

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

**AMÉRICO BRAGA JÚNIOR**

**A (I)LEGÍTIMA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL A PARTIR DO  
PROCEDIMENTO DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY: A  
PROPORCIONALIDADE COMO VETOR PARA UMA ADEQUADA RELEITURA  
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SÉCULO XXI**

**SÃO LEOPOLDO**

**2014**

**Américo Braga Júnior**

**A (I)LEGÍTIMA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL A PARTIR DO  
PROCEDIMENTO DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY: A  
PROPORCIONALIDADE COMO VETOR PARA UMA ADEQUADA RELEITURA  
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SÉCULO XXI**

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

Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari

São Leopoldo

2014

B178i

Braga Júnior, Américo

A (i)legítima expansão do direito penal a partir do procedimento da ponderação de Robert Alexy: a proporcionalidade como vetor para uma adequada releitura dos direitos fundamentais no século XXI / Américo Braga Júnior. – 2014.

288 f. ; 30cm.

Tese (doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2014.

Orientador: Prof. Dr. Dr. André Luís Callegari.

1. Direito penal - Expansão. 2. Direitos fundamentais. 3. Alexy, Robert - Ponderação I. Título. II. Callegari, André Luís.

CDU 343

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

A tese intitulada "A (I)LEGÍTIMA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL A PARTIR DO PROCEDIMENTO DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY – a proporcionalidade como vetor para uma adequada releitura dos direitos fundamentais no século XXI", elaborada pelo doutorando **Américo Braga Júnior**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 15 de agosto de 2014.

  
Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

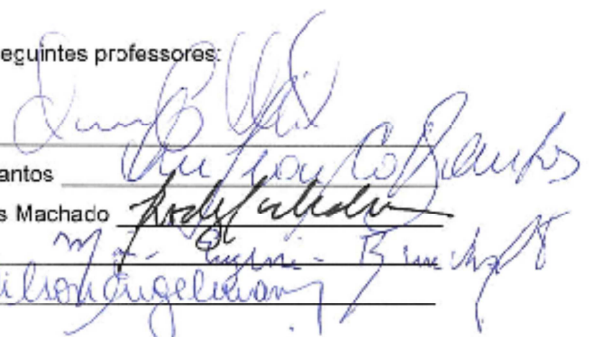
Presidente: Dr. André Luis Callegari

Membro: Dr. André Leonarco Copetti Santos

Membro: Dra. Marla Rodriguez de Assis Machado

Membro: Dra. Maria Eugênia Bunchaft

Membro: Dr. Wilson Engelmann



No momento do término deste trabalho doutoral sinto a presença de Deus. Tenho a convicção de que foi ele que me colocou no Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Obrigado por me proteger, ensinar e iluminar meus passos!!!

Ao professor Dr. André Luís Callegari, meu orientador, agradeço pela confiança e, principalmente, por me ter permitido conviver com um ser humano tão especial, brilhante e iluminado como você. Sempre será meu orientador. Estarei sempre à sua disposição. Muito obrigado André!

Marcela Souza de Paula, namorada, noiva, mulher, companheira, amiga, meu amor, tudo tem valido a pena porque concordamos em pintar e materializar um projeto de vida sólido, sereno e sincero. Te amo.

## RESUMO

A estrutura garantista do Direito Penal, forjada no Estado Liberal de Direito, cumpriu com brilhantismo o seu escopo no decorrer dos tempos, sendo portador de um conteúdo de intervenção máxima para algumas classes sociais e de um conteúdo mínimo para outras. Os direitos fundamentais ou princípios liberais desse ramo jurídico sempre buscaram legitimar e, conseqüentemente, afastar a essência da discussão concernente a atuação do Direito Penal como um eficiente instrumento de controle social, criminalizando comportamentos inerentes aos indivíduos desprovidos das condições de possibilidade para integrarem materialmente o mundo capitalista, assim como fundamentar a ilegitimidade do mesmo para intervir em face às condutas praticadas pelos indivíduos inseridos no sistema capitalista. Não há dúvida de que, no Estado Liberal de Direito, o Direito Penal liberal exerceu papel imprescindível na efetivação de direitos e garantias fundamentais de primeira dimensão. A indagação que deve ser respondida é: A quem e para quem tem servido o Direito Penal? O Estado Social de Direito no Brasil ainda não foi vivido de modo efetivo. Um rol extenso de direitos fundamentais sociais não passou de uma promessa vazia, de um sonho não vivido. A sociedade mudou, o mundo mudou. A sociedade atual caracteriza-se por uma intensa complexidade, na qual a criminalidade se modernizou, novos interesses relevantes surgiram, enfim, as características da atualidade são completamente diversas das características do momento histórico em que se estruturou o Direito Penal liberal ou garantista. Por que o Direito Penal deve permanecer atrelado ao paradigma liberal-individualista e não deve modernizar-se, adequando-se à nova sociedade para buscar combater com eficiência a nova criminalidade? Entendemos que o Direito Penal extrai sua legitimação não na teoria do bem jurídico, mas sim na teoria da *prevenção geral positiva*, isto é, a função a ser exercida pelo Direito Penal seria negar a negação gerada pelo comportamento infrator da norma, restabelecendo a validade e a credibilidade da mesma, atuando, portando, contrafaticamente. Em uma sociedade complexa, deve o sistema jurídico-penal contribuir para reduzir a complexidade social. Para que ocorra a modernização ou expansão do Direito Penal, se adequando às peculiaridades da sociedade e da criminalidade na atualidade, torna-se necessária a limitação de determinados direitos e garantias fundamentais individuais. Tal limitação sempre pautada pelos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo sempre como parâmetro o ganho que será conquistado na efetivação de outros direitos e garantias fundamentais, porém, na atual quadra da história, de conteúdo social. Não compactuamos com a supressão de direitos e garantias fundamentais individuais,



mas sim, valendo-se dos postulados da concordância prática, da unidade da Constituição, proporcionalidade e razoabilidade, da realização de uma moderna, atual e necessária releitura dos direitos e garantias fundamentais individuais, cotejando as mesmas com a também necessária efetivação do direito fundamental a segurança pública, assim como com a efetivação de inúmeros outros direitos fundamentais sociais. O combate eficiente aos crimes de colarinho branco, contra a ordem econômica e tributária, crimes empresariais e outros, contribuirá para a efetivação de direitos fundamentais de quais classes sociais? Por que tanta resistência no reconhecimento da legitimidade da modernização ou expansão do Direito Penal? Os direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional significam princípios constitucionais e, portanto, em uma sociedade plural e complexa como a atual, é frequente a ocorrência de colisão entre princípios. No tema modernização ou expansão do Direito Penal a essência da discussão é a colisão entre direitos e garantias fundamentais individuais e direitos e garantias fundamentais sociais. A legitimidade ou a ilegitimidade da modernização do Direito Penal deverá ser inferida no caso concreto, tendo como método de aferição o Procedimento da Ponderação desenvolvido por Robert Alexy, assim como os postulados normativos aplicativos da proporcionalidade e da razoabilidade. É imprescindível que o Direito Penal supere o paradigma liberal-individualista, altere seu instrumental material de combate à criminalidade, contribua decisivamente na efetivação de direitos fundamentais sociais, resgate a credibilidade da vontade geral contida na norma violada e reduza a complexidade da sociedade atual. Em qual sociedade queremos viver? Quais os objetivos da República Federativa do Brasil?

Palavras-chave: Expansão do direito penal. Colisão de direitos fundamentais. A resposta constitucionalmente adequada.

## ABSTRACT

The guarantee structure of Criminal Law forged in the Liberal State under the rule of Law has fulfilled greatly its scope though years, being a carrier of maximum intervention content for some social classes and minimum for others. The fundamental rights or liberal principles of this legal branch always sought to legitimate and consequently, keep away the essence of discussion, the action of the Criminal Law as an efficient tool of social control, criminalizing behaviour of those with no possible conditions to integrate the capitalist world-system, as well as substantiate illegitimacy to intervene in the individual conduct into the capitalist world-system. There is no doubt that in the Liberal State of Law, Liberal Criminal Law played a key role in effecting essential rights and guarantees of first dimension. To whom has the Criminal Law served? The Social State of Law in Brazil hasn't had its effectiveness yet. A long list of essential social rights was only an empty promise, hope of a worthy life or a dream not lived. Society has changed, world has changed. Today's society is characterized of a high complexity in which crime has upgraded, relevant interests has emerged, finally, the features of the current world is completely different from those in which Liberal Criminal Law or guarantees have been structured. Why does Criminal Law have to be coupled to liberal-individualist paradigm and must not modernize, suit the new society to fight efficiently the new crime? We understand that Criminal Law does not draw its legitimacy in the theory of legal system, but in the theory of positive general prevention, that is, the role played by Criminal Law would be to deny the negation created by the offending standard's behaviour, restoring its validity and credibility, acting, therefore, *contrafaciamente*. In a complex society, the criminal legal system must contribute to reduce social complexity. So that modernization or expansion of criminal law occur, being suitable to society's peculiarities and crime in today's world, limitation of some rights and essential individual guarantees is necessary, such limitation based on normative postulates of proportionality and reasonable terms, having as parameter the gain achieved to promote other essential rights and guarantees, however, with social content now. We do not agree with the suppression of individual essential rights and guarantees, but yes, making use of postulates of practical concordance, unity of Constitution, proportionality and reasonableness, achieve a modern, up to date and necessary rereading of essential individual rights and guarantees, collating them with the need of fundamental rights to the public safety, as well as the effectiveness of many fundamental social rights. The effective fight against white collar crimes, economic and tax policy, corporate crimes and others will contribute to the enforcement of fundamental rights of which social class? What's

the reason for such resistance in recognizing the legitimacy of modernization or expansion of criminal law? The essential rights and guarantees enshrined in the Constitution mean constitutional rights, therefore, in a pluralistic and complex society as the current one, it's common the collision between principles. On the topic of criminal law modernization or expansion, the essence of discussion is the collision between individual rights and guarantees, and social rights and guarantees. Legitimacy or illegitimacy of criminal law modernization should be inferred in this case, with measuring method the ponderation procedure developed by Robert Alexy, as well as the normative postulates applications of proportionality and reasonableness. It is imperative that criminal law overcomes liberal-individualist paradigm, changes its instrumental material to fight crime, contributes decisively in the enforcement of fundamental social rights, rescues the credibility of the general will contained in the violated standard and reduces the complexity of today's society. In which society do we want to live?

**Key-words:** Criminal law expansion. Collision between fundamental rights. A constitutionally adequate response.

## RESUMEN

Una estructura del Derecho Penal garantista, forjada en lo Estado Liberal de Derecho, cumpriu com brilhantismo o seu escopo no decorrer del dos tiempos, sendo portador de un conteúdo de intervención máxima en relación la algunas clases sociales y de un conteúdo mínimo en relación la otras. Los derechos fundamentales o principios liberales desse ramo jurídico siempre buscaram legitimar y, consecuentemente, afastar una essência de la discusión, una atuação no de como lo Direito Penal tiene atuado como instrumento de controle de sociales, criminalizando comportamientos inherentes aos individuos desprovidos de las condiciones de la posibilidad para integraren materialmente la sociedad capitalista, assim como fundamentar una ilegitimidad do miesmo para intervenir em lo combate en las conductas praticadas pelos individuos inseridos en lo sistema capitalista. No há dúvida que, en lo Estado Liberal de Derecho, o Direito Penal liberal exerceu imprescindível función na efetivación de derechos y garantías fundamentales de primera dimensión. A quién Y para quién tienes servido lo Derecho Penal? El Estado Social de Derecho en Brasil ainda no foi vivido de modo efectivo. Um rol extenso de derechos fundamentales sociales no passou de una promessa vazia, de esperança en una vida digna, de un sonho no vivido. La sociedad mudou, lo mundo mundou. La sociedad actual caracteriza -se por una intensa complexidad, na cual la criminalidad sí modernizou, nuevos intereses relevantes surgiram, enfin, como características de la actualidad san completamente diversas de las características del momento histórico em que se estruturou lo Derecho Penal liberal garantista, lo Derecho Penal deve permanecer atrelado ao paradigma liberal- individualista y no deve modernizar - se, adequando-se à nueva sociedad visando combater con eficiência una criminalidad nueva? Entendiemonos que lo Derecho Penal extrai sú legitimación no en la teoria do bien Juridico, mas si en la teoria da prevención general positiva, isto é, lo acto de violar la norma penal geraria la comunicación de que la norma no teria vigência, credibilidad. La vontade general contida en la norma seria sucumbida pela la vontade individual contida en lo comportamiento delituoso. La intervención jurídico-penal produziria una comunicación en lo sentido de que la comunicación gerada pelo acto criminoso no sería válida y la norma continuaria vigendo e válida, resgatando la credibilidad en la norma . En una sociedade complexa, deve lo Sistema jurídico- penal contribuir pára reduzir la complexidade social. Para que ocorra una modernización ou expansión de lo Derecho Penal, sí adequando às peculiaridades de la sociedad y de la criminalidad na actualidad, torna -se necessária una limitación de determinados derechos y garantías fundamentales individuais, tal limitación siempre pautada

pelos postulados normativos da proporcionalidad e da razoabilidade, tendo siempre como parámetro lo ganho que será conquistado en la efetivación de otros derechos y garantías fundamentales, porém, ahora, de contenido social. No compactuamos con una supresión de derechos y garantías fundamentales individuales, mas sí, valendo-se dos postulados da concordancia prática, da unidade de la constitución, proporcionalidad e razoabilidade, de la realización de una moderna, atual e necessária releitura dos derechos e garantías fundamentales particulares: cotejando las mismas con la también necessária efetivación de lo derecho fundamental la segurança pública, assim como con una efetivación de inúmeros otros derechos fundamentales sociais. El combate de los crimes de colarinho branco, contra la ordem econômica e tributaria, crimes empresariais y otros, contribuirá para la efetivación de derechos fundamentales de cuales clases sociales? Por que tanta resistência no reconocimiento de la legitimidad de la modernización ou expansión de lo Derecho Penal? Os derechos y garantías fundamentales previstos en lo texto constitucional significan principios constitucionales y, portanto, en una sociedad plural y complexa como és la actual, és frecuente la ocorrência de colisión entre princípios. No tema de modernización o expansión de lo Derecho Penal la essência da la discusión és la colisión entre derechos y garantías fundamentales individuales y derechos y garantías fundamentales sociais. La legitimidad o la ilegitimidad de la modernización do Dereho Penal deverá ser inferida en lo caso concreto, tendo como critério de la aferición lo Procedimento de la Ponderación desenvolvido por Robert Alexy, así como los postulados normativos aplicativos de la proporcionalidad y razoabilidade. És imprescindibile que lo Derecho Penal supere lo paradigma liberal - individualista, altere su instrumento de combate de la criminalidad y decisivamente contribue en la efetivación de los derechos fundamentales sociais, resgatando la credibilidad de la vontade general contida en la norma violada y reduza la complexidad de la sociedade actual. En cual sociedad queremos viver?

Palabras-clave: Expansión del derecho penal. Colisión de derechos fundamentales. La resposta constitucionalmente adecuada.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>14</b>
<b>2 OS FUNDAMENTOS DA INTERVENÇÃO JURÍDICO-PENAL .....</b>	<b>20</b>
<b>2.1 Legitimação Material do Direito Penal por meio da Proteção de Bens Jurídicos.....</b>	<b>20</b>
2.1.1 O Estado Liberal e o Direito Penal.....	21
2.1.2 O Conceito de Bem Jurídico.....	40
2.1.3 Insuficiências da Teoria do Bem Jurídico .....	52
<b>2.2 A Norma como Bem Jurídico-Penal – Estabilização de Expectativas Normativas....</b>	<b>60</b>
2.2.1 A Sociedade de Risco e o Direito Penal .....	61
2.2.2 A Ação como Ato Comunicativamente Relevante.....	64
2.2.3 A Intervenção e a Punição Estatal Atuando Contrafactivamente .....	71
<b>2.3 O Conteúdo e a Função da Punição Estatal .....</b>	<b>73</b>
2.3.1 O Conceito de Pena .....	73
2.3.2 As Teorias Absolutas (Teorias da Retribuição).....	75
2.3.3 As Teorias Relativas (Teorias da Prevenção).....	77
2.3.3.1 <i>As Teorias da Prevenção Geral</i> .....	78
2.3.3.2 <i>As Teorias da Prevenção Especial</i> .....	84
2.3.4 Teorias Mistas ou Híbridas.....	89
2.3.5 A Vigência da Norma como Bem Jurídico-Penal .....	93
<b>3 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL .....</b>	<b>102</b>
<b>3.1 O Estado Atual da Política Criminal.....</b>	<b>102</b>
3.1.1 Os Fenômenos Expansivos.....	102
3.1.1.1 <i>Os Novos Interesses e o Aparecimento de Novos Riscos</i> .....	104
3.1.1.2 <i>A Institucionalização da Insegurança</i> .....	126
3.1.1.3 <i>O Descrédito de Outras Instâncias de Proteção</i> .....	128
3.1.1.4 <i>A Avocação Político-Populista do Discurso Penal</i> .....	133
3.1.1.5 <i>O Punitivismo e o Direito Penal Simbólico</i> .....	134
3.1.1.6 <i>As Últimas Tendências Mundiais do Poder Punitivo que não podem ser Deixadas de Lado pela Doutrina</i> .....	137
<b>3.2 Levando a Expansão às Últimas Consequências: o que é direito penal do inimigo .</b>	<b>148</b>
3.2.1 Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do inimigo .....	149
3.2.2 A Pena como Contradição ou como Segurança .....	152
3.2.3 Decomposição: cidadãos como inimigos .....	155

3.2.4 As Peculiaridades da Intervenção do Direito Penal do Inimigo.....	157
3.2.5 Direito Penal do Inimigo (Jakobs) como Terceira Velocidade do Direito Penal (Silva Sánchez).....	160
3.2.6 O Direito Penal do Inimigo como Contradição em seus Termos.....	165
3.2.7 O Direito Penal do Inimigo como Direito Penal do Autor.....	169
<b>4 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PONDERAÇÃO COMO “METODOLOGIA” ESTRUTURANTE PARA SUBSTANCIAR A “MODERNIZAÇÃO” DO DIREITO PENAL.....</b>	<b>172</b>
<b>4.1 Dos Direitos Fundamentais.....</b>	<b>172</b>
4.1.1 Evolução dos Direitos Fundamentais.....	172
4.1.2 Direitos Fundamentais: teorias.....	175
4.1.3 Núcleo dos Direitos Fundamentais.....	180
4.1.4 A Compreensão “Principiológica”: uma teoria a favor dos direitos fundamentais.....	186
<b>4.2 Restrições aos Direitos Fundamentais.....</b>	<b>196</b>
4.2.1 Direitos Fundamentais: restrições ou limites.....	196
4.2.2 Direitos Fundamentais Sociais.....	205
4.2.2.1 <i>Conceito e Estrutura</i> .....	205
4.2.2.2 <i>Um Modelo de Direitos Fundamentais Sociais</i> .....	212
<b>4.3 A Colisão de Princípios.....</b>	<b>217</b>
4.3.1 O Que é Princípio e o seu Papel na Atual Quadra da História.....	217
4.3.2 A Lei da Colisão.....	223
4.3.3 A Máxima da Proporcionalidade.....	240
4.3.4 Discricionariedade e a Ponderação.....	245
4.3.5 Adequação e Necessidade.....	247
4.3.6 Proporcionalidade em Sentido Estrito.....	251
4.3.7 A Vulgata da Ponderação em Terrae Brasilis.....	252
<b>4.4 A Expansão do Direito Penal como Resposta Constitucionalmente Adequada.....</b>	<b>259</b>
4.4.1 A Legitimidade da Expansão ou Modernização do Direito Penal.....	259
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>269</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>280</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a) a soberania; b) a cidadania; c) a dignidade da pessoa humana; d) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e e) o pluralismo político<sup>1</sup>. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e d) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação<sup>2</sup>. O ordenamento jurídico, pautado pelos desafios e peculiaridades de cada momento histórico, tem o compromisso de moldar a realidade social, bem como ser moldado por ela. O equilíbrio entre moldar e ser moldado tem como *ratio essendi* os direitos fundamentais, ou seja, é dever do Estado protegê-los e, ao protegê-los, efetivá-los, sendo tal fenômeno orientado e pautado pelos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade.

No Estado Liberal de direito, cujo arranjo jurídico-normativo caracterizou-se por uma intervenção mínima do Estado na regulação das atividades sociais, objetivando, de modo irrefutável, limitar a atuação do Direito Penal na vida dos cidadãos, criminalizar comportamentos típicos das classes sociais historicamente oprimidas e, em consequência, tutelar os interesses daqueles, de alguma forma, detentores do poder, surge a teoria do bem jurídico com o escopo de legitimar o papel exercido pelo Direito Penal. De acordo com a teoria do bem jurídico, a atuação do Direito Penal somente seria legítima quando tutelasse bem jurídico, como por exemplo, o bem jurídico vida, o bem jurídico patrimônio, o bem jurídico integridade física, dentre outros. Destaca-se que a teoria do bem jurídico, em decorrência do momento histórico em que surgiu, estava atrelada aos bens jurídicos individuais, assim como à efetivação dos direitos fundamentais de primeira dimensão. No Estado Liberal de direito o Direito Penal se estrutura em bases estritamente garantistas (para as classes sociais detentoras de poder), desenvolvendo uma base principiológica constituída, dentre outros, pelos seguintes princípios: a) legalidade; b) culpabilidade; c) irretroatividade da lei penal gravosa ao réu; d) insignificância ou bagatela; e) ofensividade; f) intervenção mínima; g) fragmentariedade; h) adequação social. Ocorre que, conforme se discutirá no decorrer do

---

<sup>1</sup> Artigo 1 da Constituição da República Federativa do Brasil. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2013.

<sup>2</sup> Artigo 3 da Constituição da República Federativa do Brasil. Ibid.



trabalho, tal teoria, não obstante encontrar bastante eco entre os estudiosos do Direito Penal, é insuficiente para legitimar a atual função a ser exercida pelo Direito Penal, assim como para controlar a discricionariedade na criminalização de comportamentos por parte do Estado.

Com a eclosão da revolução industrial, a sociedade passou a experimentar uma produção em massa em todos os setores econômicos, surgindo, o que se convencionou denominar, sociedade do risco. A sociedade do risco, por conseguinte, fez com que emergisse a necessidade de se tutelar e efetivar novos direitos fundamentais, até então desconhecidos ou de pouca expressão. Esses novos direitos ou interesses detentores da peculiaridade de transcenderem ao âmbito individual, como decorrência de desbordarem da dimensão individual, foram denominados direitos ou interesses transindividuais ou metaindividuais. Como exemplos se pode citar o meio ambiente, a economia, o consumidor e tantos outros. O Estado e, em especial, o Direito Penal, passaram a se ocupar desses novos interesses. A teoria do bem jurídico, para que pudesse se manter viva e com aderência aos seus postulados orginários, desenvolve a noção de espiritualização do bem jurídico, também conhecida como desmaterialização ou liquefação do bem jurídico. No decorrer do trabalho, constatar-se-á que a teoria da espiritualização ou desmaterialização do bem jurídico constitui mero artifício para a perpetuação da teoria do bem jurídico, tendo em vista que os fundamentos reitores da espiritualização são antagônicos aos fundamentos reitores do surgimento da teoria do bem jurídico, constituindo, portanto, contradição em seus próprios termos.

De lado outro, encontramos a teoria da prevenção geral positiva ou teoria da estabilização de expectativas normativas. Após analisar, de modo verticalizado, as teorias que buscam definir as funções da pena criminal e, em última análise, do Direito Penal - afastando as ideias de prevenção geral negativa, prevenção especial positiva e negativa -, a teoria da prevenção geral positiva se coloca como a teoria mais coerente e racional para legitimar a função da pena e do Direito Penal. De acordo com tal teoria, quando alguém inobserva a norma penal, exterioriza um esboço de mundo no qual a norma não vige, gerando tal comunicação aos demais membros sociais e, conseqüentemente, desestabilizando expectativas normativas. Ao violar a norma, o infrator desconsidera a vontade da coletividade contida na mesma, tornando sua vontade individual superior à vontade geral construída democraticamente. A intervenção do Direito Penal e da pena agiriam contrafaticamente, negando a negação contida na violação da norma penal, reafirmando a vigência e a validade da mesma e estabilizando expectativas normativas. O papel de estabilização de expectativas normativas por parte da intervenção jurídico-penal é fundamental em uma sociedade complexa como a atual. A teoria da prevenção geral positiva ou estabilização de expectativas

normativas é minoritária entre os juristas, porém, cada vez mais, vem conquistando adeptos pelo mundo.

Não podemos desconsiderar que a sociedade se transformou, a economia se desenvolveu, e o ordenamento jurídico-penal também precisou e ainda necessita acompanhar tais modificações. Com fulcro na teoria da prevenção geral positiva e orientado pela imprescindibilidade de combater, de modo eficiente e eficaz, a nova criminalidade (efetivando direitos fundamentais como a segurança pública, assim como, reflexamente, direitos fundamentais individuais), surge como tendência de Política Criminal a modernização ou expansão do Direito Penal. A modernização ou expansão do Direito Penal é fortemente criticada pelos estudiosos vinculados à estrutura do Direito Penal liberal. Após a análise dos fenômenos que tem impulsionado tal modernização, demonstrar-se-á que tal fenômeno é necessário e legítimo, e que encontra nos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade a sua legitimidade. Na modernização ou expansão do Direito Penal a grande discussão gira em torno da colisão entre direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais coletivos ou sociais. A (i)legitimidade da modernização ou expansão do Direito Penal possui como base os “limites” da restrição ou da flexibilização de direitos fundamentais individuais para otimizar ou efetivar direitos fundamentais coletivos ou sociais. O procedimento da Ponderação de Robert Alexy, bem como os postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade, desde que sejam estritamente observados - conforme será demonstrado no decorrer do trabalho -, constituem o método a ser utilizado para se concluir pela legitimidade ou pela ilegitimidade da expansão do Direito Penal.

