Direito Penal**, Vol. I, 16ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, p. 2011.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ed. Cone, 1999.

BRASIL. **Código Penal**. 7ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo. **Anuário 07, Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH; Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Hermenêutica e (pos)positivismo** : por que o ensino juridico continua de(sin)formando os alunos ? Anuário 07, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CONDE, Munõz. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Para uma dogmática do direito penal secundário**. Direito Penal Econômico e Europeu : Textos Doutrinários; V. I; Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENGELMANN, WILSON. MORAIS, Jose Luis Bolzan de e STRECK, Lênio Luiz (org.). **Da fundamentação à proteção dos direitos humanos**: a tradição e a linguagem como condição de possibilidade para a sua perspectiva universal e multicultural. Anuário n.05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** – teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, passim.

_____. **Derecho y razón**. Madrid: Editorial Trotta. 2000

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo aurélio século XXI**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico** - penais contemporâneos.; direitos fundamentais e proporcionalidade :notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categoria da proibição do excesso e de insuficiência em matéria criminal. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Edipucrs, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal Parte Geral, Introdução, volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HABERMAS, Jurgem. **Direito e democracia entre factividade e validade**. Rio De janeiro: ed. Tempo Brasileiro, 1993.

HART, H.L.A., **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**; Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico** - ? Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático ? Marcial Pons, Madrid e Barcelona : Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A.; 2007.

JAKOBS, Günter (Org.). **Direito Penal do Inimigo**. Luis Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESCHECK, Hans H. **Tratado de derecho penal**. Granada: Comares, 1993.

JESCHECK, Hans-Heirich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal** : parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete, 5ª ed., Granada : Comares, 2002.

JÚNIOR, Pedro Proscurcin(Org.). **Humanidades**. Ronie Alexsandro Teles da Silveira e Paulo Ghirdelli Jr. Rio de Janeiro: Editora DP&A, 2004.

LARGO, Antônio Osuna Fernandez. **La hermenéutica Jurídica de Hans ´Georg Gadamer**. **Valladolid**. Vol. 1. Universidad de Valladolid: Secretariado de Publicaciones, 1992.

LHUMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. México : Iberoamericna, 2002

LUISI; Luis. **Filosofia do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1993.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito – uma teoria da argumentação jurídica**. Tradução Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo; Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008.

MAURACH, Reinhardt. **Tratado de derecho penal**. Tradução Juan Córdoba, Barcelona: Ed. Ariel, 1962

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**; Lisboa: Universidade Católica Ed.,1999

MELIÁ, Manuel Câncio (Org.). **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Günter Jakobs, Manuel Cancio Meliá. Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**, 2ª ed., São Paulo: RT, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso De Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

MENDONZA, Blanca Buergo. **El derecho penal em la sociedad del riesgo**. Madrid : Civitas, 2001

MINAS GERAIS. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus HC 98152 / MG**. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; **Julgamento: 19/05/2009**; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicado em 05-06-2009. Disponível em <WWW.stf.gov.br>. Acesso em 07 Mar. 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. **A jurisprudencialização da constituição e a densificação da legitimação da jurisdição constitucional**. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica, 2004.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, LÊNIO LUIZ; . **Ciência política e teoria do estado**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NEDEL, Antônio Carlos. **A Superação do método positivista e o reencontro do direito com o direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

NEVES, Antônio Castanheira, **Questão-de-fato, questão-de-direito**. Coimbra. Almedida, 1967.

NIETZSCHE, Friedrich. **A genealogia da moral**; Trad. Antônio Carlos Braga; 2ª ed. São Paulo : Editora Escala, 2007.

PIERANGELI, José Henrique e ZAFFARONI Eugênio Raul; **Manual de direito penal**, V. 1, Parte Geral, 7ª ed., Revista dos Tribunais, 2007.

PUIG, Santiago Muir. **Estado, pena y delito**; Buenos Aires: b de f ltda, Argentina, 2006.

RANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**; 4ª ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE, Miguel Junior. **Instituições de direito penal – Parte Geral**. 3ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 2009.

REVISTA ESTUDOS JURÍDICOS, **A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo**. Lenio Luiz Streck; n. 38. São Leopoldo: Unisinos., RGS, janeiro-abril de 2005.

RIO GRANDE DO SUL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no REsp 1160460 / RSAGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL2009/0190524-8**. Ministro JORGE MUSSI; QUINTA TURMA; julgamento em 22/03/2011; publicado em 04/04/2011. Disponível em: <www.stj.gov.br> . Acesso em 07 Mar. 2011.

RIPPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais;teoria e prática**; Tradução. Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2005.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La política criminal em la encrucujada**. Argentina: Editorial BDF, 2007.

ROCHA, Leonel Severo da (Org.),**Teoria do direito e do estado**. Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1994.

ROCCO, Arturo. **El problema y el método de la ciência del derecho penal**. Bogotá: Editorial TEMIS Librería, 1982.

RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. **Política criminal**. Madrid: Colex, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**, Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1999.

ROXIN, Claus. **Estudos do direito penal**, Tradução Luís Greco, RJ. SP, Recife: Renovar, 2006.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André CALLEGARI, Luis; GIACOMOLLI, Nereu José. 2ª ed. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Introducción al derecho penal by al derecho procesal penal.** Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal ao Direito Processual Penal.** Belo Horizonte : Del Rey, 2007.

SANCHEZ, Jesús Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **La expansión del derecho penal.** aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales; Madrid : Civitas, 1999.

SANTOS, André Copetti. **Da intervenção mínima à intervenção minimamente necessária para a realização do Estado Democrático de Direito nos países de modernidade tardia.** Revista de Hermenêutica Jurídica, Em Busca dos Direitos Perdidos :Uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003.

_____. **Direito penal e estado democrático de direito.** Porto Alegre : Livraria do Advogado , 2000.

STRECK, Lenio; **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2ª ed. Porto Alegre Livraria do Advogado, 2010

_____. **A expansão do direito penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Hermenêutica jurídica em crise – Uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2005.

_____. **Verdade e consenso.** Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2009.

_____. **Verdade e consenso.** Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André. **O Direito penal e os influxos legislativos pós-Constituição de 1988 : um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição ?** In : Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. São Leopoldo: Ed. Unisinos. 2003.

STRECK, Lenio Luiz; CALLEGARI, André Luís; MORAIS, José Luís Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica.** estado e política criminal : a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social Anuário 04. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Estado e política criminal :** a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. Anuário 04. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo. Quartier Latin, 2007.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**; 2ª edição, Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

YACOBUCCI, Guillermo. **El sentido de los principios penales**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma,. 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**, Vol. 01; Parte Geral; 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Brasil, 2007.