A definição de quando e como o Direito Penal deve atuar deve ser extraída da Constituição da República. A vontade da coletividade, expressada pelo Poder Legislativo deve ser respeitada. O Poder Judiciário somente deve interceder na decisão política quando a mesma inobservar os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de fragilização da democracia e instalação da ditadura do Poder Judiciário.

A contribuição jurídica que a presente tese pretende realizar tem como escopo a imprescindibilidade do rompimento com o paradigma liberal-individualista que sempre norteou o Direito Penal, paradigma que constitui o principal obstáculo ao combate efetivo e eficaz da criminalidade moderna, típica do século XXI, o que contribui negativamente para uma maior efetividade de direitos fundamentais prestacionais, assim como para a efetivação dos direitos fundamentais à segurança pública e à paz. O Direito Penal deve modernizar-se, romper com o paradigma liberal-individualista, próprio do Estado Liberal de Direito, o que propiciará a maior efetivação dos direitos fundamentais à segurança pública, à paz, assim

como gerará condição de possibilidade para que o Estado brasileiro intensifique o combate aos crimes tributário, lavagem de dinheiro, crimes empresariais e delitos afins, impulsionando a arrecadação estatal, *conditio sine qua non* para a efetivação de direitos fundamentais sociais e coletivos. A modernização do Direito Penal significa uma modernização formal e material, isto é, a modernização formal está atrelada à questão quantitativa e a modernização material à questão qualitativa. A modernização formal tem sua relevância e é bastante criticada com fulcro no paradigma liberal-individualista da intervenção mínima do Direito Penal. A tese demonstrará que a intervenção mínima do Direito Penal, forjada no Estado Liberal de Direito, atualmente deve ser cotejada com as peculiaridades da sociedade complexa e que, desse modo, o adequado seria uma intervenção, nem máxima e nem mínima, mas necessária. A modernização material do Direito Penal constitui a essência da tese. A modernização material significa uma mudança de paradigma do Direito Penal, uma modificação do instrumental normativo-penal – quebra do paradigma liberal-individualista – no enfrentamento da criminalidade atual, moderna, profissional e, muitas vezes, organizada. Na dimensão material, nos deparamos com a colisão de direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais coletivos e sociais. A quebra do paradigma liberal-individualista produz, como consequência necessária e inevitável, a restrição de direitos e garantias individuais para que direitos e garantias coletivos e sociais sejam efetivados. O procedimento da Ponderação desenvolvido por Robert Alexy, assim como os postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade devem ser os vetores para a aferição da (i)legitimidade da expansão ou modernização do Direito Penal.

O Capítulo n. 02 da tese enfrenta a discussão acerca da função a ser exercida pelo Direito Penal na atual quadra da história, aprofundando a discussão acerca da teoria do bem jurídico e da teoria da prevenção geral positiva ou estabilização de expectativas normativas, assim como acerca das funções da sanção criminal. Uma das hipóteses a ser comprovada pela tese é a de que a função precípua do Direito Penal na sociedade complexa não é a tutela dos bens jurídicos mais relevantes, mas sim a tutela da vontade da coletividade contida na norma penal o que, por conseguinte, estabilizará expectativas normativas legítimas e reduzirá a complexidade social, fator da mais alta relevância para que a vida possa ser vivida com um mínimo de previsibilidade. O Capítulo n. 02 traça os principais fenômenos responsáveis pela tendência da Política Criminal denominada expansão ou modernização do Direito Penal, tais como o aparecimento de novos riscos, a institucionalização da insegurança, o descrédito de outras instâncias de proteção, dentre outros. No item 3.1.1.6, busca-se desenvolver as últimas tendências mundiais do poder punitivo que não podem ser deixadas de lado pela doutrina,

tendências que constituem o conteúdo da expansão material do Direito Penal, bem como o rompimento com o paradigma liberal-individualista característico do Estado Liberal de Direito. A expansão ou modernização do Direito Penal levado às últimas consequências tem sido denominada de Direito Penal do Inimigo, tema desenvolvido no 3.2. O Capítulo n. 04, intitulada *a teoria dos direitos fundamentais: a ponderação como “metodologia” estruturante para substanciar a “modernização” do Direito Penal*, tem por escopo desenvolver a teoria dos direitos fundamentais, assim como a relevância e a adequação da compreensão principiológica dos direitos fundamentais. O procedimento da Ponderação de Robert Alexy constitui a pedra de toque do Capítulo n. 04. A tese enfrentará cada elemento integrante do procedimento da Ponderação – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – e, de modo especial, refletirá sobre as críticas tecidas por Lenio Streck à vulgata da Ponderação em *terrae brasilis*. Reitera-se que a essência da expansão do Direito Penal reside na colisão entre direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais sociais e que, com fulcro na compreensão principiológica dos mesmos e valendo-se da Ponderação e dos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade torna-se aferível a (i)legitimidade da referida expansão. Os objetivos da República Federativa do Brasil jamais deverão ser descurados, sendo imperioso que todas as interpretações/aplicações jurídicas estejam cotejadas e harmônicas com os mesmos. Após o enfrentamento do procedimento da Ponderação e dos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade como metodologia estruturante para substanciar a “modernização” do Direito Penal, o Capítulo n. 04 pretende demonstrar que, nos termos da estrutura principiológica do texto constitucional, assim como nos objetivos a serem efetivados pelo Brasil, a expansão ou modernização do Direito Penal é a resposta constitucionalmente adequada no atual momento da história. A hipótese que se buscará confirmar é a de que o rompimento do Direito Penal com o paradigma liberal-individualista, oriundo do Estado Liberal de Direito – rompimento inerente à tendência da Política Criminal de expansão ou modernização do Direito Penal – contribuirá de modo relevante na efetivação de direitos fundamentais sociais e coletivos, o que é uma exigência da estrutura normativa constitucional. Os postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade, assim como o procedimento da Ponderação de Robert Alexy, atuariam como balizas e vetores na definição do limite da restrição de direitos fundamentais individuais visando a uma maior efetividade dos direitos fundamentais à segurança pública, à paz, bem como dos direitos fundamentais prestacionais.

A presente tese, portanto, encontra sua justificativa na urgente necessidade de se efetivar direitos fundamentais sociais, assim como dos direitos fundamentais à segurança

pública e à paz. Para tanto é condição de possibilidade a quebra com o paradigma liberal-individualista forjado no Estado Liberal de Direito, paradigma que tem servido como obstáculo ou resistência à expansão do Direito Penal. Para comprovar ou não a hipótese da tese, a pesquisa valer-se-á de obras doutrinárias, bem como de decisões dos Tribunais. A pesquisa será perspectivada pelo ângulo do método fenomenológico-hermenêutico. Sabendo-se que o método de abordagem visa aproximar o sujeito (pesquisador) e o objeto a ser pesquisado. Por isto, cabem algumas considerações sobre a metodologia que sustenta a pesquisa propriamente dita: o “método” fenomenológico-hermenêutico<sup>3</sup>. Vale dizer, não se fará uma análise externa, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos. Pelo contrário, o sujeito (o pesquisador) está diretamente implicado, pois relacionado, com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sobre as consequências dos seus resultados (suas descobertas e potencialidades). Assim, não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador, ele está no mundo onde a pesquisa será desenvolvida. Aí o significado do fenômeno. Já essa constatação fenomênica receberá a atribuição de sentido, a partir do círculo hermenêutico, especialmente a partir das contribuições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. É por isso que se concorda com o Professor Lenio Luiz Streck quando afirma: “o verdadeiro caráter do método fenomenológico não pode ser explicitado fora do movimento e da dinâmica da própria análise do objeto.” [...] Em decorrência disso, “a introdução ao método fenomenológico somente é possível, portanto, na medida em que, de sua aplicação, forem, obtidos os primeiros resultados. Isto constitui sua ambiguidade e sua intrínseca circularidade”. Ao se aplicar esse movimento, constata-se que a “sua aplicação somente terá lugar no momento em que tiver sido atingida a situação hermenêutica necessária. Antingida esta, descobre-se que o método se determina a partir da coisa mesma”<sup>4</sup>. No movimento do círculo hermenêutico, onde a pré-compreensão antecede a compreensão/interpretação/aplicação que se dará sentido aos resultados da pesquisa, onde o investigador estará diretamente implicado. Portanto, isto somente será possível a partir da experiência do pesquisador, mediante sua pré-compreensão de mundo, da vida e dos resultados que pesquisa poderá produzir na sociedade.

---

<sup>3</sup> STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico Heideggeriano. Sobre a essência do fundamento. In: CONFERÊNCIAS e escritos filosóficos de Martin Heidegger. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os Pensadores).

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 4.

## **2 OS FUNDAMENTOS DA INTERVENÇÃO JURÍDICO-PENAL**

Um dos temas mais debatidos e polêmicos do Direito Penal é o tema relativo ao fundamento da intervenção jurídico-penal. No Estado Liberal de Direito, com a finalidade precípua de limitar ou restringir a atuação do Direito Penal, surgiu a denominada teoria do bem jurídico. Com fulcro na teoria do bem jurídico, o fundamento da intervenção jurídico-penal seria a proteção dos bens jurídicos mais relevantes em determinado momento histórico. Em outras palavras, a intervenção jurídico-penal que não tutelasse bem jurídico relevante seria ilegítima e, portanto, destituída de amparo no ordenamento jurídico-penal. A teoria do bem jurídico obteve o mérito de conquistar, de modo amplamente majoritário, os estudiosos do Direito Penal em todo o mundo. Por outro lado, cada vez mais vem ganhando adeptos a denominada teoria da estabilização de expectativas normativas legítimas. A teoria da estabilização de expectativas normativas legítimas discorda que o fundamento da intervenção jurídico-penal seja a tutela de bens jurídicos. De acordo com a teoria da estabilização de expectativas normativas, o que deve ser tutelado pelo Direito Penal é norma penal, pois produzida de modo legítimo com a participação da vontade do povo. Tal teoria não discorda que, reflexamente, a intervenção jurídico-penal redunde em tutelar os bens jurídicos relevantes, conforme defende a teoria do bem jurídico. Então, quais os fundamentos da intervenção jurídico-penal?

### **2.1 Legitimação Material do Direito Penal por meio da Proteção de Bens Jurídicos**

O Direito Penal, instrumento de controle social violento, seletivo e estigmatizante, somente deve intervir na vida dos cidadãos quando os demais instrumentos de controle social, menos gravosos, forem incapazes de tutelar eficazmente os bens jurídicos mais relevantes. De acordo com a teoria do bem jurídico, o Direito Penal retiraria sua legitimação material na proteção de bens jurídicos. Destaca-se que tal teoria cumpriu importante função no Estado Liberal do Direito, momento histórico no qual fora forjada a estrutura garantista do Direito Penal liberal. Com a Revolução Industrial e o surgimento das sociedades complexas, a teoria do bem jurídico, pretendendo perpetuar-se como legitimação material da intervenção jurídico-penal, passou a valer-se da denominada desmaterialização, espiritualização ou liquefação do bem jurídico. A desmaterialização, espiritualização ou liquefação do bem jurídico visa a abarcar os novos interesses ou direitos sociais de cunho coletivo ou metaindividual. Ressalta-se que a teoria do bem jurídico, em sua origem, possuía o indubitável propósito de limitar a

atuação jurídico-penal. De lado outro, a desmaterialização, espiritualização ou liquefação do bem jurídico busca não a limitação, mas sim a legitimação da expansão ou modernização do Direito Penal, no sentido de criminalizar condutas ofensivas à bens jurídicos que desbordam ou transcendem a dimensão individual.

### 2.1.1 O Estado Liberal e o Direito Penal

A estrutura garantista do Direito Penal surgiu historicamente no Estado Liberal. Com o escopo de limitar e legitimar a atuação do Estado por intermédio do Direito Penal, vários princípios e direitos fundamentais passaram a compor o que se denomina Direito Penal liberal ou Direito Penal garantista, cujo expoente na atualidade é o professor Luigi Ferrajoli, autor da clássica obra *Direito e Razão*. A estrutura principiológica do Direito Penal liberal ou garantista é composta por um extenso rol de direitos fundamentais ou princípios específicos do Direito Penal. Dentre os mais importantes podem ser citados os seguintes: a) princípio da legalidade; b) princípio da culpabilidade; c) princípio da irretroatividade da lei penal gravosa; d) princípio da insignificância ou bagatela; e) princípio da ofensividade; f) princípio da intervenção mínima; g) princípio da fragmentariedade; h) princípio da adequação social.

A garantia individual fundamental contida no princípio da legalidade<sup>5</sup>, em sua formação clássica, diz-se que *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, na consagrada fórmula de Feurbach. No ordenamento jurídico brasileiro encontramos tal garantia no artigo 5, incisos XXXIX e XL da Constituição da República (cláusula pétrea), artigo 9 do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto n. 678/1992), assim como no artigo 1 do Código Penal brasileiro. Suas raízes históricas remontam à *Charta Magna Libertatum* (art. 39), documentos que nobres ingleses impuseram ao Rei João Sem Terra, em 1215. Para Francisco de Assis

---

<sup>5</sup> O professor André Estefan aponta as seguintes polêmicas acerca do princípio da legalidade. O princípio da legalidade tem suscitado algumas questões polêmicas. Uma delas, refere-se a saber quem ele protege. Franz von Liszt dizia ser o Código Penal, a Carta Magna do delinquente. Com isto, propunha que este era o alvo de proteção do princípio. De ver, contudo, que, com o primado da presunção de inocência (ou de não culpabilidade), não se pode dizer que o princípio da legalidade protege o delinquente. Isto porque, salvo quando existir sentença penal condenatória transitada em julgado, ninguém poderá ser considerado como tal. O princípio protege, destarte, o *cidadão*. Outro tema de discussão relevante refere-se ao fundamento do princípio. Para alguns, o princípio da legalidade teria como base o princípio da culpabilidade, já que esta pressupõe o conhecimento prévio da norma penal infringida. Há, ainda, aqueles que afirmam ser a divisão de Poderes e o princípio democrático seu fundamento, à medida que só o Parlamento teria legitimidade constitucional para impor limitações à liberdade do cidadão. Existem também autores para os quais o fundamento é a proteção da confiança do cidadão que pretende agir conforme a lei, sem riscos de sofrer sanções penais. Para outros, trata-se de garantia da objetividade da lei penal, por estabelecer de modo prévio e objetivo o que constitui delito e, por exclusão, o que não constitui. Cremos que não seja possível atribuir ao princípio um único fundamento. Em nossa opinião, todavia, a principal raiz da legalidade é a segurança jurídica e a igualdade de todos perante a lei. (ESTEFAN, André. *Direito penal I: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 128-129).

Toledo<sup>6</sup>, tem origem, ainda, no *Bill of Rights* das colônias inglesas da América do Norte e na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, da Revolução Francesa. Como apontam Jescheck e Weigend, o princípio tem fundamento histórico no iluminismo, notadamente no contrato social, pelo qual os cidadãos concordariam em abrir mão parcial de sua liberdade apenas em nome do bem comum. A garantia fundamental da legalidade tem relevância jurídico-social bastante importante, no sentido de efetivar a segurança jurídica, pois resguarda os cidadãos contra sanções criminais sem lastro em lei escrita, de conteúdo determinado e anterior à exteriorização do comportamento.

Nas palavras de Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend<sup>7</sup>, o princípio da legalidade significa:

---

<sup>6</sup> O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. Daí sua inclusão na Constituição, entre os direitos e garantias fundamentais, no art. 5, XXXIX e XL, *in verbis*: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. O princípio da legalidade costuma ser enunciado por meio da expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, esta última construída por Feuerbach, no começo do século XIX. Significa, em outras palavras, que a elaboração das normas incriminadoras e das respectivas sanções constitui matéria reservada ou função exclusiva da lei. Embora Feuerbach tenha tido o mérito da construção da fórmula latina, além de dar-lhe uma fundamentação jurídico-penal, não só política, o certo é que esse princípio já se encontra na *Magna Charta Libertatum* (século XIII), no *Bill of Rights* das colônias inglesas da América do Norte e na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, da Revolução Francesa, de onde se difundiu para os demais países. Funda-se na ideia de que há direitos inerentes à pessoa humana que não são nem precisam ser outorgados pelo Estado. Sendo assim, e como não se pode negar ao Estado o poder de estabelecer certas limitações ou proibições, o que não estiver proibido está permitido (*permissitur quod non prohibetur*). Daí a necessidade de editarem-se proibições causticas, na esfera penal, o que, segundo o princípio em exame, compete exclusivamente à lei. (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 21-22). [...] Necessário é porém que se trate de crimes à luz dos “princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos” (cf., também, o art. 8 – 1da CRP) e a punição só pode ter lugar “nos limites da lei interna”, que define os termos do processo e as sanções aplicáveis. A ideia de que o direito internacional oide impor diretamente deveres de natureza penal aos indivíduos consolidou-se a partir dos julgamentos de Nuremberga e de Tóquio, onde as potências aliadas julgaram e condenaram membros das forças do Eixo por violações graves de direito internacional (crimes contra a paz e a humanidade e crimes de guerra) que não eram punidas pela lei interna desses países. Deste modo, no art. 29, - 2 da CRP parece ter-se adoptado a concepção segundo a qual a responsabilidade por crimes contra o direito internacional não se encontra sujeita ao princípio da legalidade previsto no art. 29, - 1, válido apenas para a lei estadual. Porém, hoje é seguro que o princípio *nullum crimen sine lege* constitui um princípio geral de direito internacional, embora o seu “modo” seja diverso, uma vez que no termo *lege* se inclui também o *direito (internacional) costumeiro*; o que deixa de trazer problema graves quanto à exigência de determinabilidade das condutas puníveis. De toda maneira, a importância do problema tem vindo a reduzir-se progressivamente desde o fim da II Guerra por força da cristalização positiva do direito costumeiro em várias convenções internacionais, cujas normas os Estados vão incorporando no seu direito internacional. Dever que se tornou ainda mais claro com o Estatuto de Roma e o princípio de subsidiariedade da jurisdição do TPI em relação às jurisdições nacionais, aí contido (supra, 2, Cap., § 4), nomeadamente, quando esteja em causa a aplicação extraterritorial das normas de acordo com o princípio da universalidade (art. 5, - 2/b e infra, 9, Cap., § 39 e ss.). (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. t. 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p. 178-179).

<sup>7</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 28-29.



*Criterio de la Política criminal es también el **principio del Estado de Derecho** que se erige en la Constitución como un principio director del conjunto de la actividad del Estado. Existe un concepto formal y otro material del Estado de Derecho. En sentido **formal** destacan sobre todo aquellos elementos de este principio que deben garantizar la **seguridad jurídica**. Dado que el Derecho penal posibilita las más profundas intromisiones que con carácter general conoce el Ordenamiento jurídico en la esfera de libertad del ciudadano, deben ser tomadas garantías especiales en contra de su abuso. El principio de primacía y reserva de ley se expresa, por ello, con mayor fuerza en Derecho penal que en cualquier otro sector del Derecho vigente. Y así, señala el art. 103, II GG, que un hecho sólo puede ser castigado cuando su punibilidad estaba determinada legalmente antes de que aquél fuera cometido. Con ello, no sólo es exigida una ley como base de la punibilidad, sino que también es excluido el efecto retroactivo de la ley que fundamente o agrave la responsabilidad penal. La vinculación en cuanto al contenido de un juez penal con la ley es en cualquier caso más estrecha que otra en la administración de justicia: es inadmisibles la aplicación de la ley penal en perjuicio del reo basado en un sentido de aquélla que no se encuentre inmediatamente abarcado por su contenido (la denominada **prohibición de la analogía**). En un sentido positivo, del art. 103, II GG es deducido el mandato de determinación. La libre discrecionalidad del juez penal en la imposición de penas y medidas de seguridad debe ser restringida a través de una caracterización lo más exacta posible de los presupuestos de la intromisión pena, de marcos penales relativamente estrechos, así como con el fraccionamiento del marco penal en casos especialmente graves o de menor gravedad. Al mismo tiempo, se asegura con ello al ciudadano la claridad y previsibilidad del Derecho. Además, en Derecho penal rige la completa “reserva de jurisdicción”, lo que significa que aquellas resoluciones gravosas para el ciudadano, especialmente aquellas que comportan privación de libertad, están reservadas a la competencia de las instancias judiciales para la protección de los interesados. También en Derecho penitenciario se vela por la completa protección del Derecho a través de los Tribunales. En un sentido material el principio del Estado de Derecho indica cómo debe ser configurado internamente el Derecho penal para corresponderse en la mayor medida posible con la figura ideal de un Estado justo. En un primer plano se encuentra, además, el **respeto a la dignidad de la persona** como norma básica del conjunto del sistema valorativo de nuestra Constitución. De ello se deriva para el Derecho penal, junto con la libertad genérica de acción, su **limitación a los ataques que por su naturaleza son indispensables para asegurar la convivencia de las personas en la comunidad**. De la dignidad de la persona se deduce, asimismo, la exclusión de penas crueles y humillantes, así como la prohibición del trato degradante de los presos en Derecho penitenciario (así lo reconocen expresamente el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y los núms. 1 y ss. de las Reglas penitenciarias europeas de la Recomendación R (87) 3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 12.2.1987). Del derecho fundamental a la libertad general de actuación se sigue el reconocimiento del principio de culpabilidad como principio constitucional. Una consecuencia del aspecto material del principio del Estado de Derecho es, además, la **vinculación objetiva** del conjunto de la Política criminal. Y así, el merecimiento de pena de una acción no puede ser decidido conforme a prejuicios sentimentales determinados por emociones, sino únicamente por necesidades fundadas de la protección de la sociedad;*

*igualmente, tampoco puede una resolución judicial dejarse llevar por juicios de valor personales o por el concreto ambiente social, sino sólo por los juicios de valor del legislador, por consideraciones objetivas y por conocimientos válidos de la generalidad. De naturaleza material y de reconocido rango constitucional es también el **principio de proporcionalidad del medio** (prohibición de exceso), que el legislador ha asumido como presupuesto para el establecimiento de medidas de seguridad en la ley penal. Expresión del principio del Estado de Derecho es, finalmente, el **principio de igualdad**. Éste supone el mismo tratamiento de todas las personas ante el Derecho penal y exige, por ello, que por ejemplo pueda aplicarse la ejecución de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad en lugar de la pena substitutiva de prisión para el condenado a pena de multa que carece de medios económicos. Además, el principio de igualdad prohíbe la discriminación a los presos que recuperan la libertad.*

O princípio da legalidade é uma conquista do Estado de Direito, impondo a todos, inclusive e principalmente aos governantes, vinculação estrita ao ordenamento jurídico. Em outras palavras, tal princípio gera uma mínima segurança jurídica, um certo grau de previsibilidade, o que é imprescindível para que os cidadãos orientem seus comportamentos cientes dos desdobramentos dos mesmos.

A garantia individual fundamental, também denominada princípio da culpabilidade ou *nulla poena sine culpa*, traduz-se na vedação da atribuição e responsabilidade penal de modo objetivo<sup>8</sup>. A responsabilização penal objetiva significa a prescindibilidade do dolo ou da culpa no comportamento do agente, o que é afastado com fulcro no princípio da culpabilidade. Em outras palavras, para que se impute a prática de infração penal à determinada pessoa, é imprescindível que a sua conduta tenha sido dolosa ou culposa. Ausente dolo ou culpa, a garantia fundamental da culpabilidade obstaculiza a imputação do delito, ainda que o resultado fático produzido tenha sido gravíssimo<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Jorge de Figueiredo Dias, assim se manifesta acerca do princípio da culpabilidade: Se a retribuição não tem qualquer palavra a dizer em matéria de finalidades da pena, a ela pertence, segundo a sua história e segundo o seu conteúdo, o mérito indeclinável de ter posto em evidência a essencialidade do princípio da culpa e do significado deste para o problema das finalidades da pena. Segundo aquele princípio “não há pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa”. A verdadeira função da culpa no sistema punitivo reside efectivamente numa incondicional *proibição de excesso*; a culpa não é *fundamento* da pena (95), mas constitui o seu **pressuposto necessário** e o seu **limite inultrapassável**: o limite inultrapassável por quaisquer considerações ou exigências preventivas – sejam de prevenção geral positiva de integração ou antes negativa de intimidação. Sejam de prevenção especial positiva de socialização ou antes negativa de segurança ou neutralização. A função da culpa, deste modo inscrita na vertente **liberal** do Estado de Direito, é, por outras palavras, a de estabelecer o máximo de pena ainda compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa e de garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade nos quadros próprios de um Estado de Direito democrático. E a de, por esta via, constituir uma barreira intransponível ao intervencionismo punitivo estatal e um veto incondicional aos apetites abusivos que ele possa suscitar (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. t. 1: *Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. p. 82-83).

<sup>9</sup> Neste ponto importante registar e destacar a “*versari in re illicita*”, isto é, a responsabilidade penal pelo resultado (crimes qualificados pelo resultado). Assis Toledo, sobre o tema, ensina: como forma de transição entre a responsabilidade objetiva e o direito penal da culpabilidade, podemos situar a hoje tão profligada

No ordenamento jurídico-penal brasileiro, o princípio da culpabilidade é extraído do inciso LVII do art. 5 da Constituição da República (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória). A garantia fundamental da culpabilidade possui três desdobramentos<sup>10</sup>: a) proibição de responsabilização penal sem dolo ou culpa; b) vedação de aplicação de pena sem culpabilidade, isto é, desprovida de imputabilidade, possibilidade de conhecimento da ilicitude do ato e exigibilidade de conduta diversa e c) gravidade da pena deve ser proporcional à gravidade do fato cometido.

Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend<sup>11</sup>, discorrem sobre o princípio da culpabilidade nos seguintes termos:

*El principio de culpabilidad significa que la pena estatal unicamente puede estar fundada en la comprobación de que el autor le puede ser reprochado personalmente su hecho. Del principio de culpabilidad se deduce, de un lado, que la pena presupone siempre la culpabilidad, de modo que quien actúa sin ella no puede ser castigado (exclusión de la responsabilidad por el resultado); y, de otro, que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad (determinación de la pena en el marco del límite superior de la culpabilidad). La esencia de la culpabilidad no es vista, por ello, en un*

---

*versari in re illicita*, cuja criação tem origem no direito canônico. Diz o brocardo: *Qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu* (Quem se envolve com coisa ilícita é responsável também pelo resultado fortuito). Explica Néelson Hungria o sentido histórico desse enunciado, de forma que merece transcrição literal: “*O majus delictum* (em contraposição ao antecedente doloso, chamado *majus delictum, principale delictum* ou *primum delictum*) era levado à conta do agente à título de dolo, quando o *minus delictum* ‘*tendebat ad illum finem delicti secuti*’. Respondia por homicídio doloso aquele que exercia violência contra alguém, causando-lhe a morte, desde que o instrumento empregado fosse *ad occidendum aptum, ut ensis vel hasta*. Se não havia essa relação de afinidade, segundo *id quod plerum que accidit*, entre o antecedente doloso e o evento ‘morte’, era este imputado a título de culpa. A rigidez de tal critério, porém, veio a ser atenuada, firmando-se o princípio de que a imputação do evento mais grave estava necessariamente condicionada à probabilidade do seu advento, apreciada segundo a experiência comum. Doutrinava Santo Tomás de Aquino que o evento mais grave *non praecogitatus* só era imputável no caso em que fosse consequência natural e comum do fato doloso anterior: ‘*si per se sequitur ex tali actu, et ut in pluribus*’; e nenhuma responsabilidade devia *et ut in paucioribus*, pois, em tal caso, *eventus sequens son addit ad bonitatem, vel ad malitiam actus*. É evidente a influência dessa concepção medieval sobre algumas construções jurídicas ainda sobreviventes, tais como os delitos qualificados pelo resultado e a denominada *actio libera in causa*. Tanto nos primeiros quanto na segunda a relação causal entre o fato antecedente e o consequente decide, de certo modo, sobre a responsabilidade em relação ao consequente. E note-se que não são poucas as hipóteses de crimes qualificados pelo resultado, previstas em nosso estatuto penal. Predomina, entretanto, hoje em dia, a opinião de que, mesmo nesses crimes, também denominados delitos preterintencionais, ou preterdolosos, a responsabilidade pelo resultado não é objetiva, isto é, independente da culpabilidade do agente, pois a especial agravação da pena pelo fato consequente dependerá sempre de poder ser este atribuído à culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente. É assim que se define o crime em exame, do qual constitui exemplo a lesão corporal seguida de morte (CP, art. 129, § 3), como sendo uma figura híbrida de dolo e culpa: dolo no fato antecedente e culpa no consequente. O agente quer determinado resultado mas, por culpa, dá causa a outro mais grave. Qualquer tentativa no sentido de se prescindir da culpa em relação ao fato qualificador deve ser rejeitada, por implicar a admissão de uma responsabilidade sem culpa, o que se chocaria com o princípio básico de todo o sistema – o *nullum crimen sine culpa*. Aliás, isso hoje seria impossível diante do art. 19 do Código Penal. (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 307-309).

<sup>10</sup> Os desdobramentos do princípio da culpabilidade encontra-se na obra do professor André Estefan. (ESTEFAN, André. *Direito penal I: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 129-130).

<sup>11</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 24-27.

*defecto del carácter adquirido por una mala y culpable conducción de la vida ('culpabilidad por el modo de vida'), sino en que el autor en la situación concreta no se há avenido a las exigencias del Derecho, a pesar de que ello habría sido posible ('culpabilidad por el hecho'). El principio de culpabilidad es entendido como un **principio constitucional (nulla poena sine culpa)**, siendo reconocido por la doctrina penal alemana casi sin excepción. En coincidencia con los proyectos, el § 46 I 1 ha plasmado expressamente el principio de culpabilidad en el StGB, si bien a través de una fórmula no demasiado inequívoca de acuerdo con la cual la culpabilidad es sólo la 'base' para la determinación de la pena. El principio de culpabilidad sirve, de un lado, para la necesaria protección del autor frente a todo exceso en la intervención represiva del Estado. Además, también procura que la pena queda limitada estrictamente a una censura pública de aquellas acciones que merecen un juicio de desvalor ético-social, con lo que, simultáneamente, enfatiza el compromiso del Derecho penal como 'minimum ético' (Georg Jellinek). El Tribunal Supremo Federal, en una declaración programática, ha hecho del principio de culpabilidad una de las piezas básicas de su jurisprudencia: 'La pena presupone culpabilidad'. Esta última significa reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad al autor se le reprocha el no haber actuado conforme a Derecho, esto es, haberse decidido por el injusto a pesar de que habría podido no hacerlo. También es expresamente extraída del principio de culpabilidad la consiguiente consecuencia para el límite superior de la pena: 'La finalidad preventiva no puede conducir a sobrepasar la pena justa'. Mientras que la función delimitadora del principio de culpabilidad apenas suscita dudas serias, en cambio sí resulta discutida la cuestión relativa a si y en qué medida la pena puede **rebasar la medida de la culpabilidad** por motivos preventivo-especiales. Si la pena debe ser contraprestación por la infracción culpable del Derecho, porque sólo así puede ser alcanzada con justicia la finalidad de proteger a la sociedad, debe permanecer salvaguardada una adecuada proporción de culpabilidad y de pena que prohíba desviaciones excesivas hacia abajo. Y así, por ejemplo, el asesinato de prisioneros en campos de concentración no podría ser contestado con una suspensión condicional de la pena privativa de libertad, aún cuando el autor viva desde hace muchos años completamente reinsertado en la sociedad y la Humanidad haya sido suficientemente instruída por el juicio inequívoco de la Historia. De ahí que la jurisprudencia exija la completa correspondencia entre culpabilidad y pena, también en aquellos casos en los que esta última sea objeto de remisión condicional o cuando sea sustituida por otro tipo de sanción.*

O princípio da irretroatividade da lei penal gravosa<sup>12</sup> está consagrado no art. 5, inciso XL, da Constituição da República, assim como no art. 2 do Código Penal brasileiro. O

<sup>12</sup> A eficácia da lei penal no tempo subordina-se a uma regra geral e a várias exceções, como se infere dos preceitos contidos no art. 5, XL, da Constituição, e nos arts. 2 e 3 do Código Penal. A regra geral é a da prevalência da lei do tempo do fato (*tempus regit actum*), isto é, aplica-se a lei vigente quando da realização do fato. Com isso preserva-se o princípio da legalidade e da anterioridade da lei penal. Havendo, porém, sucessão de leis penais que regulem, no todo ou em parte, as mesmas questões, e se o fato houver sido cometido no período de vigência da lei anterior, dá-se, infalivelmente, uma das seguintes hipóteses: a) a lei posterior apresenta-se mais severa em comparação com a lei anterior (*lex gravior*); b) a lei posterior aboliu o crime, tornando o fato impunível (*abolitio criminis*); c) a lei posterior é mais benigna no tocante à pena ou à medida de segurança (*lex mitior*); d) a lei posterior contém alguns preceitos mais severos e outros mais benignos, em determinados aspectos. [...] A lei penal *mais grave* não se aplica aos fatos ocorridos antes de sua vigência, seja quando cria a figura penal até então

conteúdo material de tal garantia individual fundamental é no sentido de que a lei penal possui caráter irretroativo, salvo para beneficiar o réu. Trata-se de um desdobramento do princípio da legalidade, pois o valor axiológico do mesmo estaria fulminado caso houvesse norma penal gravosa extraída de uma lei escrita retrotraindo para regular comportamentos exteriorizados antes do surgimento de tal lei no ordenamento jurídico<sup>13</sup>. A retroatividade benéfica, entretanto,

---

inexistente, seja quando se limita a agravar as consequências jurídico-penais do fato, isto é, a pena ou a medida de segurança. Há, pois, uma proibição de retroatividade das normas mais severas de direito penal *material*. Note-se, porém, que a questão de saber quando uma norma é, ou não, de direito *material* deve ser decidida menos em função da lei que a contenha do que em razão da natureza e essência da própria norma, pois o Código de Processo Penal e a Lei de Execução contêm normas de direito material, assim como o Código Penal contém normas de direito processual. [...] Verifica-se a *abolitio criminis* quando a lei nova exclui da órbita penal um fato considerado crime pela legislação anterior. Trata-se de uma hipótese de descriminalização. Quando isso ocorre, extingue-se a punibilidade (CP, art. 7, III), arquivando-se os processos em curso, no tocante ao crime abolido, ou cessando a execução e os efeitos penais da sentença condenatória, ainda que transitada em julgado. Assim dispõe o art. 2, *caput*. [...] Denomina-se mais benigna a lei mais favorável ao agente, no tocante ao crime e à pena, sempre que, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, o fato previsto como crime tenha sido praticado na vigência da lei anterior. Será mais benigna a que “de qualquer modo favorecer o agente”, podendo, portanto, ser a lei anterior ou a posterior. Nos termos do art. 5, XL, da Constituição, a lei mais benigna prevalecerá sempre, em favor do agente, quer seja a anterior (*ultra-atividade*) quer seja a posterior (*retroatividade*). [...] Questão polêmica é a de saber se, na determinação da lei mais benigna aplicável, pode o juiz tomar os preceitos ou os critérios mais favoráveis da lei anterior e, ao mesmo tempo, os da lei posterior, cobiná-los e aplicá-los ao caso concreto, de modo a extrair o máximo benefício resultante da aplicação conjunta só dos aspectos mais favoráveis de duas leis. Néelson Hungria opina contrariamente a essa possibilidade de o juiz, arvorando-se em legislador, criar “uma *terceira lei*, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo” (*Comentários*, cit., v. 1, t. 1, pág. 109-10). No mesmo sentido, Heleno Fragoso (*Lições*, cit., p. 108), e Aníbal Bruno (*Direito penal*, cit., t. 1, p. 256). Opinam favoravelmente à possibilidade da combinação de leis, Basileu Garcia (*Instituições*, cit., v. 1, t. 1, pág. 150) e Celso Delmanto (*Código Penal anotado*, p. 5), entre outros. Frederico Marques, partidário desta última corrente, é o que oferece melhores argumentos em prol da tese, *in verbis*: “Dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, pois o julgador, em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição, está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão judiciário não está tirando *ex nihilo* a regulamentação eclética que deve imperar *hic et nunc*. A norma do caso concreto é construída em função do princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de dispositivos legais, a que lhe pereça mais benigna, não vemos porque se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente, a Constituição. Se lhe está afeto escolher ‘todo’, para que o réu tenha o tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepair a pruridos de lógica formal. Primeiro a Constituição e depois o formalismo jurídico, mesmo porque a própria dogmática legal obriga a essa subordinação, pelo papel preponderante do texto constitucional. (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 30-37).

<sup>13</sup> *Respecto de la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad. Por lo tanto, si el tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprud. anterior, éste tiene que soportarlo, pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida. Frente a esto, una opinión minoritaria, pero creciente, pretende subsumir en el art. 103 II GG el supuesto de modificación de una jurisprud. constante y que parecía garantizada; pues sostiene que el ciudadano confía en una jurisprud. firme lo mismo que en la ley y no se puede defraudar esa confianza. Pero esta posición no se puede compartir, por ser contraria a la idea básica del principio de legalidad, ya que equipararía legislación y jurisprud., a pesar de que el art. 103 II GG parte precisamente de la separación de ambos poderes y limita la labor del juez a colmar el marco de la regulación legal (nm. 28), que es el único por el que se debe orientar el ciudadano. Este no tiene por qué conocer la jurisprud. (lo que sería ya una exigencia excesiva para la mayoría de los ciudadanos!), y no debe confiar en ella, sino sólo en el tenor literal de la ley! Dado que los cambios de jurisprudencia tienen que mantenerse dentro del sentido literal posible, de todos modos son tendencialmente menos gravosos y más previsibles que los cambios legales, y en*

não é vedada, tendo em vista que não fragiliza a credibilidade e a confiança no Direito Penal. No caso de normas jurídicas de natureza estritamente processual, registra-se que observam a regra prevista no artigo 2 do Código de Processo Penal (*tempus regit actum*), vale dizer, o ato processual deve ser praticado de acordo com a lei vigente ao seu tempo, independentemente de ser ela mais ou menos gravosa que a anterior. Relevante e polêmico o tema acerca das normas híbridas ou mistas, isto é, aquelas que possuem aspectos processuais e penais. Tais normas jurídicas seguirão a sorte das normas materialmente penais e não retroagirão, salvo para beneficiar o réu, com respeito, contudo, à coisa julgada.

O professor Claus Roxin<sup>14</sup>, acerca da garantia fundamental da irretroatividade da norma penal, salvo para beneficiar o réu, assim se manifesta:

*La prohibición de retroactividad se deriva del art. 103 II GG, del § 1 y, en cuanto a la pena, también del § 2 I (sobre las cuestiones básicas ya nm. 4-6, 10). Es más que difícil fundamentarla en el principio de la división de poderes (nm. 21, pero tb. N.25), pero sí que se deriva forzosamente de las otras tres raíces del principio de legalidad dentro de los límites anteriormente (nm. 19 ss.) indicados y, a diferencia de la prohibición de analogía, no está expuesta a ninguna duda fundamental en cuanto a su aplicación. La prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad políticojurídica por el hecho que que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar **a posteriori** las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. Pues bien, impedir que se produzcan tales leys ad hoc, hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho [...]. La prohibición de retroactividad rige respecto de todos los presupuestos de la punibilidad del Derecho material; y tampoco es admisible una supresión o restricción retroactiva de las causas de justificación (sobre la situación algo distinta en cuanto a las restricciones jurisprudenciales por analogía o Derecho consuetudinario cfr. nm. 42, 49). Además rige también respecto de la pena y sus consecuencias accesorias. La ley menciona específicamente su aplicabilidad a la confiscación, el comiso y la inutilización (§ 2 V). En cambio, el § 2 VI dispone que las medidas de seguridad se pueden introducir o endurecer*

---

*algunos casos el ciudadano puede y debe ajustar su conducta a los mismos. Ello rige también respecto respecto de la rebaja de la cuota límite de la absoluta incapacidad para conducir (§ 316), desde el 1,3% al 1,1%, efectuada por el BGH en 1990 (BGH BStZ 1990, 491); por consiguiente, si se condena por el § 316 a alguien que antes de dictarse la nueva sentencia del BGH hubiera conducido con 1,2% de alcoholemia, ello no infringe el art. 103 II GG (BVerfG NStZ 1990, 537). Por otra parte, naturalmente que se dan muchas acciones en las que su autor había confiado de modo no reprochable en una determinada jurisprudencia e incluso había recabado asesoramiento jurídico específicamente a tal efecto; y en dichos supuestos seguramente no es lícito castigar al sujeto por su confianza en el Derecho en caso de que haya un cambio posterior de jurisprudencia. Pero en tal caso la absolucón se producirá de todos modos por haber un error de prohibición no culpable (§ 17), y para ello no es preciso extender el art. 103 II GG a los cambios jurisprudenciales. (ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Madrid: Thomson Civitas, 2006b. t. 1: Fundamentos: la estructura de la teoría del delito. p. 165-166).*

<sup>14</sup> Ibid., p. 161-169.

*retroactivamente ‘si la ley no dispone otra cosa’. En consecuencia, dado que los arts. 303 y 305 de la EGStGB 1974 excluyen la retroactividad respecto de la vigilancia de la conducta (§ 68) y de la inhabilitación profesional (§ 70), en la situación legal actual sólo están sujetos a la posibilidad de agravación retroactiva los preceptos sobre internamento en centro psiquiátrico (§ 63), internamento en centro de deshabitación (§ 64) y privación del permiso de conducir (§ 69). Aparte de ello, el legislador puede crear nuevas medidas de seguridad con efecto retroactivo. Al igual que está permitida la analogía favorable al reo, también es admisible la retroactividad de las leyes penales en beneficio del reo, que según el § 2 III es incluso obligatoria: ‘Si la ley vigente al terminarse el hecho se modifica antes de la sentencia, se aplicará la ley más benigna’. Y si se derroga un precepto penal tras la comisión del hecho pero antes de que se pronuncie la sentencia, hay que absolver al autor (en una aplicación analógica, y conforme a su sentido, del § 2 III); pues en tal caso la ley más benigna es que no hay en absoluto una ley! En sentido de la regulación consiste en que parece adecuado tomar como base de una sanción pela la valoración legal existente en el momento de dictar sentencia, mientras la protección del reo (§ 2 I) u otras circunstancias especiales (§ 2 IV; nm. 64) no hagan preciso atender al castigo previsto en el momento del hecho. Si en el momento de la condena el legislador considera que una conducta es menos merecedora de pena o incluso que no lo es en absoluto, desde el punto de vista políticocriminal no tendría el menor sentido castigar pese a ello conforme a la concepción vigente en el momento del hecho, que entretanto ha quedado superada. A ese respecto hay que tener en cuenta la ley más benigna incluso en la instancia de revisión, si la atenuación no se produjera hasta después del fallo en primera instancia (aclarándolo así BGHSt 20, 77).*

O princípio da insignificância<sup>15</sup>, também conhecido como bagatela, foi desenvolvido, modernamente, por Claus Roxin. Roxin é adepto da teoria do bem jurídico e, portanto, para ele a finalidade do Direito Penal seria a proteção subsidiária de bens jurídicos. Comportamentos que causam lesão insignificante ao objeto jurídico tutelado pela norma jurídico-penal devem ser considerados penalmente irrelevantes. Na estrutura da teoria do delito, o entendimento majoritário é no sentido de que a infração penal, em seu conceito analítico, dogmático ou estratificado, é constituída pelos atributos fato típico, antijuridicidade e culpabilidade<sup>16</sup>. Modernamente o atributo fato típico é constituído pelos elementos conduta;

<sup>15</sup> O Supremo Tribunal Federal vem adotando critérios que nos parecem ajustados para a verificação, em cada caso, da possibilidade de aplicar o princípio. São eles: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 84.412/SP – Segunda Turma. DJ 19/11/2004). (ESTEFAN, André. *Direito penal I*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 133).

<sup>16</sup> Não concordamos com o entendimento majoritário acerca do conceito analítico, dogmático ou estratificado de infração penal. O Código Penal brasileiro quando se refere a algum atributo constitutivo da infração penal vale-se da expressão “não há crime”. Quando se refere à culpabilidade, vale-se da expressão “é isento de pena”. Portanto a culpabilidade não é atributo integrante do conceito analítico de infração penal. Tal fundamentação, apesar de possuir superficial sentido, concordamos que é bastante frágil ao ponto de fundamentar, por si só, o conceito bipartite de infração penal. Entendemos que até o momento histórico da teoria Causal Neoclássica ou Neokantista, a discussão acerca se a culpabilidade integraria ou não o conceito dogmático de infração era despicienda, tendo em vista que dolo e culpa ou eram a culpabilidade (Teoria Causal Clássica) ou eram elementos integrantes da mesma, o que, por si só, fazia com que a culpabilidade

resultado; nexos de causalidade e tipicidade. O elemento tipicidade é integrado por duas dimensões: a) dimensão formal e b) dimensão material. O princípio da insignificância ou da bagatela incide exatamente na dimensão material da tipicidade penal. Afastada a dimensão material, por consequência estará afastada a tipicidade penal, pois aquela é parte indissociável desta. Destaca-se que o princípio da insignificância ou da bagatela tem relação estreita com a teoria do bem jurídico, em outras palavras, tal princípio constitui desdobramento lógico-natural da teoria do bem jurídico. A teoria do bem jurídico entende que o que legitima a atuação e a consequente intervenção do Direito Penal em nossas vidas é a proteção dos bens jurídicos mais relevantes em determinado momento histórico. Ora, se o tipo penal incriminador existe para proteger determinado bem jurídico, somente haverá a prática de infração penal na hipótese de haver lesão relevante a tal bem jurídico<sup>17</sup>. Caso não haja lesão relevante com o condão de alterar, materialmente, a estrutura do bem jurídico-penalmente protegido, não há que se falar no cometimento de infração penal, por ausência de tipicidade penal.

---

integrasse tal conceito. Ocorre que, com o advento do conceito final de ação e o consequente surgimento da teoria finalista da ação, dolo e culpa abandonam a culpabilidade, migrando para o atributo fato típico, especificamente em seu elemento conduta. Neste momento histórico inicia o debate acerca se infração penal possui um conceito tripartite ou bipartite. Entendemos que a culpabilidade não se refere à infração penal, mas sim ao autor da mesma. Assim sendo, a culpabilidade não integraria o conceito analítico, dogmático ou estratificado de infração penal, exercendo o papel jurídico de legitimar a necessidade de sanção penal, bem como de limitar a intensidade da mesma, pois a pena não pode transcender a medida da culpabilidade do comportamento do sujeito ativo.

<sup>17</sup> O Superior Tribunal de Justiça/STJ, no julgamento do Habeas Corpus n. 250.122-MG (2012/0158779-8) concedeu o *writ* com base no voto do Min. Relator com o seguinte teor: O Exmo. SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): [...] Para a caracterização do fato típico, ou seja, que determinada conduta mereça a intervenção do Direito Penal, é necessária a análise de três aspectos: o formal, o subjetivo e o material ou normativo. A tipicidade formal consiste na perfeita subsunção da conduta do agente ao tipo previsto abstratamente pela lei penal. O aspecto subjetivo consiste no dolo. Já a tipicidade material implica verificar se a conduta possui relevância penal em face da lesão provocada no bem jurídico tutelado. Deve-se observar o desvalor da conduta, o nexo de imputação e o desvalor do resultado, do qual se exige ser real e significativo. A intervenção do Direito Penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano com relevante lesividade. Não há, outrossim, a tipicidade material, mas apenas a formal, quando a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a intervenção da tutela penal em face do postulado da intervenção mínima. É o chamado princípio da insignificância. Tal princípio tem sido acolhido como causa supralegal de exclusão de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força desse postulado. Reconhece-se a aplicação do referido princípio quando verificadas (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. (HC 84.412/SP, Ministro Celso de Mello, Supremo Tribunal Federal, DJ de 19/11/2004, Segunda Turma). No caso, não há como deixar de reconhecer a mínima ofensividade do comportamento do paciente, que subtraiu os bens acima descritos avaliados em R\$76,89 (setenta e seis reais e oitenta e nove centavos), sendo de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta. Ressalte-se, ainda, que, segundo a jurisprudência consolidada nesta Corte e também no Supremo Tribunal Federal, a existência de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência ou ações penais em curso, não impedem a aplicação do princípio da insignificância. Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para, aplicando o princípio da insignificância, obstar a persecução penal contra a paciente. É como voto.



Francisco de Assis Toledo<sup>18</sup>, na clássica obra *Princípios Básicos de Direito Penal*, exterioriza sem entendimento no seguinte sentido:

Welzel considera que o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes. É discutível que assim seja. Por isso, Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do *princípio da insignificância*, que permite na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância. Não vemos incompatibilidade na aceitação de ambos os princípios que, evidentemente, se completam e se ajustam à concepção material do tipo que estamos defendendo. Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, § 1, d, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco; o peculato do art. 312 não pode estar dirigido para ninharias como o que vimos em um volumoso processo no qual se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas; a injúria, a difamação e a calúnia dos arts. 140, 139 e 138, devem igualmente restringir-se a fatos que realmente possam afetar significativamente a dignidade, a reputação, a honra, o que exclui ofensas tratamudeadas e sem consequências palpáveis; e assim por diante.

Desde já nos posicionamos contrariamente à teoria do bem jurídico e, portanto, não vemos com bons olhos o princípio da insignificância ou da bagatela. Não há dúvida que tal princípio restringe a intervenção do Direito Penal. Porém, reconhecemos que, em decorrência das características do caso penal e com fulcro no **postulado da proporcionalidade**, tornar-se-ia irracional fechar os olhos para aplicação do princípio da insignificância ou da bagatela<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 133.

<sup>19</sup> O Superior Tribunal de Justiça/STJ, no julgamento do Habeas Corpus n. 250.122-MG (2012/01589779-8), no voto vencido da Ministra Assusete Magalhães, assim se manifestou acerca da aplicação do princípio da insignificância ou da bagatela: Sr. Presidente, efetivamente os bens que foram furtados não tem valor expressivo; os bens furtados foram avaliados em R\$76,89 (setenta e seis reais e oitenta e nove centavos). Entretanto, o parecer ministerial registra que a paciente possui uma extensa folha de ocorrências policiais por furto, fls. 24 a 38. Afirma que se trata de pessoa contumaz na prática de delitos contra o patrimônio. Em tais circunstâncias, não se mostra recomendável a aplicação do princípio em comento, para absolver a paciente, pois, do contrário, haverá inegável estímulo para que continue a furtar. Este caso é para mim diferenciado. A paciente é muito mais do que reincidente, ela é contumaz na prática de delitos patrimoniais. O precedente, diria, o *leading case* que tem orientado a aplicação do princípio da insignificância, no âmbito do Judiciário é daquele processo conhecido, de relatoria do Sr. Ministro Celso de Mello, no STF, e, segundo ele, dentre os vetores que devem orientar a aplicação do princípio da insignificância, insere-se o de que a conduta deve ser dotada de mínima ofensividade. Diante de alguém que se apresenta como contumaz na prática de delitos contra o patrimônio – como registra o parecer ministerial e consta das suas ocorrências policiais por furto –, penso, pedindo a mais respeitosa vênua a V. Exa, e àqueles que o acompanharam, que, efetivamente, não se

O princípio ou garantia fundamental da ofensividade, *nullum crimen sine injuria*, pode ser traduzido no sentido de que não há crime sem lesão efetiva ou ameaça concreta ao bem jurídico-penalmente tutelado pelo tipo penal incriminador. Tal princípio exerce papel de destaque com o escopo de afastar do ordenamento jurídico os crimes de perigo abstrato (ou presumido), nos quais o tipo penal descreve determinada conduta sem exigir ameaça concreta ao bem jurídico tutelado.

Claus Roxin<sup>20</sup>, acerca dos delitos de perigo, assim se manifesta:

*Según que el objeto de la acción del tipo deba ser danado o sólo puesto en peligro en su integridad, se distingue entre delitos de lesión y delitos de peligro. En los **delitos de lesión**, que constituyen la mayor parte de los tipos, el objeto de la acción ha de ser realmente danado para que haya un hecho consumado; así sucede en los delitos de homicidio (§§ 211 ss.), en los delitos de lesiones (§§ 223 ss.), en los danos (§ 303), etc. En cambio, en los **delitos de peligro** el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción. Entre los mismos la división más importante es la de **delitos de peligro concreto y abstracto**. En los delitos de peligro concreto (para más detalles § 11, nm. 114 ss.) la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que, si no se produce el resultado, sea sólo por causalidad. El ejemplo más importante lo constituye la puesta en peligro del tráfico rodado (§ 315 c), que requiere que el autor ‘ponga en peligro la vida o integridad de otra persona o cosas ajenas de valor considerable’; otros casos son p.ej. el § 221, en el que según op. dom. e precisa la puesta en peligro de la vida, o los §§ 310 a y 311 ss. En cambio, en los delitos de peligro abstracto (para más detalles § 11, nm. 119 ss.) la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro. Los ejemplos clásicos los proporcionan el § 306 (incendio grave) y el § 316 (conducción en estado de embriaguez), pero también pertenecen a esta clase de delitos los §§ 326-328, 329 I y los ‘delitos de aptitud’ de los §§ 186 s. y 229. Junto a éstos haya formas mixtas, de transición y otras subdivisiones. En cuanto a la cuestión de los criterios conforme a los cuales hay que determinar el peligro requerido en cada caso, con la creciente*

---

pode considerar essa conduta como de mínima reprovabilidade ou ofensividade. Assim, no caso, afasto o princípio da insignificância, De qualquer sorte, há uma notícia de que a Ação Penal ou Inquérito, em 1 Grau, estão suspensos, para que se proceda a exame de sanidade mental da paciente. A se concluir esse exame pela insanidade mental, ela poderá, eventualmente obter o resultado que agora pretende, por outra via; mas, na via da atipicidade penal, penso que não seria possível, em função das circunstâncias excepcionálíssimas deste processo, que demonstram que a paciente é contumaz na prática de crimes contra o patrimônio. No mesmo sentido o voto da Desembargadora convocada do TJ/PE, no julgamento da mesma ação de Habeas Corpus: [...] a pretensão posta no presente *writ* não merece prosperar. Como sabido, para a aplicação do princípio da insignificância, devem ser preenchidos quatro requisitos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Assim sendo, entendo que a conduta imputada à paciente não pode ser considerada juridicamente irrelevante, em face de sua contumácia na prática de crimes contra o patrimônio. Ante o exposto, pedindo vênias ao e. Min. Relator, NÃO CONHEÇO do pedido e NÃO CONCEDO a ordem de ofício. É como voto.

<sup>20</sup> JAKOBS, Gunther; CÂNCIO MELIÁ, Manuel. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b. p. 335-336.

*importancia de los delitos de peligro há llegado a ser tan controvertida en la discusión de los últimos tiempos que precisa un tratamiento separado en el marco de la imputación (cfr. § 11, nm. 113 ss.).*

Os crimes de perigo abstrato constituem-se em um dos principais objetos de críticas por parte dos estudiosos do Direito Penal que vislumbram como ilegítima a tendência da Política Criminal mundial conhecida como expansão ou modernização do Direito Penal. O Supremo Tribunal Federal/STF<sup>21</sup>, no julgamento do Habeas Corpus n. 104.410/RS<sup>22</sup>, Rel. Ministro Gilmar Mendes, acerca dos crimes de perigo abstrato, decidiu nos seguintes termos:

---

<sup>21</sup> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria: As opiniões dividem-se em duas correntes básicas. Alguns entendem que o crime de porte de arma constitui delito de perigo abstrato e, portanto, a incidência da norma penal independe de a arma estar ou não municada. Outros são contundentes ao defender, com base no princípio da lesividade, que o fato de a arma estar desmunicada não constitui suporte para o tipo do crime de porte ilegal de arma de fogo, visto que, nesse caso, não haveria a ofensividade necessária ao preenchimento do tipo em seu aspecto material. O tema foi objeto de apreciação pela Primeira Turma desta Corte, tendo como base o art. 10 da Lei 9437/1997. No julgamento do RHC 81.057/SP, Primeira Turma, Rel. Orig. Min. Ellen Gracie, Red. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence (DJ 29.4.2005), a jurisprudência da Primeira Turma firmou-se no sentido de que “configura fato atípico o porte de arma desmunicada e sem que o agente tenha a pronta disponibilidade da munição”. O Ministro Sepúlveda Pertence concluiu, em seu voto condutor, que: (1) “se a agente traz consigo a arma desmunicada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo”; (2) “ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal – isto é, como artefato idôneo a produzir disparo – e, por isso, não se realiza a figura típica”. A ementa do acórdão bem resume as conclusões a que chegaram os Ministros no julgamento em referência: “Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, no entanto, desmunicada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a pronta disponibilidade de munição: inteligência do art. 10 da Lei n. 9437/97: atipicidade do fato: 1. Para a teoria moderna – que dá realce primacial aos princípios da necessidade de incriminação e da lesividade do fato criminoso – o cuidar-se de crime de mera conduta – no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação – não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato. 2. É o raciocínio que se funda em axiomas de moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscreever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceita-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte. 3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo. 4. Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça – pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos – da faca à pedra e ao caco de vidro -, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena. 5. No porte de arma de fogo desmunicada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmunicada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal – isto é, como artefato idôneo a produzir disparo – e, por isso, não se realiza a figura típica”. Como se vê, nesse julgamento foram amplamente debatidas as teorias modernas a respeito do princípio da lesividade, a exigir, para a configuração do fato típico, a efetiva ou a potencial lesão ao bem jurídico penal tutelado, assim como, no caso específico do porte ilegal de arma, a distinção entre ofensividade e poder de intimidação. Deixou-se consignado, tal como delineado no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que esses princípios – lesividade e ofensividade -, como princípios gerais de interpretação da lei penal, “hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte”. De outro norte, alinhando-se à tese de que “o crime de porte de arma de fogo constitui delito de perigo abstrato, consumando-se independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo à

CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei n. 10826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6 e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e **psíquica** do indivíduo etc. **Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta.** É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa.

Não há dúvida de que os princípios da ofensividade e da lesividade são inerentes à interpretação do texto do moderno Direito Penal. Entretanto, em um Estado Democrático de Direito, **o Poder Judiciário deve ter cautela na realização do Controle de Constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado. O Poder Legislativo possui um espaço de atuação legítimo para regulamentar os tipos penais incriminadores.** Os princípios da ofensividade e da lesividade devem ser cotejados ou conectados com o **postulado da proporcionalidade**, como limite não apenas à atividade judicial de interpretação/aplicação das normas penais, mas também à própria atividade legislativa de criação/conformação dos tipos legais incriminadores, o que estaria a possibilitar o exercício

---

sociedade, pois o dano é presumido pelo tipo penal”, tem-se os seguintes precedentes: HC 104.206, Primeira Turma, julgado em 10.08.2010, DJe 159, publicação em 27.08.2010, rel. Min. Cármen Lúcia; e RHC 91.553, Primeira Turma, julgado em 23.06.2009, DJe 157, publicação em 21.08.2009, rel. Min. Ayres Britto. (Habeas Corpus 104.410/RS, rel. Min. Gilmar Mendes).

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 104.410 Rio Grande do Sul*. Pacte.(s): Aldori Lima ou Aldori de Lima. Impte.(s) :Defensoria Pública da União. Proc.(a/s)(es): Defensor Público-Geral Federal. Coator(a/s)(es): Relator do Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 984616 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 6 mar. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

da fiscalização, por parte da Jurisdição Constitucional, da constitucionalidade das leis em matéria penal<sup>23</sup>. Consolidar essa linha de argumentação será fundamental para adiante nos confrontarmos com a (i) legitimidade da modernização ou expansão do Direito Penal.

O princípio da intervenção mínima<sup>24</sup>, também conhecido como *ultima ratio*, surgiu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como modo de garantir que a intervenção estatal no plano individual deva se dar apenas quando estritamente necessário<sup>25</sup>. Tal princípio é compreendido como um importante limitador da utilização do Direito Penal

<sup>23</sup> Extamente nesse sentido, voto do Min. Gilmar Mendes, Habeas Corpus 104.410/RS – Supremo Tribunal Federal/STF. Princípio da Ofensividade como Vetor Interpretativo e de Aplicação da Lei Penal: Não tenho dúvida de que o princípio da ofensividade vincula toda a atividade de interpretação da lei penal. E, como mais razão, deve orientar a própria aplicação da lei penal. *Ipsa facto*, deverá o juiz, diante das circunstâncias específicas do caso concreto que lhe foi posto para julgamento, aferir o grau de potencial ou efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal, para só então aferir a tipicidade (material) da conduta supostamente criminosa. A simples adequação formal fato/norma não é suficiente para qualificar como delituosa a conduta do agente. Não tenho a intenção de repisar todos os argumentos que já foram objeto dos votos dos eminentes Ministros desta Corte. Não obstante, creio que o Tribunal pode evoluir nessa fundamentação, consagrar o princípio da lesividade, intrinsecamente conectado com o princípio da proporcionalidade, como limite não apenas à atividade judicial de interpretação/aplicação das normas penais, mas também à própria atividade legislativa de criação/conformação dos tipos legais incriminadores, o que estaria a possibilitar o exercício da fiscalização, por parte da Jurisdição Constitucional, da constitucionalidade das leis em matéria penal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 104.410 Rio Grande do Sul*. Pacte.(s): Aldori Lima ou Aldori de Lima. Impte.(s) :Defensoria Pública da União. Proc.(a/s)(es): Defensor Público-Geral Federal. Coator(a/s)(es): Relator do Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 984616 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 6 mar. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

<sup>24</sup> No tocante à essência da garantia fundamental da intervenção mínima ou *ultima ratio* do Direito Penal, Jorge de Figueiredo Dias possui um entendimento merecedor de reflexão por aqueles que, irracionalmente, e de modo retrógrado, criticam a modernização ou expansão do Direito Penal. Jorge de Figueiredo Dias no sentido de que a restrição da função do direito penal à *tutela de bens jurídico-penais*, por um lado, e o carácter *subsidiário* desta tutela em sintonia com o princípio da necessidade, por outro lado, conduzem à justificação de uma proposição político-criminal fundamental (66): a de que, para um eficaz domínio do fenômeno da criminalidade dentro de cotas socialmente suportáveis, o Estado e o seu aparelho formalizado de controlo 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 dá o nome de princípio da não-intervenção moderada** – corrigindo em parte o *princípio da não intervenção radical* avançado por Schur (67) - , que assim se arvora em trave-mestra de todo um programa político-criminal (grifo nosso). Deste programa devem só destacar-se, com particular relevo para a matéria da determinação conceitual material de crime, duas implicações: A primeira é a de que do âmbito deste conceito tem de ser expurgados todos os comportamentos que *não acarretem lesão (ou perigo de lesão) para bens jurídicos* claramente definidos; ou que, ainda quando a acarretem, possam razoavelmente ser *contidos ou controlados por meios não penais* de política jurídica ou mesmo de política social não jurídica. Esta implicação está na base do movimento da **descriminalização**, claramente prosseguido, de resto, pela legislação penal portuguesa codificada, como se revela por uma comparação entre as partes especiais do CP de 1886 e de 1982 e pela Reforma deste último em 1995. A segunda, na outra vertente, é a de que processos novos de criminalização (chamado processos de **neocriminalização**) **só devem ser aceites como legítimos onde novos fenómenos sociais, anteriormente inexistentes, muito raros ou socialmente pouco significativos, revelem agora a emergência de novos bens jurídicos para cuja proteção se torna indispensável fazer intervir a tutela penal em detrimento de um paulatino desenvolvimento de estratégias não criminais de controle social** (grifo nosso). (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*; Portugal: Coimbra Editora, 2007. t. 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p. 131).

<sup>25</sup> ESTEFAN, André. *Direito penal I: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 134.

para que o Estado atinja seus objetivos<sup>26</sup>. O Direito Penal, ramo jurídico violento, seletivo e estigmatizante, somente estaria apto e teria atuação legítima quando os demais instrumentos de controle social, bem com os ramos do Direito menos invasivos aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, forem insuficientes e ineficazes na tutela dos bens jurídicos mais importantes no momento histórico (teoria do bem jurídico) ou insuficientes e ineficazes na efetivação de um interesse social relevante ou na efetivação de um direito fundamental social (teoria da prevenção geral positiva).

Claus Roxin<sup>27</sup>, sobre a subsidiariedade da proteção de bens jurídicos pelo Direito Penal, manifesta-se no seguinte sentido:

*De lo dicho hasta ahora de desprende y ala protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante del Derecho penal, sino que a ello há de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que haya que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema - como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc -. Por ello se denomina a la pena como la 'última ratio de la política social' y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida en que no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza 'fragmentaria' del Derecho penal. Esta limitación del Derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad, que a su vez se puede derivar del principio del Estado de Derecho de nuestra Constitución: Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social pueden proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico. Por ejemplo, las infracciones contractuales habituales se pueden compensar muy bien mediante la acción civil y medidas de ejecución forzosa, por lo que sería inadecuado intervenir en esos casos con el Derecho penal. Sólo si alguien perjudica mediante engaño y con ánimo de lucro a la otra parte de un negocio, el bien jurídico del patrimonio individual se ve menoscabado de modo tan consistente que entra en juego el tipo penal de la estafa (§ 263). [...] A diferencia de lo que ocurre en la cuestión de la protección de bienes jurídicos, en que el legislador está sometido a obligados límites relativamente estrictos, la idea*

<sup>26</sup> Segundo entendimento de André Estefan, apesar de haver consenso a respeito deste princípio, o legislador tem a tendência de promover uma verdadeira inflação legislativa (nomonia, nomorreia ou crescimento patológico da legislação pena), o que acarreta, em última análise, o descrédito do sistema criminal. (ESTEFAN, André. *Direito penal I*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 134-135). No tocante à aparente incompatibilidade entre o princípio da intervenção mínima ou ultima ratio e a modernização ou expansão do Direito Penal, analisaremos o tema mais a frente, desde já adiantando nosso entendimento no sentido de ser perfeitamente a compatibilização de tal princípio com o fenômeno de Política Criminal denominado modernização ou expansão do Direito Penal.

<sup>27</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Madrid: Thomson Civitas, 2006b. t. 1: Fundamentos: la estructura de la teoría del delito. p. 65-67.

*de subsidiariedad deja abierto un amplio margen de juego al arbitrio del legislador. Es cierto que teóricamente el principio de proporcionalidad es un principio constitucional básico, por lo que la punición de una infracción insignificante podría ser nula por vulnerar la prohibición de exceso; pero en la práctica hay que negar la inconstitucionalidad mientras el legislador tenga disponibles para infracciones de escassa gravedad penas correlativamente benignas. Y si no hay certeza sobre si otros medios más leves (como las meras sanciones civiles) prometen o no un éxito suficiente, al legislador le está atribuida además una prerrogativa de estimación. Por ello el principio de subsidiariedad es más una directriz políticocriminal que un mandato vinculante; es una cuestión de decisión de política social fijar hasta qué punto el legislador debe transformar hechos punibles en contravenciones o si considera adecuada la discriminación p.ej. del hurto en locales comerciales o en las empresas. Pero de todos modos el concepto material de delito también hace posible en la medida expuesta una crítica legislativa fundada, que es imprescindible para el progreso del Derecho penal.*

O princípio ou a característica da fragmentariedade do Direito Penal estabelece que as normas penais somente devem-se ocupar de punir uma pequena parcela, um pequeno fragmento dos atos ilícitos, justamente aqueles comportamentos que violem de forma mais grave os bens jurídicos mais importantes (para aqueles atrelados ao paradigma do bem jurídico). Compreendemos a característica da fragmentariedade do Direito Penal como desdobramento lógico do princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*.

Jescheck e Weigend<sup>28</sup>, na obra *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, discorrem sobre a fragmentariedade do Direito Penal nos seguintes termos:

*El Derecho penal posee, según una conocida expresión de **Binding**, un carácter fragmentario (Binding, Lehrbuch Bes. Teil págs. 20 ss.). Este último no contiene un sistema comprensivo de la protección de bienes jurídicos, sino que la limita en cada caso de acuerdo con la elección del difícil criterio del ‘merecimiento de pena’. Mientras que **Binding** reparó en esta autolimitación del legislador como la ‘gran carencia de su obra’, en la actualidad la limitación de la punibilidad a acciones que por su peligrosidad y reprochabilidad merecen y exigen inequívocamente la reprobación de la pena pública in interés de la protección de la sociedad, aparece como preferencia y característica del Estado liberal de Derecho. El carácter fragmentario del Derecho penal ha sido subrayado fuertemente a través de la tendencia descriminalizadora. También hau, sin embargo, un movimiento que camina en una dirección contraria. Ejemplos de ello son la ley de Protección de Embriones (1990), el Derecho penal económico (§§ 263 a 264 a, 265 b, 266 a y b, 261) y el Derecho penal medioambiental (§§ 324 ss.). Binding (Binding, Lehrbuch Bes. Teil págs. 20 ss.) también ha caracterizado al Derecho penal en su cualidad de Derecho protector como una ‘parte accesoria del Derecho’. Esta palabra contiene en realidad la indicación correcta para la plenitud de los bienes jurídicos que ‘se*

<sup>28</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 56-58.

*encuentran dispersos en todos los ámbitos del Derecho’, aunque con ella no puede malinterpretarse la idea de que el Derecho penal tan sólo vendría a asegurar simplemente por medio de normas de prohibición un Ordenamiento jurídico previamente suministrado. El Derecho penal es, más bien, la forma históricamente más antigua de manifestación del Derecho, y todavía hoy regula extensos ámbitos como la protección de la vida, la libertad, el honor o las costumbres sexuales, de una forma autónoma y sin recurrir a los conceptos y funciones de otros sectores del Derecho. La dependencia del Derecho penal de otras ramas del Derecho y su conceptualización a partir de ellas no puede ser válida, pues, como regla general, sino que más bien depende de las respectivas circunstancias. En todo caso, los conceptos jurídico-penales deben estar dirigidos a la finalidad de protección de la correspondiente proposición jurídico-penal.*

O princípio do Direito Penal denominado adequação social<sup>29</sup> significa que aqueles comportamentos historicamente aceitos e sedimentados no âmbito social, bem como harmoniosos com os predicados ético-morais, ainda que preenchem a tipicidade penal na sua dimensão formal, não estão aptos a se subsumirem à tipicidade penal, em decorrência do afastamento da dimensão material ou substantiva desta<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Welzel, no clássico trabalho de 1939, em que pela primeira vez cunhou o conceito de adequação social, dizia jamais serem típicas aquelas ações que, apesar de formalmente subsumíveis aos tipos, “permaneçam funcionalmente integradas à organização da vida comunitária de um povo em determinado momento histórico. O sobrinho que manda o tio à floresta esperando que ele seja atingido por um raio – o que vem realmente a ocorrer – move-se dentro dos limites do socialmente adequado, de modo que sua ação, mesmo que causadora do resultado, não é típica. Tampouco os presentes de Natal comumente dados a funcionários públicos preenchem o tipo de corrupção; as privações de liberdade a que todos se submetem dentro de um transporte público, que só pára em determinados pontos, não podem, igualmente, ser consideradas um sequestro. A *fundamentação* que dá Welzel à sua teoria da adequação social guarda bastante proximidade – mas não identidade – com a que se costuma dar à ideia de risco permitido. Welzel introduz o conceito de adequação social após uma crítica ao dogma causal, à ideia da lesão ao bem jurídico e à absolutização do desvalor do resultado. “A teoria da lesão ao bem jurídico... nada mais é que o correlato do dogma causal no âmbito da antijuridicidade. Mas tal teoria descansa sobre um erro fundamental: isolar o bem jurídico da realidade social, afastá-lo da vida, e posicioná-lo num mundo estático, de modo análogo às “peças de um museu, que são cuidadosamente protegidas de influências lesivas em vitrines, só expostas aos olhares dos espectadores”. Contudo o bem jurídico só existe na realidade social, na medida em que ele está “em função”: “vida, integridade física, propriedade etc. não possuem uma simples existência, mas seu existir é estar-em-função”. Assim aquelas ações que, apesar de causais para a destruição de um bem jurídico, realizem a verdadeira vocação deste, a sua função na vida social, não poderão ser consideradas típicas. Estas ações consideram-se socialmente adequadas. Por sua imprecisão, a teoria da adequação social é predominantemente recusada pela doutrina. Hoje, ela parece reduzida a um critério de *interpretação*: as elementares dos tipos devem ser concretizadas de tal maneira que não abranjam fatos socialmente adequados. (ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a.p. 30-33).

<sup>30</sup> O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no julgamento da apelação n. 825657-1, reformou decisão de primeiro grau que, aplicando o princípio da adequação social, absolvera o acusado de violação de direito autoral. Vejamos: Por ter colocado à venda, em seu estabelecimento comercial, em Maringá (PR), 250 CDs e 65 DVDs falsificados, J. F. G. O. foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa pela prática do crime de violação de direito autoral, tipificado no art. 184, § 2, do Código Penal. Essa decisão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná reformou, por unanimidade de votos, a sentença do Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Maringá que, julgando improcedente a denúncia formulada pelo Ministério Público, absolveu o réu J. F. G. O. sob o entendimento de que, ao cos, aplica-se o “princípio da adequação social” (concebido por Hans Welzel), o qual preconiza que “não se pode reputar criminoso uma conduta tolerada pela sociedade, ainda que se enquadre em um uma



Francisco de Assis Toledo<sup>31</sup>, assim nos ensina:

Trata-se, segundo Welzel – responsável pela sua introdução no direito penal – de um princípio geral de hermenêutica (*Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 58. Esta parece ser a posição mais recente do grande penalista). Pode ser enunciado em poucas palavras: se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas. Não se deve, contudo, confundir ‘adequação social’ com ‘causa e justificação’, pecado que o próprio Welzel confessa ter cometido inicialmente (*Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 57). A ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social, ao passo que a ação amparada por uma causa de justificação só não é crime, apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da ação típica (Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pág. 57). Veja-se o exemplo da lesão corporal cometida em legítima defesa. Embora o fato esteja justificado por uma causa de exclusão do ilícito, tratando-se de uma ação que foge aos padrões normais de comportamento social, o juízo de tipicidade formal autoriza submeter-se o agente aos ônus e dissabores do processo, no qual se irá averiguar e proclamar a existência da legítima defesa. Tome-se, agora, este outro exemplo: o ferimento resultante de um pontapé durante o jogo de futebol. Embora, na última hipótese, também possa ocorrer uma lesão corporal dolosa, se o agente, apesar disso, agiu dentro do que é normalmente aceito e tolerado (note-se que não estamos defendendo certas agressões desleais que ultimamente se tem verificado no esporte brasileiro, que, infelizmente, para desespero do público, perde em grandeza e beleza na mesma proporção do que ganha em violência), em disputas dessa natureza, não há que se falar, desde o início, em tipicidade material, dispensando-se o agente de ter que recorrer a uma causa de justificação para alcançar a impunibilidade do fato. A ‘adequação social’ exclui desde logo a conduta em exame do âmbito da

---

descrição típica”. No recurso de apelação, o Ministério Público pediu a reforma da sentença para condenar o réu pela prática do crime descrito na denúncia, ou seja, violação de direito autoral. O relator do recurso, desembargador Jorge Wagih Massad, consignou em seu voto: “O entendimento exarado em sentença, de aplicação do princípio da adequação social e, conseqüentemente, absolvição do apelado do crime de violação de direito autoral, não merece prevalecer”. “Segundo este princípio, uma conduta deixa de ser considerada típica, quando socialmente aceita”. “Não é o caso dos autos. A meu ver, a comercialização de CDs e DVDs falsificados não se enquadra no conceito de conduta normalmente aceita pela sociedade. Isto porque a banalização da pirataria não lhe confere legitimidade”. Após transcrever, em apoio à sua tese, longo voto do Ministro do STF Ricardo Lewandowski (Habeas Corpus 98.898/SP), assinalou o relator: “Destarte, não há se falar em aplicação do princípio de adequação social, *in casu*, pois a banalização do comércio de produtos falsificados não significa que a conduta deixou de ser coibida pelo Estado”. Certamente a repressão a essa atividade por vezes é ineficiente, até mesmo em razão da crescente disseminação desse tipo de comércio. Mas a conduta continua sendo considerada crime e o direito do autor permanece constitucionalmente tutelado. Ainda, é notória a preocupação do Estado com o combate à pirataria, o que se verifica, inclusive, através das campanhas públicas de conscientização da sociedade”. “Ademais, o crime de violação de direito autoral enseja prejuízos não só à vítima, mas a toda coletividade, que sente os reflexos do comércio de produtos falsificados em diversos setores”. “Acolho o elucidativo parecer da Procuradoria-Geral de Justiça: ‘Com efeito, a comercialização de CDs e DVDs falsificados, se de um lado, é conduta tolerada por parte da sociedade, por outro, implica em desastrosas conseqüências para aqueles setores relacionados com a produção de tais artigos, causando desemprego, fechamento de estabelecimentos comerciais, redução de arrecadação de impostos, dentre outros, de modo que não se pode afirmar que se trate, a rigor, de conduta socialmente permitida, tampouco, de fato atípico.

<sup>31</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 131-132.

incidência do tipo, situando-se entre os comportamentos *normalmente permitidos*, isto é, materialmente *atípicos*.

Importante destacar que o princípio da adequação social, quando presente nas especificidades do caso concreto, tem o condão de afastar o âmbito material da tipicidade penal, afastando-se, por conseguinte, o próprio fato típico – um dos atributos do conceito analítico ou dogmático de infração penal.

### 2.1.2 O Conceito de Bem Jurídico

Sobretudo após a Segunda Guerra Mundial<sup>32</sup>, com o velho tema do direito natural e, conseqüentemente, com o da relação entre moral e direito, surge na Alemanha<sup>33</sup> a teoria do

---

<sup>32</sup> O autor que pela primeira vez se utilizou da noção de bem jurídico, Johann Franz Birmbaum (*Über das Erfordernis eines Rechtesverletzung sum Begriff des Verbrechens*, *Archiv des Criminakrechts* 1834, p. 149 e ss), em meados do século XIX, visava com ela a abranger em conjunto de valores, de conteúdo liberal, que fosse apto a basear a punibilidade dos comportamentos que os ofendessem. Esta noção assumiu, num primeiro momento, conteúdo individualista, identificando-se o bem jurídico com os interesses fundamentais do indivíduo na sociedade, com destaque à vida, ao corpo, à liberdade e ao patrimônio. Referido conceito liberal de bem jurídico tem por antecedente a teoria do objeto do crime própria da ciência penal do Iluminismo, contrária ao direito penal teocrático, e, como fundamento da determinação do conteúdo do conceito geral de delito, a teoria jusnaturalista do contrato social. Sob este prisma, sendo o Estado considerado decisão conjunta dos homens, com o objetivo de assegurar a mais ampla liberdade aos cidadãos, sua tarefa legítima fundamental era, então, a proteção dos direitos dos cidadãos. O núcleo material do delito surge, portanto, a partir da lesão de direitos subjetivos. Esse é o posicionamento de Johann Anselm Ritter Von Feuerbach, que, voltando-se contra os conceitos teológicos característicos do absolutismo, passou a considerar o delito não mais como pecado, lesivo, portanto a Deus, também representado pelo monarca, mas sim como atentado ao grupo social, e a pena, não como expiação, e sim retribuição (HORMAZABAL MALARÉE, *Hermán Bien jurídico y estado social e democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. 2. ed. Santiago de Chile: ConoSur, 1992. p. 14). Diferentemente de Feuerbach, porém, Birnbaum amplia o espectro de consideração do conteúdo material do crime, estabelecendo que o delito não lesiona meramente direitos subjetivos, e sim bens. A partir das definições de Birnbaum, Karl Binding, sem guardar nenhuma preocupação com as ideias iluministas e adotando os preceitos da escola positivista, definiu o bem jurídico formalmente com tudo aquilo que o legislador elegeisse como tal. Não é todo o bem suscetível de proteção penal, mas apenas aqueles dotados de relevância jurídica, entendida no sentido formal. O delito consistia, então, na lesão de um direito subjetivo do Estado, havendo absoluta congruência entre a norma e o bem jurídico por ela revelado. Não importava, assim, o real interesse social em sua proteção, e sim a mera escolha do legislador, que pode ser, atpém mesmo, aleatória e arbitrária (Ibid., p. 46. De todo forma, Nilo Batista assevera que, ainda que seja procedente essa crítica, é a Binding que se deve, de forma inédita, o registro do caráter fragmentário do direito penal. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 86). No mesmo contexto positivista, também Franz von Liszt, dirigindo-se contra o poder absoluto do Estado, numa linha naturalística-sociológica, voltou-se para a determinação essencial do delito a partir da tese de que o direito existe por vontade humana e se volta à proteção de situações reais. Assim, o fim de todo o direito penal era somente a proteção de interesses vitais. Tais interesses humanos, os quais Liszt denomina bens jurídicos, não seriam produto do ordenamento jurídico, mas da vida, sendo, portanto, estabelecidos previamente (LISZT Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Higydio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, t. 1, p. 94. RUDOLPHI, Hans-Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Trad. Enrique Bacigalupo. *Nuevo pensamiento penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Buenos Aires, ano 4, p. 334, 1975. Se bem que, embora sejam dados previamente ao direito positivado, os bens jurídicos passam a ostentar essa categoria a partir de sua normatização. De outro lado, a concepção de Liszt recebe crítica de Winfried Hassemer, em razão da identificação dos interesses sociais vitais se dar a partir dos próprios interesses da comunidade estatal, vistos de forma empírica, avaliada. Assim, o bem jurídico, nesse contexto, continua atrelado ao arbítrio do Estado). Ocorre que a adoção de conceito de bem

bem jurídico com a finalidade de limitar a intervenção jurídico-penal<sup>34</sup>, isto é, o Estado somente estaria legitimado a criminalizar comportamentos humanos a partir da ocorrência de lesão ou ameaça de lesão a certos bens jurídicos<sup>35</sup>, sendo ilegítima a intervenção que não se fundasse em tal paradigma. Convicções jurídicas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas de mundo não autorizariam a atuação deste instrumento de controle social tão drástico e nefasto para todos os envolvidos no caso penal. Hans Welzel que colocara no centro do problema penal os “valores ético-sociais da ação”, afirma textualmente, em artigo publicado em 1960 e também na sua obra *Direito natural e justiça material (Naturrecht und materiale Gerechtigkeit)*, que um ordenamento social só é direito quando for mais do que contingente manifestação de força, quando procurar realizar o que é socialmente verdadeiro e justo [...] e assim puder apresentar-se ao indivíduo não apenas como constrição, mas também com a pretensão de obrigá-lo em consciência”.<sup>36</sup> O Direito Criminal, indubitavelmente, tem um fundo ético.

---

jurídico independentemente do direito positivo, caracterizando-se como um conceito previamente dado, possui seu conteúdo material elaborado de forma insatisfatória, revelando limitado valor à dogmática jurídico-penal. Isso porque um conceito prévio ao direito não se mostra capacitado a abranger o núcleo material de todos os comportamentos puníveis contidos na lei, pertencendo mais ao âmbito da política social. (BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009. Disponível em: <www.ibccrim.org.br/revista\_liberdades\_artigo/3-ARTIGO>. Acesso em: 12 mar. 2014.

<sup>33</sup> No que concerne ao Direito alemão, o Tribunal Constitucional não utilizou até agora a idoneidade de uma norma penal para a proteção de bens jurídicos como condição de sua validade e com isso encontrou, no momento, ampla aceitação nos trabalhos monográficos, apesar de, como se expôs ao princípio, a restrição do Direito Penal à proteção de bens jurídicos se pode deduzir perfeitamente dos fundamentos teórico-estatais de uma democracia parlamentar. Este desprezo da capacidade crítica do princípio de proteção de bens jurídicos contribuiu, em grande medida, a que ele não seja levado em conta pela literatura e também pelo legislador. Não obstante, existem pontos de partida para uma recepção constitucional da ideia de proteção de bens jurídicos. **O Tribunal decide sobre a admissibilidade de uma intervenção jurídico-penal lançando mão do princípio da proporcionalidade ao qual pertence a chamada proibição de excessos como uma de suas manifestações** grifo nosso). Poder-se-ia dizer que uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos. Desde logo, haverá que deixar ao legislador uma margem de decisão no momento de responder se uma norma penal é um instrumento útil para a proteção de bens jurídicos. Mas quando para isso não se possa encontrar uma fundamentação séria justificável, a consequência deve ser a ineficácia de uma norma penal “desproporcional”. (ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a. p. 26-27).

<sup>34</sup> Conforme nos ensina Claus Roxin, a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador. (Ibid., p. 11).

<sup>35</sup> Bem, em um sentido muito amplo, é tudo o que se nos apresenta como digno, útil, necessário, valioso. Os bens são, pois, coisas reais ou objetos imateriais que, além de serem o que são, “valem”. Por isso são, em geral, apetecidos, procurados, disputados, defendidos, e, pela mesma razão, expostos a certos perigos de ataques ou sujeitos a determinadas lesões. Aristóteles não faz exceção ao afirmar que “toda ação e toda eleição parecem tender a algum bem” e logo em seguida, define o “bem” como sendo “aquilo a que toas as coisas tendem”. (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 15).

<sup>36</sup> Ibid., p. 10.

Claus Roxin<sup>37</sup>, na obra *Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, discorre sobre o entendimento de Hans Welzel acerca da teoria do bem jurídico,

*Sostiene la opinión de que ‘la misión central’ del Derecho penal no consiste en la protección de bienes jurídicos, sino en asegurar la ‘vigencia de los valores de facto éticosociales positivos, como el respecto a la vida, salud, libertad, propiedad ajenas, etc’. La ‘misión primaria del Derecho penal’ no es la protección actual de los bienes jurídicos, sino ‘garantizar’ la observancia ‘de los valores de facto de una actitud interna jurídica’ (Welzel, StrafR 11, 2 [= PG, 1987, 13; N. del T.]; sin embargo considera ‘incluída’ la ‘protección de los bienes jurídicos concretos’ dentro de la prioritaria protección de los valores elementales de la actitud interna (Welzel, StrafR 11, 4 [= PG, 1987, 15; N. del T.]. Frecuentemente se le reprocha a esa concepción que se aparta del Derecho penal del hecho y conduce a un Derecho penal de la actitud interna; pero la verdad es que sin razón: pues Welzel no pretende imponer cualesquiera actitudes internas ‘positivas’ por medio del Derecho penal, sino sólo el respecto de los bienes jurídicos protegidos en el Código penal y el reconocimiento de las normas. Pero ellos muestra también que Welzel confunde medios y fines y que su teoría en sus resultados apenas se distingue de la teoría aquí mantenida. En efecto, la estabilización de las normas en la conciencia de la comunidad pretenecce sin duda, como ‘prevención general positiva’, a los cometidos del Derecho penal (cfr. para más detalles § 3, nm. 26 s.), y no otra cosa conducen las formulaciones de Welzel. Pero la creación de respecto a la vida o propiedad ajena, etc., naturalmente no se produce como fin en sí mismo, sino para evitar danos a bienes jurídicos; con lo que sólo es medio para el fin de la protección de bienes jurídicos. Tampoco es equivocada, pero sí que da lugar a malentendidos similares, la posición que sitúa con el mismo rango la ‘infracción del deber’ junto a la lesión del bien jurídico. Cuando p.ej. Jescheck pretende que ‘protección de bienes jurídicos y protección de los valores éticosociales de la acción’ se ‘conciban como cometidos equivalentes... del Derecho penal’, coincide con la concepción de Welzel, pero con la diferencia de que renuncia a concederle prioridad al aseguramiento de los valores de la acción. No obstante, lo dicho sobre la teoría de Welzel vale también frente a esta concepción: la corrección de la actitud interna es un medio para la protección de bienes jurídicos, y no algo que este autónomamente junto a ella. Por otra parte, cuando Lenckner alude a que el delito también supone un desvalor de la acción y de la actitud interna, que sintetiza bajo el concepto de la ‘infracción del deber’, con ello no se está diciendo sino que el hecho punible ha de ser antijurídico y culpable (más detalles al respecto § 7); pero eso no cambia para nada el hecho de que la punición de delitos (que sin duda presuponen antijuridicidad y culpabilidad) sólo sirve para proteger bienes jurídicos.*

Buscando ser um instrumento limitador da atuação do Direito Penal, a teoria da proteção do bem jurídico pretende responder tal indagação no sentido de que, inexistindo bem jurídico a ser protegido pela norma penal, ilegítima será a respectiva intervenção. Observa-se,

<sup>37</sup> ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Madrid: Thomson Civitas, 2006b. t. 1: Fundamentos: la estructura de la teoría del delito. p. 68-69.

assim, o caráter limitado do direito penal<sup>38</sup> sob duplo aspecto: “[...] o primeiro, o da subsidiariedade de sua proteção a bens jurídicos; segundo, o dever estar condicionada sua intervenção à importância ou gravidade da lesão, real ou potencial.”<sup>39</sup>. Claus Roxin, Hassemer e tantos outros<sup>40</sup> são adeptos de tal concepção. Hassemer, há mais de 30 anos, é protagonista de um conceito de bem jurídico denominado por ele “crítico ao sistema”, tendo afirmado recentemente: “A proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se num bem jurídico seria terror estatal [...]”<sup>41</sup>. Schunemann interpreta a renúncia à capacidade crítica do princípio de proteção de bens jurídicos como um retrocesso do Direito Penal a um nível anterior à ilustração, e assim manifesta-se: “não somente se deve preservar a posição central do conceito de bem jurídico na dogmática penal, mas que também o verdadeiro desenvolvimento da teoria do bem jurídico é inclusive iminente.”<sup>42</sup>

A professora Ana Elisa Liberatore S. Bechara, em artigo intitulado *O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual*<sup>43</sup>, tece as seguintes considerações:

Juarez Tavares, por sua vez, adverte que o bem jurídico, na qualidade de valor e, conseqüentemente, inserido no amplo espectro da finalidade da ordem jurídica, cumpre a função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica. Entendido como valor e não como dever, o bem jurídico é reconduzido à condição de delimitador da norma. Esse também é o entendimento de Claus Roxin, que define inicialmente os bens jurídicos como circunstâncias úteis ao indivíduo e ao seu livre desenvolvimento, no âmbito de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema. No mesmo sentido, Winfried Hassemer parte do pressuposto de que, no estágio atual do Estado Democrático de Direito, o conteúdo material do delito e, assim, o conteúdo do bem jurídico não podem ser tomados segundo a mera descrição normativa formal, de um lado, ou conforme exigências ético-sociais de caráter fundamentalmente moral ou religioso, de outro, para afirmar que só ganha sentido uma concepção que pretenda relacionar diretamente o conceito material de crime e o conteúdo de bem jurídico ao problema da missão e dos limites do direito penal na medida em que este conceito for situado fora do âmbito jurídico-penal positivado. O conceito será porém, estabelecido previamente pelo

<sup>38</sup> Importante destacar que nem todo bem é um bem jurídico. Nem todo bem jurídico como tal se coloca sob a tutela do direito criminal.

<sup>39</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 14.

<sup>40</sup> A teoria do bem jurídico como instrumento legitimador da intervenção jurídico-penal é o paradigma atual nas legislações penais em todo mundo.

<sup>41</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a. p. 15 e 16.

<sup>42</sup> Ibid., p. 16. Schunemann, *Das Rechtsguterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, em Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (editores), Die Rechtsgutstheorie*, 2003. p. 133 (145, 154).

<sup>43</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009. Disponível em: <www.ibccrim.org.br/revista\_liberdades\_artigo/3-ARTIGO>. Acesso em: 12 mar. 2014.

legislador, em nível constitucional, mediante a eleição de bens jurídicos dignos de tutela, de forma a constituir-se um padrão crítico a indicar aquilo que deve ser criminalizado e aquilo que se deve deixar fora do campo de incidência penal (HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984. p. 56). Concluir-se-ia, portanto, sob a perspectiva pessoal, que um bem jurídico vinculante existe quando se encontra refletido num valor constitucionalmente reconhecido e que, assim, preexiste ao ordenamento jurídico-penal. Nesta acepção, deve-se considerar os bens jurídicos protegidos pelo direito penal como concretizações dos valores constitucionalmente relacionados aos direitos fundamentais. E será exatamente por esta via que os bens jurídicos se transformam em bens jurídicos dignos da tutela penal, ou jurídico-penais.

O penalista alemão Claus Roxin<sup>44</sup>, expressa o seu entendimento acerca do conceito de bem jurídico-penal nos seguintes termos:

Encontramo-nos de novo frente a uma discussão básica e apaixonante em cujo marco eu me incluo nos defensores do conceito de bem jurídico. Antes de ocupar-me de seus detratores, desejo expor minha própria concepção na forma concisa como aqui convém. Já que são tantas as opiniões sobre o que é um bem jurídico, sobre o tema somente se poderá discutir corretamente quando se deixe claro o que se entende por bem jurídico e de onde se deduz uma restrição do Direito Penal à proteção de ditos bens. Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde, segundo minha opinião, com o entendimento mesmo de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então, de uma fundamentação teórica mais ampla. Não obstante, ela se legitima historicamente desde o pensamento histórico-racional da ilustração que serve de base à forma de Estado democrático. Desde a concepção ideológica do contrato social, os cidadãos, como possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídico-penais que sejam necessárias para o logro de uma vida em comunidade livre e pacífica, e eles fazem isto somente na medida em que este objetivo não se possa alcançar por outros meios mais leves. A ideia que se subentende a esta concepção é que se deve encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade individual possível. Estes ideais de nossa tradição liberal ilustrada não saíram de moda em absoluto, eles devem de preferência seguir sendo defendidos frente às novas tendências de origem diferente, restritiva da liberdade. De tudo isto resulta: em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do

---

<sup>44</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a. p. 16-20.

corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração da justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor. Todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições eu os denomino de bens jurídicos. Eles não são elementos portadores de sentido como frequentemente se supõe – se eles o fossem, não poderiam ser lesionados de nenhum modo –, mas circunstâncias reais dadas: a vida, a integridade corporal ou o poder de disposição sobre os bens materiais (propriedade). Então, não é necessário que os bens jurídicos possuam realidade material; a possibilidade de disposição sobre coisas que a propriedade garante ou a liberdade de atuação voluntária que se protege com a proibição da coação não são objetos corporais; entretanto, são parte integrantes da realidade empírica. Também os direitos fundamentais e humanos, como o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de opinião ou religiosa, também são bens jurídicos. Seu desconhecimento prejudica verdadeiramente a vida na sociedade. De forma correspondente com o anterior. Embora as instituições estatais como a administração da justiça ou o sistema monetário ou outros bens jurídicos de todos tampouco são objetos corporais, mas são realidades vitais cuja diminuição prejudica, de forma duradoura, a capacidade de rendimento da sociedade e a vida dos cidadãos. Sobre a base das reflexões anteriores, podem-se definir bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário. A definição que aqui se propõe distingue um conceito ‘pessoal’ de bem jurídico como o que, de forma similar, foi desenvolvido primeiramente por Rudolphi Marx e Hassemmer há mais de trinta anos e de acordo com o projeto alternativo alemão do ocidente.<sup>45</sup> Um conceito de bem jurídico semelhante não pode ser limitado, de nenhum modo, a bens jurídicos individuais; ele abrange também os bens jurídicos da generalidade. Entretanto, estes somente são legítimos quando servem definitivamente ao cidadão do Estado em particular. Isto é assim quando se trata dos bens jurídicos universais transmitidos e reconhecidos em geral. Pode-se observar facilmente que uma administração da justiça organizada e um sistema monetário estável são necessários para o livre desenvolvimento de cada um na sociedade. O mesmo dever de pagar impostos, detestado com frequência pelos cidadãos, não busca o enriquecimento do Estado, mas o benefício do particular que está sujeito às contribuições do Estado que estão financiadas precisamente através dos gravames. Um conceito de bem jurídico pessoal de tais características é a forma correta de expressão de um Estado de Direito Liberal, desde o qual parte a minha argumentação. O conceito de bem jurídico que aqui se defende é também um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima. Ele se diferencia do assim

---

<sup>45</sup> RUDOLPHI, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, livro em homenagem a Honig, 1970, p. 151; MARX e HASSEMAR nos trabalhos mencionados na nota 1 (ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a. p. 18).

denominado conceito metódico de bem jurídico<sup>46</sup>, 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.

Não obstante a repercussão e aceitação mundial da teoria do bem jurídico, Gunther Jakobs, Hirsch, Stratenwerth e outros<sup>47</sup> não compactuam com a mesma. Tais doutrinadores entendem ser um equívoco a redução da atuação do Direito Criminal a mera proteção de bens jurídicos, bem como argumentam no sentido da ausência de parâmetros democráticos e racionais a definir bem jurídico, assim como a escolha de quais bens serão merecedores da atuação do Direito Penal. Hirsch<sup>48</sup> afirma que não existe um conceito de bem jurídico predeterminado para o legislador. “O conceito de bem jurídico não é um princípio idôneo para

<sup>46</sup> Fundamentado em Honig, *Die Einwilligung des Verletzten*, 1919, p. 30; Grunhut, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, livro homenagem a Frank, 1930, tomo 1, pág. 1 (8). (Ibid., p. 20).

<sup>47</sup> Frente a la concepción aquí defendida, una parte de la doctrina le niega a la idea de protección de bienes jurídicos la aptitud para determinar el concepto material de delito (lo que ha de ser así necesariamente entre los partidarios del concepto metodológico de bien jurídico, cfr. nm.7). Así opina v.gr. Jescheck (Jescheck, AT4, § 26 I 2) que hoy el concepto de bien jurídico sirve en muchas ocasiones para limitar el Derecho penal a la sanción de conductas nocivas (y no meramente chocantes) para la comunidad, pero que ésta “no es una cuestión del concepto de bien jurídico, sino de política criminal, que ciertamente está vinculada a la escala jerárquica de los valores en la Constitución, a los deberes de protección derivados de ella y al principio de subsidiariedad del Derecho penal”. De modo similar disse Zipf (Zipf, 2. 1980, 107), sin recurrir a la idea de la protección de bienes jurídicos, que el “concepto material del delito” está “preconfigurado por el ordenamiento constitucional y por la teoría del Derecho penal. A ese respecto tiene especial importancia la toma de posición a favor de un modelo pluralista del Estado y de la sociedad... En nuestro actual orden social el delito no puede originarse por una ideología discrepante o por una orientación moral diferente”. Todo ello contiene elementos esenciales de la teoría que también se defiende aquí. Pero su ubicación dentro del principio de la protección subsidiaria de bienes jurídicos permite una sistematización y concreción de los diversos puntos de vista, sin la que tales declaraciones se quedan fácilmente en lo no vinculante; y así efectivamente Zipf (Zipf, 2. 1980, 110 s.), p.ej., no ve en concepto material de delito un “límite jurídico para el legislador penal”, sino que sólo le atribuye una “función de modelo rector”. Por otra parte, Amelung (Amelung, 1972, 330 ss.; aprob. con precaución Stratenwerth, AT 3, nm. 57) pretende basar el concepto material de delito en una teoría del dano social – que debe evitarse mediante conminación penal –, para cuya precisión en su contenido recurre a la moderna teoría de los sistemas sociales (sobre todo Parsons). Ahora bien, esa atención a la funcionalidad para el sistema de una conducta conduce a que se proteja a la persona no por sí misma, sino sólo en interés de la sociedad, a la que por tanto también se la podría sacrificar sólo con que el sistema permanezca inalterado. Para eludir esa consecuencia, que es radicalmente contrapuesta a la dirección liberal de la idea del bien jurídico. Amelung quiere restringir su concepción mediante las decisiones valorativas fundamentales de la Ley Fundamental (sobre todo los arts. 1 y 2 GG – Amelung, 1972, 390; pero idem – 1991, 269, 278) opina tb. que la Constitución sólo sujeta un poco al legislador). De ese modo puede llegar a resultados similares a los que aquí se defienden; pero la restricción – materialmente necesaria – está en contradicción con el punto del partida y oculta la idea de que el Estado existe para el individuo, que ha de ser protegido por sí mismo y no como parte de todo el sistema social. (ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Madrid: Thomson Civitas, 2006b. t. 1: Fundamentos: la estructura de la teoría del delito. p. 67-68).

<sup>48</sup> De qualquer maneira, Hirsch, também recorre ao princípio constitucional da proporcionalidade para colocar barreiras ao legislador. Porém, ele o associa preferentemente com o princípio da subsidiariedade; agrega, não obstante, quando um âmbito de comportamento não oferece um motivo para sua não realização. Se se interpreta esta singular formulação de tal maneira que não existe um motivo para a não-realização de um comportamento quando uma proibição não serve à proteção de bens jurídicos, a concepção de Hirsch pode ser absolutamente compatível com a aqui defendida. (ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a. p. 31).



limitar o Direito Penal”. Stratenwerth<sup>49</sup> remete às múltiplas e variadas definições do bem jurídico na literatura para logo afirmar que “uma definição material universal de bem jurídico” equivaleria a “deixar o círculo quadrado”, o que seria inadmissível. Ademais, ele sustenta que o motivo para a elaboração de um tipo penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a inconveniência de um comportamento. Jakobs<sup>50</sup> observa, desde o princípio, que a função do Direito Criminal é a confirmação da vigência da norma<sup>51</sup>, e não a proteção de bens jurídicos, não obstante ocorrer tal proteção em decorrência do resgate da credibilidade da norma, sendo tal efeito mero reflexo gerado pelo fim precípua do Direito Criminal. Importante esclarecer que quando Jakobs se refere ao fim primeiro do Direito Criminal, fator

<sup>49</sup> Stratenwerth não afasta por completo o conceito da proteção de bens jurídicos, apesar de considerar como irresolúvel a tarefa de aportar uma definição aceitável de bem jurídico. Frente a isso, parece-me que a descrição que nesta conferência se tentou aportar fundamentos de trabalhos úteis, ainda que eles tenham que ser aperfeiçoados. Ademais, Stratenwerth também deseja proteger, através de ameaça punitiva, tabus cunhados culturalmente e determinadas normas elementares de comportamento, ainda quando sua transgressão não represente uma lesão de um bem jurídico. Em seu último trabalho, Stratenwerth radicaliza seu ponto de vista, ao ponto de considerar suficiente para a elaboração de tipos penais uma atitude fundamental social reconhecida, um não querer algo. Nas palavras de Claus Roxin, desta forma, abandona-se por completo a capacidade crítica do princípio de proteção de bens jurídicos. Podem existir, inclusive, bons motivos que expliquem o motivo pelo qual grupos sociais, com influência parlamentar, não querem algo: por exemplo, fumar e beber, tão prejudiciais à saúde, esportes de risco, a leitura de livros pornográficos ou a libertinagem sexual. Em um Estado liberal não se deduz disso um motivo punitivo suficiente. Roxin continua: não obstante, concordo, afinal de contas, e, um ponto essencial com Stratenwerth. Ele deseja incorporar, no âmbito de atuação do Direito Penal, a proteção de animais e a proteção da sobrevivência das futuras gerações (Stratenwerth, na conferência: “*Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?*”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 105, 1993, p. 679 e ss). Roxin também considera que o mau-trato de animais ou extermínio de espécies animais devem ser penalizados da mesma forma que, por exemplo, a destruição que prejudica eficazmente a vida das futuras gerações. Poder-se-ia pensar que estes dois eventos contradizem a ideias de proteção de bens jurídicos, pois o atentado contra os animais e as futuras gerações não afeta necessariamente a coexistência pacífica dos homens que vivem atualmente. Sem embargo, continua o professor alemão, por isso não se necessita renunciar ao princípio de proteção de bens jurídicos como o quer Stratenwerth. Somente há que ampliá-lo, fazendo extensivo o contrato social, mais além do círculo dos homens que vivem atualmente, a outras criaturas e às gerações futuras. (ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a. p. 32-33).

<sup>50</sup> Jakobs (Jakobs, AT 2, 2/16 ss.) opina que “*las modalidades de tipo objetivo y subjetivo irrelevantes para que haya una lesión de bienes*”, así como los delitos especiales, no se podrían explicar si el fin de las normas se busca unicamente en la protección de bienes jurídicos. Y efectivamente son impunes p.eje. el perjuicio patrimonial sin ánimo de lucro y la sustracción de una cosa sin ánimo de apropiación, a pesar de que la lesión del bien jurídico es la misma que en la estafa (§ 263) o en el hurto (§ 242). Pero si se considera que el cometido del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, ello no quiere decir que tenga que castigarse toda lesión de bienes jurídicos sin tener en cuenta las modalidades de la misma; sino que hay que recordar que el Derecho penal sólo protege los bienes jurídicos subsidiariamente y que debe abstenerse de intervenir cuando, como sucede em caso de falta de ánimo de lucro o de apropiación, el problema se puede solucionar con los medios del Derecho civil. También es cierto que difícilmente se podrá negar que los delitos especiales propios, como la prevaricación (§ 336) o la gestión desleal (§ 266), protegen bienes jurídicos; sólo que esos bienes jurídicos no pueden ser lesionados por cualquier persona. (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Thomson Civitas, 2006b. t. 1: Fundamentos: la estructura de la teoría del delito. p. 69-70).

<sup>51</sup> Sem uma suficiente segurança cognitiva, a vigência da norma se esboroa e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente suscetível de ser vivida. (JAKOBS, Gunther; CÂNCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 33-34).

legitimador do mesmo, o jurista alemão está apontando para o bem jurídico denominado “norma”<sup>52</sup>, isto é, o Direito Criminal visa a tutelar o citado bem jurídico (norma), atuando a pena como instrumento-meio para o alcance da negação da negação comunicada pelo agente, estabilizando as expectativas normativas e, assim, cumprindo o seu desiderato.<sup>53</sup> O fato punível é a negação da norma pelo autor, e a pena tem como significado que “a afirmação do autor não é determinante e que a norma segue vigendo inalteradamente”<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> *La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas, Por eso – aun contradiciendo el lenguaje usual – se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal.* (JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. corr. Traducción: Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Ediciones Juridicas, 1997. p. 45).

<sup>53</sup> *Correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y da la pena en la esfera del significado, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia e reconocimiento. El reconocimiento también puede tener lugar en la conciencia de que la norma es infringida, la expectativa (también la del autor futuro) se dirige a que resulte confirmado como motivo del conflicto la infracción de la norma por el autor, y no la confianza de la víctima en la norma. Em todo caso, la pena da lugar a que la norma siga siendo un modelo de orientación idóneo. Resumiendo: Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.* (Ibid., p. 13-14).

<sup>54</sup> JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Coordenador e supervisor Luiz Moreira; Tradutores Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 39. Sobre a função do Direito Penal como prevenção geral positiva e não a tutela de bens jurídicos liberais, na obra *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria da imputação objetiva* de Gunther Jakobs, de Enrique Penaranda Ramos, Carlos Suárez González e Manuel Cancio Meliá, 2013, p. 41 a, encontramos a seguinte passagem: [...] Também é verdade que em inúmeros delitos existem componentes objetivos ou subjetivos que não guardam uma estrita relação com a lesão ou a colocação em perigo de bens jurídicos. Isso não é, entretanto, necessariamente incompatível com o entendimento de que o Direito Penal tem como última missão a proteção preventiva de bens jurídicos. A introdução de tais elementos pode cumprir determinadas funções, nem todas elas legítimas por certo, enquanto que se pode construir, com sua inclusão, valorações globais da atitude interna do sujeito, desde uma perspectiva moralizante. Em qualquer caso, está claro que, tampouco, existe até aqui uma diferença essencial de critério com o que usualmente se sustenta desde a afirmação do princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos. A questão somente se sustenta de um modo diferente, em princípio, a respeito das normas que tendem a assegurar diretamente a “paz social”, já que não é fácil estabelecer, em termos gerais, se nos encontramos ante orientações normativas que podem ser definidas também como bens jurídicos, se se trata de hipóteses em que, por exceção, o Direito Penal pode estender-se à proteção de valorações sociais muito purificadas na sociedade, ou se, pelo contrário, se trata de objetos que nem podem ser qualificados de bens jurídicos, nem são dignos de tutela penal. **A própria falta de clareza acerca do que consiste ou pode consistir um bem jurídico, pesa gravemente sobre toda essa problemática** (grifo nosso). Mas, inclusive, independentemente de uma precisa determinação do conteúdo de referido conceito, a doutrina da proteção dos bens jurídicos, como missão do Direito Penal, constitui já uma garantia, ao obrigar a um esforço de justificação na criação das normas penais: como assinalou Amelung, “quem toma como ponto de orientação o princípio da proteção de bens jurídicos” não pode “legitimar as normas por si mesmas” nem a imposição de penas por seu puro e simples rompimento, para demonstrar a versão em direção a uma determinada forma de comportamento, senão que “tem, pelo contrário, que demonstrar as consequências indesejadas que estão por detrás do rompimento da norma”. A consideração por parte de Jakobs de que o bem jurídico a proteger pelo Direito Penal, o “bem jurídico-penal”, é sempre a vigência efetiva da norma, não deve suscitar a impressão de que, com isso, já se incorreu no defeito que se acaba de assinalar. Bem ao contrário, Jakobs sustenta que as características “da conduta de outras pessoas não podem ser reguladas por seu mesmo conteúdo. Uma conduta

Claus Roxin<sup>55</sup>, expressando seu entendimento acerca da concepção de Gunther Jakobs, no sentido de que a função do Direito Penal não seria a proteção de bens jurídicos, mas a de evitar uma diminuição da vigência da norma (legitimação da intervenção jurídico-penal), assim se manifesta:

Isto é uma construção teórico-social cuja semelhança com a teoria da pena de Hegel (a pena como negação da negação do Direito), salta aos olhos. Sem embargo, não compartilho com este pensamento. Um sistema social, segundo meu entendimento, não deve ser mantido por ser um valor em si mesmo<sup>56</sup>, mas atendendo aos homens que vivem na sociedade do momento. Mesmo que isso fosse de outra forma, este sistema social não se manteria através de atribuições sem sentido, mas somente pela efetividade real de suas medidas de controle, as quais pertencem a ameaça e a execução das penas. Além destas objeções, a norma não pode pretender somente a obediência dos cidadãos. Esta sempre se deve dirigir a uma ação ou omissão, isto é, ao estabelecimento de um estado determinado. Mas, em um Estado Democrático de Direito, do qual parto como ideia diretriz, este estado só pode consistir em um viver em comunidade de forma pacífica e livre, onde se respeitem os direitos humanos dos membros da sociedade. Jakobs evita conscientemente, ao contrário, toda declaração sobre a legitimidade ou ilegitimidade de conteúdos da norma, assinalando tais declarações como não-científicas. Tratando-se da proteção da norma, pode-se optar politicamente por normas para a regulação da vida livre de pessoas opina Jakobs, tendo então o mesmo ponto de partida crítico do qual se vangloria a teoria da proteção de bens jurídicos, mas se trata de um ponto de partida político, não científico. Não há nada mais que dizer a respeito. Aqui me dá a impressão de quem um conceito estreito de ciência conduz à entrega do jurista à discricionariedade e à arbitrariedade legislativa. A política criminal como tal não é certamente uma ciência; sem embargo, o desenvolvimento

---

que nem objetivamente, nem segundo a opinião dos cidadãos, tem consequências prejudiciais, fica excluída, por falta de referência social, como mera imoralidade, do âmbito que deve ser regulado jurídico-penalmente. A norma penal, para ser legítima passa, portanto, por um “filtro” relativo às consequências nocivas que estão além do rompimento da norma. O que sucede é que este “filtro da danosidade social” do comportamento não só o superariam as normas que protegem bens jurídicos, senão também, conforme ao já indicado, normas dirigidas à proteção de bens jurídicos e normas orientadas à proteção da paz social. Além disso, a crítica de Jakobs à doutrina do bem jurídico centra-se na ideia de que, inclusive, os bens jurídicos que devem ser protegidos pelo Direito Penal não gozam de uma proteção absoluta em uma sociedade que permite, numa medida muito considerável, o sacrifício de bens para possibilitar o contato social: “por isso, uma norma não pode proteger um bem – na medida em que se trate de proteção de bens – frente a todos os riscos, senão tão só contra aqueles que não são consequência necessária do contrato social permitido. A doutrina dos bens jurídicos não pode explicar, entretanto, o que é está calsse de contato social. Definitivamente, a posição de Jakobs não se distingue materialmente da doutrina dominante mais que em algumas matizes conceituais que poderiam ser integradas nela sem muita dificuldade, e numa certa aceitação mais resignada, que fervorosa, da paz social como objeto de proteção de algumas normas penais. Sobre o primeiro, só cabe acrescentar que, ainda que não se possa explicar unicamente por uma referência ao bem jurídico o que é o que determina que alguns bens se convertam em bens jurídico-penalmente protegidos, nem os limites nos quais, dentro do contato social, são toleráveis os riscos que os afetam, a importância dos bens em jogo é sempre um dos fatores a considerar.

<sup>55</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a. p. 33-35.

<sup>56</sup> Similar a crítica de Mir Puig, como na nota 28, p. 886: “De um instrumento que deve ser legitimado através de seu fim, a norma se converte em um fim legitimando em si mesmo”. (MIR PUIG, Santiago. *Wertungen, Normen und Strafrechtswidrigkeit*. Goltdammer’s Archiv fur Strafrecht, 2003).

das fronteiras do processo legislativo, quanto ao conteúdo, desde as diretrizes político-criminais de um ordenamento constitucional liberal e de Estado de Direito, pertence perfeitamente às tarefas científicas da jurisprudência, independentemente da questão de se este desenvolvimento se dá no marco da doutrina ou da judicatura constitucional. Jakobs pensa que o conceito de bem jurídico não tem um conteúdo genuinamente liberal. Assim, por exemplo, a punibilidade da homossexualidade em uma sociedade configurada pela hierarquia de homens, como o exército prussiano, buscava proteger bens jurídicos, já que as relações sexuais que em princípio tem caráter de quebrar as hierarquias haviam surtido efeitos sociais danosos. Igualmente, o incesto lesionou, em épocas passadas, o bem da clara estruturação da família. É indiferente se, partindo destas teses audazes, pode-se fundamentar que no passado distante as regulações mencionadas protegeram sequer um bem jurídico. Os bens jurídicos não tem uma validade natural infinita; preferencialmente, estão submetidos às mudanças dos fundamentos jurídico-constitucionais e das relações sociais. Em todo caso, hoje em dia, não se trata mais de bens jurídicos como Jakobs admite quando diz que estes bens se enfraqueceram ou perderam o vigor. O fundo da minha concepção de bem jurídico é unicamente o Direito Penal atual em uma democracia parlamentar de Estado de Direito. Então, ao final, Jakobs aproxima-se perfeitamente da concepção aqui defendida quando recomenda a renúncia a normas sem vigor.

O professor espanhol Luis Gracia Martín<sup>57</sup>, manifesta-se em sentido contrário à perspectiva político-jurídica da Teoria do bem jurídico, nos seguintes termos:

Ademais, desde que BIRNBAUM, entre 1834 e 1836, contrapôs a FEUERBACH a ideia de que o Direito penal tinha que proteger ‘bens’, e não direitos subjetivos como sustentava este último de modo coerente com as concepções políticas da Ilustração<sup>58</sup>, a Ciência do Direito penal vem formulando sem cessar múltiplos enunciados discursivos sobre o objeto de proteção jurídico-penal, os quais, não obstante sua aparente diversidade, constituem especificações e desenvolvimentos do axioma, geralmente reconhecido, e até hoje quase nunca questionado seriamente, do caráter fragmentário e subsidiário da intervenção penal, conforme o qual esta seria legítima exclusivamente para a proteção de bens jurídicos.

---

<sup>57</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Apresentação do prof. Dr. Bernd Schunemann. Tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 93.

<sup>58</sup> Sobretudo na literatura espanhola converteu-se já em lugar comum a discutível afirmação – a meu ver errônea – de que o princípio de proteção de bens jurídicos, devido a Birnbaum, teve o valor de uma limitação do poder punitivo do Estado conforme os postulados e exigências liberais, mas o certo é que aquele, inspirado sem dúvida por seu mestre Mittermaier, formulou a ideia de proteção de bens como ideólogo da restauração da Monarquia absoluta, e, portanto, como uma tese reacionária contra o Estado Liberal e o Direito penal ilustrado. Ainda que seja conveniente levar em conta este comprometedor início da ideia de bem jurídico, isso não deve impedir reconhecer sua plena validade política; ao contrário, na atual conjuntura histórica parece-me uma ideia completamente irrenunciável. (Ibid., p. 93).

Temos, portanto, uma divergência<sup>59</sup> sobre a função a ser exercida pelo Direito Criminal e não o papel a ser exercido pela pena, não obstante tais finalidades estarem indiscutivelmente interligadas, em outras palavras, não há como analisar os fins do Direito Criminal de modo independente e descolado da reflexão acerca das finalidades a serem exercidas pela pena no Estado Democrático e Social de Direito<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> *Prescindindo de tales diferencias de opiniones (no centrales), la misión del Derecho penal como protección de bienes jurídicos es ampliamente reconocida en la doctrina moderna. Sin embargo, no se ha ganado mucho con ello, ya que el concepto de bien jurídico, aunque no se lo reduzca a la **ratio legis** (nm. 7), se describe del modo más diverso y frecuentemente resulta bastante vaga su operatividad para la elaboración de un concepto material de delito. Así se caracteriza el bien jurídico como “bien vital” reconocido socialmente como valioso, como “valor jurídico” o “interés jurídico”, como interés jurídicamente reconocido “en un determinado bien como tal en su manifestación general”, como “la pretensión de respeto emanada de supuestos de hecho valiosos, en la medida en que los órganos estatales han de reaccionar con consecuencias jurídicas ante su lesión no permitida”, o como “unidad funcional valiosa. Y Kienapfel (Kienapfel, AT 4, 39) denomina bienes jurídicos a “valores, instituciones y estados jurídicopenalmente protegidos, que son imprescindibles para la ordenada convivencia humana”. Debido a estas divergencias, que frecuentemente son difícilmente precisables en cuanto a su alcance, el relativo consenso sobre el cometido jurídicopenal de la protección de bienes jurídicos reposa sobre fundamentos inseguros. Por eso el concepto material de delito y la teoría del bien jurídico siguen contándose aún hoy entre los problemas básicos menos clarificados con exactitud del Derecho penal. (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Thomson Civitas, 2006b. t. 1: Fundamentos: la estructura de la teoría del delito. p. 70-71).*

<sup>60</sup> Na obra PENARANDA RAMOS, Enrique; GONZÁLES, Carlos Suárez; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Gunther Jakobs*. Tradução e Organização André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 39-41, encontramos a seguinte passagem: Particularmente criticada foi a já desvinculação, que em sua concepção se produz entre dita função e a de proteção de bens jurídicos, que em geral se lhe designa, tanto na Espanha como na Alemanha, como último fim ao Direito Penal. Seguindo aqui novamente a orientação de Baratta, um amplo setor da doutrina limita-se, geralmente, a formular a Jakobs uma reprovação por este motivo, sem realizar uma análise mais detida do alcance de sua discrepância com a doutrina dominante. Uma posição que contrasta vivamente, por exemplo, com a de Roxin, quem, depois de efetuar tal análise, constata que as diferenças de opinião não são muito importantes. Este é também nosso diagnóstico, que não impede, entretanto, assinalar que a crítica de Jakobs à doutrina da exclusiva proteção de bens jurídicos não está, em última instância, justificada. A juízo de Jakobs, existem numerosas características subjetivas e objetivas nos tipos de delito que resultam irrelevantes, desde a perspectiva da lesão de um determinado bem jurídico e, com caráter geral, determinadas classes de delitos (antes de tudo os delitos de dever especial pela função institucional e os delitos de mão própria) que não tem como núcleo tal lesão, senão o descumprimento de expectativas vinculadas ao papel do sujeito no marco de uma instituição e dirigidas, não negativamente, à evitação da lesão, senão, positivamente, à produção de bens jurídicos. Por outro lado, a compreensão do fim da norma como orientado à proteção de bens jurídicos, tampouco seria adequada em relação a certas normas que servem a uma proteção direta da paz social sem a tutela intermediária de nenhum bem jurídico. Em relação a isso deve-se admitir, em primeiro lugar, que existem importantes diferenças estruturais entre umas categorias de delito e outras, e que, em particular, resulta em muitos aspectos frutífera a distinção de Jakobs entre delitos em virtude de uma função de organização (delitos de domínio, na terminologia mais usual na Alemanha) e os delitos em virtude de uma função institucional (delitos especiais ou de dever especial, nessa mesma terminologia). Entretanto, cabe também apreciar um traço comum em todos eles, no que diz respeito ao problema aqui exposto. Tanto as normas que impõem a um sujeito a obrigação de evitar uma extensão da própria esfera de organização ao custo dos âmbitos organizativos de outros e expõem, portanto, uma relação puramente negativa entre o sujeito e o bem jurídico (*nemibem laedere*), como aquelas que obrigam, pelo contrário, à “conexão de esferas vitais” ou à “configuração de um mundo parcialmente comum” e, com isso, a prestações positivas para a subsistência, ou a produção de bens jurídicos, contém, geralmente, uma referência a um estado de coisas (presente ou futuro) que se define pela existência de um bem jurídico. A diferença entre o ponto de vista de Jakobs e o geralmente admitido, pode basear-se pois, no estabelecimento para o conceito de bem jurídico de uma “barreira definicional” por parte daquele, conforme a qual só se considera, em uma visão estática e não dinâmica do dito conceito, a situação presente, e não o desenvolvimento futuro desejado.

### 2.1.3 Insuficiências da Teoria do Bem Jurídico

Partindo da premissa de que o que legitima a intervenção jurídico-penal no comportamento dos membros da sociedade é a proteção de bens jurídicos e que a sanção penal possua como escopos a *prevenção geral (positiva e negativa)* e a *prevenção especial (positiva e negativa)*, harmonizam-se as idéias, segundo entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência, no sentido de que para que uma ação ou omissão possa ser objeto do Direito Penal, tal conduta deve ser orientada pelos critérios da ofensividade<sup>61</sup> ou lesividade a bem jurídico. Esse aspecto costuma ser autonomamente denominado princípio da ofensividade ou da lesividade, núcleo do afastamento do fato típico com fulcro no princípio da insignificância ou bagatela<sup>62</sup>, critério limitador da atuação criminal delineado, de modo detido, por Claus Roxin, na década de 70 do século passado, assim como para o afastamento do fenômeno da tipicidade com relação aos delitos de perigo abstrato. Comportamentos que não lesionem ou exponham a lesão bens jurídicos não encontram legitimação para a ingerência do Direito Criminal, vale dizer, portanto, que a intervenção do ramo jurídico violento, seletivo e estigmatizante, ocorrerá, em regra, após a realização do comportamento do agente, com a já existência da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico-penal. Importante reflexão faz-se necessária: Como proteger bens jurídicos se a intervenção penal se dá, em regra, quando os mesmos já foram lesionados? Como falar que o Direito Penal protege bens jurídicos quando o bem jurídico vida se exaure no momento em que o delito de homicídio se consuma? Como defender que o Direito Penal tutela bens jurídicos quando o bem jurídico integridade corpórea se exaure no delito de lesão corporal? Como argumentar favoravelmente à teoria do bem jurídico quando a dignidade sexual se dissipa com a prática do delito de estupro? Importante

---

<sup>61</sup> Segundo o princípio da ofensividade não há crime quando a conduta não oferecer ao menos perigo concreto, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico-penalmente tutelado. Somente se pode falar na tipificação de um comportamento humano na medida em que isto se revele vantajoso em uma relação de custos e benefícios sociais. Quando a criação do tipo penal incriminador não se revelar proveitosa para a sociedade, estará ferido o princípio da proporcionalidade, devendo a respectiva tipificação legal ser expurgada do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade. Necessário, portanto, para que a sociedade suporte os custos sociais de tipificações limitadoras da prática de determinadas condutas, que se demonstre a utilidade da incriminação para a defesa do bem jurídico que se pretende proteger.

<sup>62</sup> Originário do Direito Romano, e de cunho civilista, tal princípio funda-se no conhecido brocardo *minimis non curat praetor*. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista sua utilidade na realização dos objetivos sociais traçados pela moderna política criminal. Segundo tal princípio, a tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico-penalmente tutelado. Se o escopo do tipo penal incriminador é tutelar um bem jurídico, sempre que a lesão for insignificante, a ponto de se tornar incapaz de lesar interesse protegido, não haverá adequação típica. Importante destacar que a adoção do princípio da insignificância ou bagatela pelos tribunais brasileiros não é pacífica. O Supremo Tribunal Federal assentou algumas circunstâncias que devem orientar a aferição do relevo material da tipicidade penal, tais como reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. (STF, 1 Turma, HC 94439-RS, Rel. Min. Menezes Direito, DJ. 03.03.2009).

destacar que o Direito Penal liberal somente atua, em regra, após a lesão ao bem jurídico ou a ameaça concreta de lesão ao mesmo.

**Mas a questão não é tão simples assim.** As *teorias relativas* da pena argumentam que, a partir da ideia de desestímulo ao impulso criminoso gerado às demais pessoas tanto pela cominação da pena em abstrato, como pela afirmação da credibilidade da norma trazida pela responsabilização criminal do sujeito ativo do delito (*prevenção geral negativa e positiva*) – o que Paul Johann Anselm Von Feuerbach denomina de coação psicológica, e também presente a neutralização ou a inocuização do agente por um determinado lapso temporal como essência da pena privativa de liberdade (a pessoa não estará no seio social cometendo infrações penais – *prevenção especial negativa*) complementada pela (re)socialização do condenado (*prevenção especial positiva*), bens jurídicos estariam sendo protegidos de modo difuso, como consequência dos efeitos da *prevenção geral e especial* a que a pena se destinaria a produzir.

Por mais que o Estado trace uma política de execução penal legítima e, portanto, comprometida com a efetivação da *prevenção especial positiva*, isto é, se abstenha de praticar violações aos direitos humanos e fundamentais dos condenados bem como atue de modo a proporcionar a (re)socialização dos mesmos, esta tal (re)socialização pode ocorrer como pode não ocorrer, tendo em vista que estamos lidando com pessoas, agentes morais<sup>63</sup>, que não podem ser instrumentalizados para a concretização de determinados fins. O Estado não possui a permissão ao menos para tentar transformar a personalidade das pessoas ao arrepio da consciência e da aceitação das mesmas, podendo ser tal pretensão tanto uma afronta aos direitos humanos como algo que escape às atribuições do Estado. De lado outro, como aferir a propagação da *prevenção geral* como fator de contenção dos impulsos delitivos e seu grau de influência naqueles que ainda não cometeram comportamentos criminalizados pelo Estado? As estatísticas nos demonstram que a criminalidade tem aumentado de modo bastante preocupante e a reincidência é uma triste realidade do sistema criminal. Tais dados refletem, de forma irrefutável, que a *prevenção geral negativa* e a *prevenção especial positiva* não passam de promessas vazias, ou melhor, que o Estado nunca atingirá tais desideratos, pela simples razão de que os mesmos não são fins da sanção penal (ver índices de reincidência – p. 93-97).

Com a filtragem que acaba de ser realizada, pode-se afirmar, ao menos de modo aparente, que subsiste como finalidade da “reprimenda penal” apenas e tão-somente a *prevenção geral positiva* e a *prevenção especial negativa (pena privativa de liberdade)*, vale

---

<sup>63</sup> Agentes morais como seres portadores de autonomia, consciência e dignidade. Não podendo ser tratados como meio para se atingir um fim, mas sendo protagonistas no *locus* de definição de seus fins.

dizer, a pena como resgate da credibilidade da norma penal, negando o esboço de mundo externado pelo agente, reafirmando a vigência da norma com a conseqüente estabilização das expectativas normativas bem como, através da pena privativa de liberdade, retirando do convívio social, por determinado lapso temporal, o delinqüente, inocuizando-o.

A restrição da liberdade é a exceção, a liberdade é a regra. A pena de prisão surgiu no mundo como um grande avanço no sentido do respeito aos direitos humanos. As penas criminais eram executadas de modo irracional, cruel e desumano, com sofrimentos físicos e psicológicos. O Direito Penal não evoluiu e, ainda hoje, em pleno século XXI, tal pena constitui o objeto marcante do citado ramo jurídico.

Com o fracasso das teorias clássicas acerca dos fins da pena, com o processo de expansão do Direito Criminal e do Direito Penal, como conseqüência da sociedade pós-industrial e a insuficiência estatal em garantir uma execução penal digna, urge a imprescindibilidade de se reservar o cárcere somente àquelas pessoas que incidam em infrações graves e àquelas que demonstrem não poderem compartilhar com as demais os benefícios gerados por um Estado Democrático e Social de Direito.

Visando a descarcerização dos condenados, bem como a minimização da trágica e desesperadora realidade das prisões brasileira, surgiram no âmbito jurídico as penas restritivas de direitos<sup>64</sup>. De acordo com as peculiaridades do comportamento do agente bem como as

---

<sup>64</sup> Em nosso país, após a promulgação da Lei n. 7209/84, responsável pela reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940, e com a alteração legislativa trazida pela Lei n. 9714/98, acolheu-se o sistema de penas alternativas ou substitutivas. Tais penas são autônomas e substituem as privativas de liberdade desde que preenchidos determinados requisitos objetivos e subjetivos. São, de fato, substitutivas das privativas de liberdade, de modo que sua aplicação exige, em uma etapa preliminar, a fixação em concreto do quantum correspondente daquela, para posteriormente proceder-se à sua conversão em pena restritiva de direitos. No ordenamento jurídico brasileiro as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou qualquer que seja a pena aplicada se o crime for culposo. Necessário também o preenchimento de outros requisitos como o réu não ser reincidente em crime doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que a substituição seja suficiente. Se a pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória for igual ou inferior a um ano, a substituição poderá ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de liberdade. Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime, regulação prevista nos artigos 43 a 48 do Código Penal brasileiro – CPB. Com fulcro no artigo 34 do Código Penal brasileiro, as penas restritivas de direitos são: a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; d) interdição temporária de direitos e e) limitação de fim de semana. Sustenta parcela da doutrina que “só a pena de interdição temporária de direitos tem, na realidade, o caráter de restringir direitos, posto que não atinge direta e imediatamente o direito de liberdade, mas, sim, a ‘posição’ que o agente desfruta na comunidade”, enquanto as demais – principalmente a pena de prestação de serviço à comunidade ou a entidade pública e a limitação de fim de semana - “não passam de substitutivos penais que visam a obstar os efeitos deletérios das penas privativas de liberdade, de curta duração”, não obstante possuírem idêntica natureza jurídica. Em sentido contrário encontramos o entendimento do professor Shecaira, sob o argumento que “o dever de trabalhar para o Estado, ou em entidades por ele credenciadas, é



características pessoais do mesmo (talvez um direito penal de autor), aflora a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória por pena ou penas restritivas de direitos, afastando algumas pessoas do mundo próprio que constitui o sistema de cumprimento da pena de neutralização ou de inocuidade (*prevenção especial negativa*).

A existência dessas penas restritivas de direitos tem por escopo “contornar a duvidosa eficácia das penas privativas de liberdade (*prevenção geral e prevenção especial*) de curta duração aplicadas a condutas delitivas de escassa repercussão, não raro perpetradas por delinquentes ocasionais”<sup>65</sup>.

O item n. 29 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal brasileiro esclarece que o ordenamento jurídico pretendeu, com a previsão das penas restritivas de direitos, o alcance de um duplice propósito, consistente em “aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la, quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal, dotadas de eficiente poder corretivo”.<sup>66</sup>

A modalidade sanção penal restritiva de direitos possui uma peculiaridade importante. O apenado se vê afastado do cárcere, porém o fantasma do mesmo está presente até o regular cumprimento da pena não privativa de liberdade. Substituída a pena privativa de liberdade por pena ou penas restritivas de direitos, no caso de descumprimento injustificado desta ou destas, entrará em cena o instituto da conversão<sup>67</sup>.

Observa-se que há sanção criminal, existe pena, mas não restrição da liberdade. Indaga-se: Qual a função ou funções da pena?

A doutrina costuma afirmar que as funções da “reprimenda penal” são a *prevenção geral (positiva e negativa)* e a *prevenção especial (positiva e negativa)*. Forçoso observar que

---

obviamente uma diminuição, um encurtamento no direito do condenado e, portanto, uma restrição de direitos em sentido estrito.

<sup>65</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 381.

<sup>66</sup> Item 29 da exposição de motivos da Parte Geral do Código Penal: “Com o ambivalente propósito de aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la, quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal, dotadas de eficiente poder corretivo, adotou o Projeto novo elenco de penas. Fê-lo, contudo, de maneira cautelosa, como convém a toda experiência pioneira nesta área. Por esta razão, o Projeto situa as novas penas na faixa ora reservada ao instituto da suspensão condicional da pena, com significativa ampliação para os crimes culposos. Aprovada a experiência, fácil será, no futuro, estendê-la a novas hipóteses, por via de pequenas modificações no texto. Nenhum prejuízo, porém, advirá da inovação introduzida, já que o instituto da suspensão condicional da pena, tal como vem sendo aplicado com base no Código de 1940, é um quase nada jurídico”.

<sup>67</sup> O §4 do art. 44 do Código Penal brasileiro, determina que, no caso de descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos, ocorrerá a conversão desta em pena privativa de liberdade, ou seja, a pena privativa de liberdade substituída deverá ser executada, deduzindo-se o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. Portanto, ocorrendo a conversão, computa-se na duração total da pena privativa de liberdade a ser executada o *quantum* de cumprimento efetivo da pena restritiva inicialmente aplicada.

tais funções estariam vinculadas à pena privativa de liberdade. Diríamos que a observação é oportuna. Exatamente por ser oportuna que afirmamos que as funções da pena não são a *prevenção geral* e a *prevenção especial*. As penas restritivas de direitos não tem o condão de realizar a função de neutralização do violador da norma (*prevenção especial negativa*). Conforme já demonstrado, a *prevenção especial positiva* é algo esperado por todos, porém um fato que se encontra externamente à pena, que independe da mesma, que pode ocorrer como pode não ocorrer. A *prevenção geral negativa* é bastante questionável, sendo um referencial impossível de ser mensurado para podermos atribuir à sanção criminal tal função. Nos resta, portanto, somente a *prevenção geral positiva*, vale dizer, a reafirmação da autoridade da norma e a confirmação de que a mesma continua vigente apesar da sua negação realizada pelo comportamento do delinqüente.

É cristalina a conclusão no sentido de que, quando a doutrina e a jurisprudência se referem aos fins da pena, estão se referindo à pena privativa de liberdade.

Nesse sentido, forçosa a conclusão de que a função da pena se aproxima do entendimento daqueles que vislumbram no Direito Penal o papel de negar a comunicação gerada pelo autor do delito, estabilizando as expectativas normativas e não do entendimento que prevalece nas legislações do mundo da teoria clássica da proteção de bens jurídico-penais.

Com o objetivo de adequar a sanção estatal às características do comportamento delituoso, assim como à personalidade do delinqüente, o Direito brasileiro prevê a sanção penal de multa. Tal sanção é uma das mais antigas alternativas para as penas corporais. Sua aplicação aparece desde a mais remota antiguidade sob a forma de *compositio*, ressurgindo com intensidade com a multa reparatória, na Alta Idade Média e, mais tarde, foi gradualmente substituída por severo regime de penas corporais e de morte. Estas últimas, por sua vez, foram cedendo passo, a partir do século XVIII, às penas privativas de liberdade.<sup>68</sup>

A pena de multa gera uma diminuição do patrimônio do indivíduo, consistindo na redução de uma parcela do patrimônio do indivíduo condenado no âmbito criminal. A perda de determinada importância representa sua consistência material e a imposição retributiva a razão de ser da perda. Ela incide diretamente sobre bens, e nem mesmo de modo reflexo poderá tocar a liberdade pessoal do apenado.

---

<sup>68</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 475.

Em nosso Direito Penal, encontra-se como pena pecuniária apenas a multa<sup>69</sup> (arts. 5, XLVI, “c”, CR/88; e 49, do CPB)<sup>70</sup>. A sanção criminal pecuniária passou a ser considerada dívida de valor, observando o regramento da legislação referente à execução fiscal.

<sup>69</sup> Na sociedade primitiva existente antes do domínio português imperava a vingança privada. Os nossos aborígenes não desconheciam o talião e a composição, inicialmente por acordo entre famílias, e como caráter de indenização. Todavia, as leis da metrópole impuseram, de sorte que “as práticas punitivas das tribos selvagens que habitavam o país em nada influíram, nem então nem depois, sobre nossa legislação penal” (BRUNO, p. 169). Ao tempo do descobrimento, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V. Em 1521, foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas (D. Manuel I), que estiveram em vigor até o aparecimento da Compilação de Duarte Nunes Leão (1569). Ambas as Ordenações citadas não chegaram a ser eficazes, em face da situação reinante na colônia. A lei penal aplicada no Brasil àquela época era, na verdade, a contida no Livro V das ordenações Filipinas, promulgadas por Felipe II (1603). Como bem informa Roberto Lyra, “a multa já figurava como pena principal e acessória, nas Ordenações do Livro V, revigoradas pela lei de 20 de outubro de 1823 e vigentes até o advento do Código de 1830” (LYRA, Roberto. Comentários ao código penal brasileiro, v. 2, p. 139). A vigência das leis portuguesas foi interrompida na região Nordeste, pela dominação holandesa (1630 – 1645). A legislação holandesa cominava para certos delitos, além de sanções mais severas, a pena pecuniária. Primeiro Código Penal brasileiro, o estatuto de 1830, decorrente do projeto apresentado por Bernardo Pereira de Vasconcellos, foi extremamente original em inúmeras matérias e, dentre elas, convém pôr em evidência, como exemplo claro, o esboço, pela primeira vez, do sistema de dias-multa para a pena pecuniária, que, a bem da verdade histórica, deveria chamar-se também sistema brasileiro. O Código Criminal do Império, “como expressão avançada do pensamento penalista do seu tempo” (BRUNO, 1969, p. 178), deu à pena de multa tratamento especialmente inovador – ao estatuir que “a pena de multa obrigará os réus ao pagamento de uma quantia pecuniária que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada dia pelos seus bens, empregos ou indústria, quando a Lei especificadamente a não designar de outro modo” (art. 55). Os condenados que, podendo, não efetivassem o pagamento dentro de oito dias, seriam recolhidos à prisão (art. 56). Por outro lado, caso não tivessem recursos para o pagamento, seriam condenados a tanto tempo de prisão com trabalho quanto fosse necessário para obterem o montante fixado (art. 57). O primeiro Código Penal da República (1890) tratou da multa nos mesmos moldes do seu predecessor, dispondo no artigo 58 que “a pena de multa consiste no pagamento ao Tesouro Público Federal ou dos Estados, segundo a competência respectiva, de uma soma pecuniária, que será regulada pelo que o condenado puder ganhar em cada dia, por seus bens, empregos, indústria ou trabalho”. O diploma de 1890, no entanto, não consignou, na parte especial, multa alguma que obedecesse a esse critério. Procurando regular o assunto, “o legislador de 1890 se houve da maneira mais desastrosa possível, pois o Código de um lado contém preceito que não encontra aplicação alguma, e de outro lado preceito que encerra até iniquidade” (SIQUEIRA, Galdino, Tratado de Direito Penal, p. 755). O Código estabeleceu a conversão da multa em prisão celular, que ficaria sem efeito caso o condenado, ou alguém por ele, pagasse ou prestasse fiança idônea. Desse modo, incorreu em erro grave, equiparando a situação “do condenado solvável ou que pode pagar e não o faz propositadamente, e a do condenado insolvente que por falta de recursos não paga a multa [...]” (SIQUEIRA, Galdino, p. 755-756). Visando à reforma do Código Penal de 1890, vários projetos se sucederam. Dentre esses, o projeto de Galdino Siqueira, apresentado em 1913, simplesmente elimina a multa do quadro das penas, sob o fundamento de que está “eivada do vício da desigualdade, constituindo uma impunidade para o rico e uma irrisão para o pobre, vício que não desaparece com o alvitre tomado pelo projeto suíço de tornar o valor da multa proporcional às condições econômicas do condenado” (SIQUEIRA, Galdino, Justificação do projeto, p. 79). O Código Penal de 1940 determina que a pena de multa – última das penas principais – consiste no pagamento em dinheiro, da quantia fixada na sentença criminal. O Código Penal, ao inserir a multa no rol das penas, não optou por um regime que se relacionasse diretamente com a renda do condenado. De conformidade com a orientação prescrita pela lei penal, a multa não deve incidir sobre os recursos indispensáveis à manutenção do condenado e de sua família, podendo, porém, ser aumentada até o triplo, se considerada ineficaz, embora aplicada ao máximo. Aparece cominada cumulativa ou alternativamente nos crimes, e, também isoladamente, nas contravenções. A pena de multa pode ser convertida em detenção (crime) e prisão simples (contravenção), se o condenado solvente frustra seu pagamento ou deixa de pagar as parcelas mensais autorizadas sem garantia (art. 689, II, do CPP). Diante da modificação introduzida no artigo 689, II, do CPP pela Lei 6416/77, o artigo 38 do CP ficou derogado; à vista disso deixou de ser obrigatória a conversão da multa em detenção ou prisão quando o reincidente deixa de pagá-la. O Código de 1940, ao contrário dos de 1830 e 1890 – nos quais a regra era a conversão da multa em pena privativa de liberdade –, afasta, de modo absoluto, a conversão da multa em detenção ou prisão pelo simples fato do não-pagamento. Não tem mais cabimento a velha máxima *Pauper qui*

*non potest solvere peonam in aere, luat in corpore*. Sendo o condenado absolutamente insolvente, não se executa a pena de multa (art. 39). Como alude Roberto Lyra, o Código Penal de 1940 somente tolera a conversão excepcionalmente, ora por força de sua intransigente política contra a reincidência, ora para sancionar o ludíbrio e a resistência à lei – revelação específica de periculosidade. Além da pena principal (art. 36, III), a multa pode substituir a detenção inferior a seis meses, desde que o condenado seja primário, de escassa ou nenhuma periculosidade, e tenha, salvo impossibilidade econômica, reparado o dano antes da sentença, se o julgador entender que baste para servir de advertência (art. 46). O Código prevê a conversão da multa em detenção quando o condenado solvente frustra o seu pagamento (art. 50). Finalmente, depois de longas e inúmeras vicissitudes, o legislador pátrio houve por bem adotar para a multa penal o moderno sistema, originariamente nacional, de dia-multa, no texto penal fundamental. Não paira dúvida que com essa postura acabou por se colocar em sintonia com as diretrizes da ciência penal hodierna, nesse particular aspecto. Assim, como advento da Lei n. 7209/84, que altera dispositivos do Dec-Lei 2848/40 (Código Penal), dá-se um novo tratamento - de há muito necessário - para a pena pecuniária. O Código Penal reformado estabeleceu critérios para a determinação da pena de multa: “Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu” (art. 60, *caput*, do CP). Não olvidou o legislador de 1984 importante avanço científico, ao consagrar a pena de multa como medida de política criminal alternativa, vale dizer, como substitutivo da pena privativa de liberdade de até seis meses, observados os critérios dos incisos II e III do artigo 44: o réu não for reincidente; e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente, respectivamente. Todavia, diante da nova redação dada pela Lei 9714/98 àquele dispositivo, a multa substitutiva pode ser aplicada na hipótese de imposição de pena privativa de liberdade igual ou inferior a um ano (art. 44, § 2, Código Penal).

<sup>70</sup> Essa sanção estatal “consiste no pagamento ao fundo penitenciário de quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa” (art. 49, *caput*, do CPB). Primeiramente o magistrado fixa o quantum de dias-multa, tendo como balizamento mínimo 10 dias-multa e balizamento máximo 360. Após determinar o número de dias-multa, o órgão julgador passa a estipular o valor de cada dia multa estabelecido, sendo o valor mínimo 1/30 e o valor máximo 05 vezes o valor do salário mínimo vigente ao tempo do cometimento da infração penal. Importante destacar que, segundo a situação econômica do condenado, para que a sanção pecuniária exerça os fins a ela destinados, o juiz poderá, após estipular a pena de multa em seus patamares máximos, aumentá-la até o triplo. Na época da execução, o valor da multa será atualizado pelos índices de correção monetária. O pagamento da pena de multa deve ser efetuado dentro de dez dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória. A cobrança da multa pode ser feita por intermédio de desconto no vencimento ou salário do condenado, quando for aplicada isoladamente; aplicada cumulativamente com penas restritivas de direitos ou concedida a suspensão condicional da pena (*Sursis*). Relevante destacarmos que a pena de multa convertia-se em pena privativa de liberdade – detenção – quando o condenado solvente deixasse de pagá-la ou frustrasse sua execução, nos antigos termos do artigo 51, *caput*, do Código Penal. Na hipótese de conversão, a cada dia-multa corresponderia um dia de detenção, que não podia ser superior a um ano (art. 51, parágrafo 1, do CP). Com o pagamento da multa, a conversão ficava revogada. A legislação atual impede, de modo absoluto, a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade. O artigo 51, *caput*, teve seu conteúdo revogado pela Lei n. 9268/96, e seus parágrafos 1 e 2 revogados pelo citado dispositivo legal. Após o advento da Lei n. 9268/96, grande polêmica surgiu no tocante ao juízo competente para a execução da pena de multa, tendo em vista a mesma ser considerada dívida de valor e, como tal, sujeita às normas legais referentes às dívidas da Fazenda Pública (Lei n. 6830/80). Dois entendimentos sobre a legitimidade ativa no processo de execução da pena de multa. Para o primeiro entendimento, a titularidade permaneceria com o Ministério Público, nos exatos termos da Lei de Execução Penal, sob o fundamento de que a expressão “dívida de valor” tinha somente duas finalidades: reforçar, simultaneamente, a impossibilidade de conversão da multa em pena privativa de liberdade e o entendimento de que a pena pecuniária deveria sofrer atuação monetária até a data de seu pagamento. Em sentido diverso, defende-se que, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, o valor correspondente à pena de multa deveria ser inscrito como dívida ativa em favor da Fazenda Pública, que seria, a partir de então, incumbida do processo executório. Entendimento este adotado pelo Superior Tribunal de Justiça: Execução penal – Titularidade da Fazenda Pública para promover a cobrança da dívida decorrente de condenação criminal com imposição cumulativa de multa – ilegitimidade do Ministério Público – inteligência do art. 51 do CP, com a redação dada pela Lei 9268-96 – “A titularidade para promover a execução, visando a cobrança de dívida decorrente de condenação criminal, com a imposição cumulativa de multa, passou a ser da Fazenda Pública, sendo o Ministério Público parte ilegítima para alcançar tal desiderato (art. 51 do CP, com a nova redação dada pela Lei 9268-96)” (STJ – Resp. 151.285 – Rel. Demócrito Reinaldo – j. 06.10.1998 – DJU 30.11.1998 – RT 762-577).

Um das características mais importantes da pena de multa é a impossibilidade de sua conversão em restrição da liberdade. Isso significa que jamais poderemos falar em *prevenção especial negativa* no que se refere a esta espécie de sanção criminal. A sanção de multa talvez seja a pena que demonstre maior eficácia no tocante à *prevenção geral positiva e negativa*, pois em um mundo capitalista como o atual, a coerção econômica provavelmente seja a que mais produza efeitos concretos na personalidade do ser humano. Não obstante o raciocínio externado, verdade também que a grande maioria da clientela do Direito Penal incide em delitos contra o patrimônio, sendo destituída das condições de possibilidade para o atingimento do intenso bloco de consumo imposto pela sociedade consumista. Assim sendo, mesmo a pena de multa sendo fixada em seus patamares mínimos, tornar-se-á inefetiva, pela simples impossibilidade de apenarmos os fragilizados economicamente por esta característica. Como defender a *prevenção especial negativa* tratando-se de pena de multa? Quais critérios para aferirmos a *prevenção especial negativa* nesta espécie de sanção criminal?

De lado outro, a sanção criminal multa somente surge quando ocorre violação de uma norma penal. A violação da norma penal simboliza uma moldura de comportamento incompatível com a estrutura cognitiva minimamente necessária para a estabilização de expectativas normativas. A pena de multa também possui um significado simbólico, isto é, simboliza que a moldura cunhada pelo infrator não prospera, que a moldura de comportamento esculpida pela norma penal incriminadora permanece válida, vigente, desconstituindo àquela.

De todo o exposto, podemos concluir que o tema funções da pena criminal é muito mal desenvolvido na doutrina penal brasileira, *data venia*. Quando os doutrinadores tratam do tema, miram seus argumentos tendo como parâmetro único a pena privativa de liberdade. Ora, como generalizar os fins da pena criminal valendo-se apenas de uma das espécies de sanção? Todos nós gostaríamos que o cárcere tornar-se o encarcerado uma pessoa melhor, sabedora do modo de ser do convívio social. Todos nós gostaríamos que a pena concretamente fixada na sentença condenatória e efetivamente executada gerasse um desestímulo aos demais integrantes da sociedade no sentido do não cometimento de infrações penais. A *prevenção especial positiva* é uma contradição e um paradoxo em seus próprios termos. Se o cárcere tem como fim a re(socialização) do encarcerado, por que seria medida excepcional? Por que os ordenamentos jurídico-penais definem a privação da liberdade como uma resposta estatal excepcional? Caso a privação da liberdade cumprisse, em regra, a finalidade *prevenção especial positiva*, muitos condenados optariam pelo efeito inocuidador da pena criminal (citação simbólica). A pena de multa jamais e em hipótese alguma poderá ser convertida em

prisão. Como falar em *prevenção geral negativa* na pena de multa? Pedimos licença aos que pensam em sentido contrário, mas estamos convictos e portanto, afirmamos, que a única finalidade jurídico-normativa da pena criminal é reafirmação da validade da norma inobservada, restaurando a credibilidade da norma, reforçando a credibilidade da mesma, negando a comunicação gerada pelo ato delituoso, exatamente nos termos defendidos por Gunther Jakobs.

A teoria do bem jurídico significou e ainda significa, segundo o entendimento majoritário, que o fator legitimador da criminalizando de comportamentos e a consequente atuação do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais relevantes em determinado histórico. A teoria do bem jurídico, na sua origem, teve o inquestionável propósito de limitar a intervenção jurídico-penal. Tal afirmativa é clássica, entretanto, insuficiente. A essência da teoria do bem jurídico adormece a faceta perversa do Direito Penal, no sentido de legitimar a intervenção deste ramo jurídico violento, seletivo e estigmatizante em relação às condutas dos membros das classes sociais mais vulneráveis, abandonadas pelo Estado, como também restringir e obstaculizar que comportamentos praticados pelos integrantes das classes sociais privilegiadas seja objeto da intervenção penal. Em outras palavras, a teoria do bem jurídico liberal, como o patrimônio, a vida, a liberdade, a honra, a dignidade sexual e outros, sempre fragmentou e ainda fragmenta a atuação jurídico-penal em duas dimensões muito bem delineadas: a) comportamentos praticados por classes sociais vulneráveis, gerando uma necessária e legítima intervenção do Direito Penal; b) comportamentos praticados por classes sociais privilegiadas, Direito Penal mínimo, com observância estrita da estrutura principiológica e garantista que surgiu no Estado Liberal de Direito. A definição de quais bens jurídicos seriam objeto da tutela penal sempre foi pautada por critérios subjetivos, discricionários e, em regra, quase que absoluta, criminalizando as classes socialmente vulneráveis e afastando a intervenção do Direito Penal das classes histórico-culturalmente privilegiadas. Diante das insuficiências da teoria do bem jurídico e da necessidade de se estabelecer a legitimação da intervenção jurídico-penal, forçosa se faz a análise da teoria da estabilização de expectativas normativas de Jakobs, também conhecida como teoria da prevenção geral positiva.

## **2.2 A Norma como Bem Jurídico-Penal – Estabilização de Expectativas Normativas**

A teoria da estabilização de expectativas normativas surge como alternativa à teoria do bem jurídico. Segundo a teoria da estabilização de expectativas normativas, também

denominada prevenção geral positiva, o bem jurídico que deve ser protegido pelo Direito Penal é a norma jurídico-penal. Quando alguém viola a norma penal, mais do que lesar bem jurídico clássico como a vida, o patrimônio, a honra e outros, viola a vontade coletiva inerente à norma jurídica elaborada de modo legítimo. A norma jurídica, portanto, seria o bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal. O que seria, então, a estabilização de expectativas normativas como o fundamento da intervenção jurídico-penal?

### 2.2.1 A Sociedade de Risco e o Direito Penal

Buscando contrapor a teoria do bem jurídico como critério de legitimação da atuação do Direito Penal e tendo sua origem na sociedade pós-industrial, surge a teoria denominada teoria da estabilização de expectativas normativas ou teoria da prevenção geral positiva. A teoria da estabilização de expectativas normativas pretende adequar-se às peculiaridades de uma sociedade cada vez mais complexa, conferindo um novo arcabouço teórico ao Direito Penal o que, por conseguinte, redundará em maior autonomia do Direito e efetividade da norma penal. O principal defensor de tal teoria é o professor alemão Gunther Jakobs.

Após a revolução industrial a sociedade passou a ser intitulada sociedade de Riscos (tal expressão foi desenvolvida por Ulrich Beck). A sociedade de riscos caracteriza-se por intensos avanços tecnológicos, visando a propiciar um incremento do conforto dos seres humanos. O professor Ulrich Beck distingue dois conceitos de modernização: a) a modernização simples, ocorrida durante o período industrial e b) a modernização reflexiva, ocorrida nos tempos atuais. O professor André Luís Callegari, na obra *Direito Penal e Globalização: Sociedade de Risco, Imigração Irregular e Justiça Restaurativa*<sup>71</sup>, define que a modernidade reflexiva deve ser entendida como o período no qual a sociedade se encontra em risco devido à constante evolução técnica da fase anterior (modernidade simples). A modernidade reflexiva pode, ainda, segundo Beck, ser dividida em dois estágios: o correspondente à reflexividade, que é justamente esse confronto das matrizes da modernidade industrial com as consequências de sua própria evolução; e o relacionado à reflexão, que se caracteriza pela conscientização da modernização<sup>72</sup>. Conforme aduz Zuniga Rodríguez<sup>73</sup>:

<sup>71</sup> CALLEGARI, André Luís (Org.). *Direito penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 12.

<sup>72</sup> *Nas palavras do autor: “Si podemos denominar reflexividad a la transición autónoma, no intencional y no percebida, quasi refleja, desde la sociedad industrial a la sociedad del riesgo – en distinción y oposición a la reflexión -, entonces “modernización reflexiva” significa autoconfrontación con las consecuencias de la sociedad del riesgo que no pueden abordarse y resolverse (adecuadamente) en sistema de la sociedad industrial (BECK, Ulrich. O que é globalização? Trad. de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999), es*

Na sociedade do risco há uma tomada de consciência de que a tecnologia traz benefícios à vida das pessoas, mas, no entanto, também apresenta um dinamismo que foge do controle humano, impondo uma ‘lógica do risco’. Com isso, são produzidos irreversíveis perigos às plantas, pessoas e animais, trazendo consequências que afetam à coletividade, como, por exemplo, catástrofes naturais, contaminação ambiental e grandes fraudes aos consumidores.

Assim, a vivência das tecnologias relacionadas à biologia, à informática, à indústria química e à energia nuclear, por exemplo, trazem riscos que ameaçam o meio ambiente e a vida humana. Uma das indagações que deve ser respondida é a seguinte: Deve o Direito Penal aguardar a ocorrência do dano, que muitas vezes é desconhecida a sua intensidade e consequências ou deve o Direito Penal antecipar a sua intervenção, atuando *ex ante facto*?

Pode-se afirmar que a vida na sociedade de risco nos torna suscetível a riscos até então desconhecidos e que desbordam da capacidade humana de controle. Nesse contexto, as peculiaridades da sociedade de risco acabarão por influenciar o Direito Penal, pressionado-o a uma situação expansionista a fim de que se alcance segurança, conforme será desenvolvido no decorrer da pesquisa.

A Política Criminal de expansão ou modernização do Direito Penal, ligada aos riscos inerentes à sociedade pós-revolução industrial, caracteriza-se pela criação de novos bens jurídicos supra-individuais de conteúdo difuso. Como decorrência do surgimento desses novos interesses e buscando legitimar a intervenção jurídico-penal, a teoria do bem jurídico desenvolveu, conforme já analisado, a ideia de desmaterialização, espiritualização ou liquefação do bem jurídico. Importante destacar que não concordamos com a teoria do bem jurídico como teoria legitimadora da atuação do Direito Penal, muito menos com o conteúdo do denominado espiritualização do bem jurídico. Callegari e Reindolff da Mota<sup>74</sup> alertam para o fato de que a proteção a bens jurídicos ultrapassa sua função de limitação à incriminação de condutas que não os lesionassem para a assunção de um caráter de exigência de punição. Conforme os autores, “houve um aumento considerável de tipos penais protegendo bens jurídicos que não se encontravam sob o manto da tutela penal, transformando-se a proteção de

---

*decir, según los parámetros de los propios estándares institucionalizados de la sociedad industrial. En una segunda fase esta constelación puede, a su vez, convertirse en objeto de reflexión (pública, política y académica), pero esto no debe encubrir el “mecanismo” de la transición, carente de reflexión, cuasi reflejo. Esto se produce y deviene real precisamente a través de la abstracción de la sociedad del riesgo”* (BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España, 2002. p. 115).

<sup>73</sup> RODRÍGUEZ, Laura Zuniga. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001. p. 259.

<sup>74</sup> CALLEGARI, André Luís, MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In CALLEGARI, André Luís. *Política criminal, Estado e democracia: homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 13.



bens jurídicos num mandato para penalizar em lugar de ser proibição condicionada de penalização”. Silva Sánchez<sup>75</sup>, sobre a tutela por parte do Direito Penal dos denominados bens jurídicos supraindividuais, assim discorre:

De fato, essa orientação à progeção de contextos cada vez mais genéricos (no tempo e no espaço) da fruição dos bens jurídicos clássicos leva o Direito Penal a relacionar-se com fenômenos de dimensões estruturais, globais e sistêmicas, no que as aportações individuais, autonomamente contempladas, são, ao contrário, de ‘intensidade baixa’. Com isso, tem-se produzido certamente a culminação do processo: o direito penal, que reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está ‘administrativizado’.

Todos esses aspectos ocorrem porque o Direito Penal da Sociedade de Risco se mostra voltado à ideia de segurança, possuindo a função de evitar a prática de condutas que possam gerar riscos. Por esse motivo, Silva Sánchez<sup>76</sup> afirma que “a sociedade do risco ou da insegurança” conduz, pois, inexoravelmente, ao “Estado vigilante” ou “Estado da prevenção” e, ainda, que “nesse contexto policial-preventivo, a barreira de intervenção do Estado nas esferas jurídicas dos cidadãos se adianta de modo substancial. Com isso se adentra no campo dos crimes de perigo, mormente os de perigo abstrato.

Tendo em vista as mudanças trazidas pela revolução industrial, a Sociedade denominada Sociedade de Risco tem influenciado, decisivamente, na modernização ou expansão do Direito Penal. Não se pode negar, efetivamente, que o progresso tecnológico e econômico, ocorrido de forma extremamente acelerada desde a Revolução Industrial até os dias atuais, trouxe um incremento dos riscos a que estamos submetidos, já que desconhecidas as reais consequências desse desenfreado avanço. Atrelada a isso está a complexidade social e a interdependência entre os indivíduos, bem como as dificuldades de se atribuir a responsabilidade pela prática de qualquer conduta perigosa. Diante disso, surge a preocupação de controle de tais riscos, recaindo nas mãos do Estado essa função. Por conseguinte, chegamos ao Direito Penal que, pressionado por clamores de segurança<sup>77</sup> e pelo surgimento de novos bens jurídico-penais, transindividuais (para aqueles adeptos da teoria do bem jurídico e da espiritualização do mesmo), acaba por expandir seu leque de atuação, passando a abarcar,

---

<sup>75</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 114.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>77</sup> Observe-se que tais clamores por segurança são provenientes de uma sensação de insegurança (denominada de subjetiva) superior à insegurança de fato existente (denominada objetiva), advinda da Sociedade de Risco.

em cada vez maior escala, delitos omissivos (principalmente impróprios) e delitos de perigo<sup>78</sup>. Assim, tem-se que a Sociedade de Risco é a sociedade da insegurança, quedando, também ao Direito Penal, ao menos em tese, acertadamente a função de acompanhar e de se adequar às novas características sociais.

### 2.2.2 A Ação como Ato Comunicativamente Relevante

Em uma sociedade moderna e extremamente complexa como a atual, somente é possível o desenvolvimento pessoal e social em virtude do que se denomina expectativas legítimas<sup>79</sup>. O ser humano em cada momento do seu dia exerce um determinado e específico

<sup>78</sup> Exatamente nesse sentido, CALLEGARI, André Luís (Org.). *Direito penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 41-42.

<sup>79</sup> Da mesma forma que os homens apenas conseguem lidar bem com a natureza na medida em que possam reconhecer regularidades nos contatos sociais – os únicos que interessam aqui –, a orientação também só possível quando não é preciso contar a cada minuto com um comportamento imprevisível das outras pessoas. Caso contrário, todo contato tornar-se-ia um risco incalculável. O fato de se travar um contato social já é um sinal de que não se espera um desfecho totalmente indeterminado. Se a expectativa é frustrada, surge para o frustrado um conflito ao qual ele deve reagir, pois, com a frustração, constata-se que o balanço entre os eventos com cuja produção ele contou e aqueles que se realizaram não está mais conforme: os modelos de orientação do frustrado devem ser revistos. Mas, nos contatos sociais também podem surgir frustrações do mesmo modo que no convívio com a natureza. Todo ser humano sabe que seu semelhante também é feito de “carne e osso” e que, portanto, também está sujeito às leis naturais; assim, por exemplo, se ele se afogar em águas profundas e não souber nadar, morrerá se for violentamente golpeado, se tiver câimbras ou sofrer um ataque epilético. Nesse sentido, espera-se da outra parte no contato social que o seu estado siga a regra da natureza, mas não que respeite normas jurídicas. Essas expectativas são do tipo cognitivo, ou seja, se foram frustradas é porque se calculou mal e deve-se seguir outra orientação, ou seja, calcular melhor no futuro – com a sabedoria adquirida com a experiência – quando é que não se pode desdenhar a frustração como *quantité négligeable*. Com isso, não se que afirmar que o Direito nunca poderia ou nunca estaria autorizado a impor a quem não sabe nadar medidas de salvação em águas, ou proibir pessoas cambaleantes de cair em vitrines de vidro, ou impedir pessoas atordoadas por uma crise de câimbras a dar golpes em torno de si, etc.; afirma-se apenas que, na sociedade, tal como ela é atualmente, essas situações são consideradas normais (não se excluindo que eventualmente, caso necessário, sejam tomadas as providências jurídicas necessárias para não cair nessas situações naturais). Essas situações são consideradas normais, porque sua imputação transformaria potencialmente qualquer pessoa impossibilitada de tomar uma providência em criminoso e, conseqüentemente, eliminaria tanto a segurança da expectativa quanto esta possa garantir. O traçado da fronteira desse tipo de expectativa em relação à subsequente é o problema do conceito de conduta e, em parte, também um problema da culpabilidade. Uma frustração, especialmente no âmbito dos contatos sociais, diz respeito àquelas expectativas que resultam da exigência feita à outra parte de que essa respeite as normas vigentes. Aqui, a exigência pode contradizer a análise cognitiva da situação. Exemplo: mesmo aquele que vê o condutor ingerindo álcool não renuncia à exigência de uma viagem segura. Uma expectativa normativa não pode ser sustentada (contrariamente aos fatos), definindo-se como falta normativa não a expectativa do frustrado, mas a violação normativa do causador da frustração. Exemplo: prende-se o delinquente para demonstrar que seu comportamento é incorreto. Uma vez que os seres humanos podem moldar (organizar) o mundo, mas vivem sempre num mundo que já está moldado (num mundo com instituições), as expectativas normativas, estáveis, indispensáveis para possibilitar os contatos sociais podem referir-se – independentemente dos diferentes conteúdos normativos – a dois diferentes âmbitos de objetos. Por um lado, é necessária uma expectativa de que todos os seres humanos mantenham em ordem sua esfera organizatória, evitando, por conseguinte, reações externas que possam causar danos a outrem. A estabilidade dessa expectativa é imprescindível não apenas porque ninguém *pode* ter domínio sobre todas as esferas organizatórias ao mesmo tempo, mas também porque, em razão do direito que cada um tem à sua própria organização, ninguém está *autorizado* a dominar de maneira tão ampla. Essa expectativa tem um conteúdo apenas negativo: as esferas organizatórias devem permanecer separadas. A frustração da expectativa leva a

papel, em outras palavras, em cada âmbito de atuação o indivíduo produz inúmeras expectativas aos demais. A não frustração de tais expectativas se faz essencial a uma vida e convivência harmoniosa neste momento histórico. A sociedade complexa somente é possível ser vivida com a observância das expectativas legítimas por parte dos que nela estão inseridos. Importante ressaltar que a matriz teórica que orienta a presente Tese é a fenomenológica-hermenêutica. Em alguns poucos momentos faz-se necessária a utilização dos ensinamentos de Niklas Luhmann, tendo em vista que o professor Gunther Jakobs não nega que se vale de algumas ideias de Luhmann, principalmente no tocante à noção de estabilização de expectativas normativas e à noção de papéis sociais. Por outro lado, Jakobs tampouco afirma que siga Luhmann em toda a sua teoria. Sobre o sistema social e expectativas legítimas, Niklas Luhmann<sup>80</sup> assim discorre:

A relação do homem com o mundo é constituída de forma sensorial, remetendo-nos a condições estruturais prévias ao direito e permanentes, por ele denominadas expectativas, que se diferenciam entre expectativas cognitivas e normativas. As cognitivas diferenciam-se das normativas por preverem a assimilação de suas frustrações, e estas, caracterizam-se por serem mantidas, apesar de sua não satisfação. A relação sensorial do homem com o mundo apresenta a ele uma gama de possíveis experiências e ações. Sempre haverá mais possibilidades do que se pode realizar, mas a ação humana deve se pautar por uma delas (complexidade), e as possibilidades apontadas para as diversas experiências poderiam ser diferentes das esperadas, gerando possibilidades de desapontamentos (contigência). Ou seja, complexidade é a seleção forçada de expectativas e contigência é o perigo de desapontamento e a assunção de riscos desta seleção. Nesse universo complexo e contingente, a estabilização de ações humanas se dá na

---

crimes que se chamam “crimes de domínio” ou “crimes por responsabilidade por organização”. Por outro lado, é necessária uma expectativa de que as instituições elementares funcionem regularmente. Essa expectativa tem um teor positivo, ou seja, as instituições estão sincronizadas com a esfera organizatória de cada pessoa. A frustração dessa expectativa leva a crimes que se chamam “crimes de infração de dever” ou “crimes por responsabilidade institucional”. A simples expectativa de que as partes do contato social respeitem as normas vigentes não torna os contatos planejáveis, pois a outra parte não apenas há que ter a boa-fé de respeitar o ordenamento, mas precisa também saber quando está diante de um comportamento normativamente regulado. Exemplo: quem não quer colocar outras pessoas em perigo apenas pode se comportar de forma inofensiva se, além disso, souber quais comportamentos são perigosos. A obediência normativa não é possível sem que se saiba como o mundo é organizado e segundo quais regras as modificações estão conectadas uma às outras. Apesar disso, somente a vontade de obedecer à norma é juridicamente garantida, não o conhecimento pertencente à aplicação da norma. Essa limitação tem a seguinte razão: sem o conhecimento necessário à orientação no mundo ninguém pode viver de maneira totalmente planejada; assim, um esforço suficiente por esse conhecimento já é garantido pela ameaça da imposição de um fracasso na vida na forma de *poena naturalis*. Falta à disponibilidade para obedecer a norma uma garantia “natural” desse tipo; esse é o motivo da necessidade de uma sanção. Exemplificando: quem não observa as regras elementares da matemática é visto como tolo, mas não quem negligencia as regras elementares da convivência; este último apenas é declarado inapto por meio da pena. (JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Coordenador e supervisor Luiz Moreira; Tradutores Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008a. p. 21-24).

<sup>80</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. p. 45-53.

forma de criação de estruturas de assimilação da realidade exterior, denominadas expectativas. O homem pauta a sua conduta através da expectativa que tem do resultado a ser atingido por esta. Com o convívio social, tem a oportunidade de captar expectativas alheias e de determinar sua conduta, para a obtenção dos resultados desejados, a partir das expectativas de conduta alheias, assim criando expectativas sobre expectativas. Agindo dessa maneira, o homem potencializa o risco de ver suas expectativas frustradas. De tal forma, a contingência simples se transforma em dupla contingência, como possibilidade de frustração de expectativas sobre expectativas alheias (inconfiabilidade). O trato social somente é viável através da dupla contingência, pois caso contrário, nossas ações careceriam de parâmetros exteriores para satisfazer nossas expectativas de ação no convívio social. É justamente na área de integração entre satisfação e desapontamento daquilo que se espera do outro, e da avaliação do significado do comportamento próprio em relação a expectativas alheias, que se localiza o direito. Quem pode ter expectativas sobre expectativas de outros pode ter um acesso mais rico em possibilidades ao seu mundo circundante e, apesar disso, viver mais livre de desapontamentos. Algo que ocasiona grande número de frustrações é o fato de a seleção de expectativas ser feita por cada indivíduo de maneira subjetiva, sem parâmetros determinados *a priori*, e, em regra, sem racionalidade. Mesmo assim, a seleção de expectativas, inclusive de expectativas sobre expectativas, é necessária ao convívio em sociedade, visto que reduz o nível de incerteza nas relações sócias. É importante que se consiga uma simplificação dessas estruturas através de uma redução generalizante, de forma anônima e impessoal, independente de seu destinatário, seja através da verbalização na forma de dever-ser ou de regras de trato social. A segurança em relação à expectativas das expectativas e, secundariamente, a segurança sobre o comportamento alheio, é base imprescindível de todas as interações sociais. As sínteses comportamentais anonimizadas (regras) conduzem à segurança na seleção de expectativas, visto que a orientação a partir de regras dispensa a orientação a partir de expectativas. Com a regra, há redução de riscos de erros na seleção de expectativas a serem observadas observadas, porque, devido a ela, pode ser definido que aquele que dela diverge age erroneamente, que a conduta desviante foi a conduta alheia, e não pessoal, ao ter selecionado determinada expectativa consoante com a regra<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> Niklas Luhmann continua: A seletividade operada pelo sistema transforma o indefinido em palpável. Ao passo que alivia o indivíduo em grande parte do exame das alternativas de como se conduzir, ela também restringe suas possibilidades de opção, devido ao fato de tal indivíduo, geralmente inconscientemente, se limitar às escolhas tomadas por outros. Na maioria das vezes, as estruturas (expectativas de expectativas) são simplesmente aceitas, ou seja, não são apreendidas como decisões seletivas, e mesmo quando simplesmente aceitas ou vivenciadas, não perdem sua carga de seletividade, pois fica evidenciado, quando ocorrem desapontamentos, que existiam outras possibilidades. A sobrecarga permanente da complexidade se transforma no problema da experimentação eventual do desapontamento, contra o qual pode ser feito algo concreto. As normas são expectativas normativas que, apesar de desobedecidas, continuam a ser de observância geral obrigatória, por isso são contrafáticas. As normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. p. 57). A vigência da norma como expectativa institucionalizada, não depende de sua observação ou de sua frustração (contrafaticidade). O símbolo do dever-ser expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do dever-ser. O desapontamento é primeiramente fático, podendo ou não ser normativo. A relevância e as chances de realização da expectativa selecionada são fatores determinantes da opção de sua manutenção ou não, quando desapontadas. Tal opção é incentivada pela sociedade, ao não censurar sus membros quando se adaptam ao desapontamento e renunciam a tal expectativa (cognitiva), ou ao fomentar a reação deles à

Com a norma jurídica não é diferente. A norma jurídica elaborada com a estrita observância do devido processo legislativo e encontrando aderência à estrutura principiológica do texto constitucional (**tal aderência é aferida pelos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade**), a mesma é geradora de expectativas normativas legítimas. A norma jurídica assim produzida, concentra e reflete a vontade do povo, portanto legítima no sentido de impor deveres e atribuir direitos. A vontade individual não pode sobrepor a vontade coletiva. Quando um indivíduo inobserva uma norma com tais predicados,

---

conduta desviante e a manutenção de tal expectativa (normativa). A sociedade deslocará as expectativas ao nível normativo quando forem vitais à segurança e à integração social de expectativas. O alto grau de complexidade e contingência torna-se suportável, devido à redução de riscos de desapontamento através do estabelecimento prévio da consequência deste desapontamento (assimilação ou não do desapontamento), ou seja, de diferenciação entre expectativas cognitivas e normativas. Precisamente, é o fato de a diferenciação entre o cognitivo e o normativo somente ser possível de ser constatado quando ocorre o desapontamento, e a existência de um amplo campo de expectativas raramente desapontadas, que a definição prévia do caráter cognitivo ou normativo de certa expectativa se torna desnecessária. O desapontamento pode então levar à formação de normas através da normatização *a posteriori*. (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. p. 59). Essa é a forma de pensar o surgimento do direito a partir de desapontamentos. O sistema deve garantir mecanismos de real e rápida assimilação de expectativas normativas desapontadas, e de demonstração da sustentação de expectativas normativas desapontadas. É essencial, em uma sociedade complexa e contingente, que estruturas seletivas reduzam a complexidade e a contingência, e é justamente por isso que a não satisfação de expectativas institucionalizadas se torna um problema. **Tal problema é a ameaça à vigência da norma como redutora de complexidade da expectativa estabilizada, que faz reaparecer a complexidade das possibilidades e a contingência do poder de atuar diferentemente do escolhido.** A reação ao desapontamento de expectativas normativas não pode simplesmente ser deixada a cargo dos mecanismos individuais psicológicos dos desapontados: o desapontado pode, tentando salvaguardar suas expectativas, desapontar legítimas expectativas alheias, gerando mais perigo de ocorrência de desapontamentos que o restabelecimento de sua expectativa desapontada. A falta de confiança na vigência de determinada expectativa gera sentimento de ausência de parâmetros pré-estabelecidos de condutas condizentes com as expectativas de determinado sistema e diminui a gama de possibilidades e de desenvolvimento da personalidade no âmbito de tal sistema. O direito tem o papel de prever e estabilizar os possíveis tipos de comportamento, através da institucionalização de normas de conduta oriundas da experimentação do desapontamento de expectativas, e de criar mecanismos voltados à redução de desapontamentos. O procedimento de institucionalização de expectativas funciona como um filtro, que tem por mister separar o que se constitui em expectativa normativa e o que é mera expectativa cognitiva, para fins de incidência da norma cogente. A sociedade é concebida como um grande sistema autopoiético formado por outros vários subsistemas também autopoiéticos, tais como o sistema da economia, do direito, da saúde, que são responsáveis pela institucionalização de suas próprias expectativas. Um sistema é autopoiético quando ele mesmo produz seus próprios componentes, tais como os processos de produção de sentidos de seus elementos e de escolha de expectativas. A autopoiése não isola tais sistemas, mas sim, promove a possibilidade de comunicação entre eles, para a troca de informações que visa ao aprimoramento de suas funções. A comunicação influencia os processos internos próprios dos sistemas, mas não os determina. Isso nos leva a concluir que os sistemas sociais são operativamente fechados, mas conginitivamente abertos. **O que faz com que estes sistemas funcionem bem é justamente a observância por todos os indivíduos que os compõem às expectativas normativas que competem a cada um, ditadas pelo ordenamento jurídico.** Assim, é o subsistema do Direito quem tem a função de estabelecer as expectativas normativas gerais a serem observadas por todos os indivíduos, de todos os sistemas a fim de que o sistema social funcione, respeitado o âmbito de atuação específico de cada sistema. (SERRETTI, André Pedrolli. *Comportamentos socialmente típicos e sistema social: complexidade, contingência e confiança*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza/CE – junho de 2010).

faz sobrepor sua vontade individual à vontade geral, o que é inadmissível em uma Democracia. O professor Gunther Jakobs<sup>82</sup> assim se manifesta:

*Há de començarse por los conceptos de persona y de vigencia del Derecho. Siguiendo una larga tradición, la persona se concibe como portadora de derechos y deberes. Mencionará respecto de la vigencia del Derecho três puntos de partida: (1) el Derecho vigentes es el trato entre personas fundamentado como correcto – pura normatividade; (2) el Derecho vigente es un trato entre personas que es susceptible de ser fundamentado como correcto, o, al menos, como plausible, que es practicado a grandes rasgos – normatividad realizada; (3) el Derecho vigente consiste en las reglas del trato practicado a grandes rasgos entre los seres humanos – pura facticidad. Excluiré inmediatamente el último de estos puntos de partida – pura **facticidad** -: aquellos que es practicado a grandes rasgos puede ser mera violencia; este punto de partida, por lo tanto, deja completamente al margen la cuestión de si siquiera son personas (es decir, sujetos derecho habientes y obligados por deberes) quienes tratan entre sí. De este modo, quedan los dos primeiros puntos de partida. El primero de los puntos de partida – el Derecho vigente es el Derecho fundamentado como correcto – es puramente normativo; el mundo de las normas jurídicas lleva aqui una vida propia en la que lo único que interesa es si las normas jurídicas y sus concreciones han sido inferidas de moro formalmente correcto de una norma de autorización vigente o de manera materialmente correcta de principios superiores materiales vigentes, concretamente, de la voluntad de Dios, de la inteligência o de la razón, o de una Constitución que se encuentra – sea por la razón que sea – en vigor. Si no se cumple un norma, debe proucirse una sanción; si esto no sucede, deberá sancionarse la omisión por parte del órgano del Estado, etc. La orientación para la víctima que este orden ofrece igualmente sólo podrá ser normativa. Así, por ejemplo, frente a la pregunta de como proceder con una valiosa bicicleta de deportes con la que se ha llegado hasta la Universidad, la respuesta será la siguiente: Esté en donde esté , no **debe** ser hurtada, y si a pesar de ello fuera hurtada, el ladrón **debe** ser apenado, etc. La persona que ha formulado la pregunta se rige por esta respuesta y coloca su bicicleta sin asegurarla con un candado; es hurtada, pero la respuesta fue correcta; pues no **debía** ser hurtada, y el ladrón, que ha desaparecido sin rastro, **debe** ser penado, etcétera.*

O ato de frustrar uma norma jurídico-penal tem o condão de produzir uma comunicação no âmbito social no sentido de que a vontade individual do sujeito ativo violador da norma pode sobrepor-se à vontade da coletividade contida na norma violada. Tal comunicação fragiliza a validade e a vigência da norma, tendo como grave consequência social a desestabilização de expectativas normativas legítimas. Assim sendo, a intervenção do Estado por intermédio do Direito Penal torna-se imprescindível, atuando contrafactivamente, de modo a negar a comunicação surgida com o ato defraudador das expectativas legítimas. Desse modo a intervenção do Direito Penal e da sanção criminal resgatam a credibilidade da

<sup>82</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*: seminario com Gunther Jakobs em la UAM. Prólogo de Gunther Jakobs. Madrid: Thonson Civitas. 2008. p. 30-33.

norma lesada, estabilizando expectativas normativas legítimas<sup>83</sup>, fazendo com que a vontade coletiva sobreponha à vontade individual egoisticamente expressada no ato violador da norma jurídico-penal.

O professor espanhol Bernardo Feijoo Sánchez<sup>84</sup>, na obra *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: seminário con Gunther Jakobs en la UAM*<sup>85</sup>, manifesta-se no seguinte sentido:

*Comporto con Jakobs y las visiones funcionales del delito la perspectiva de que sólo se puede desarrollar una teoría normativa de la prevención general positiva si deja de entenderse como una teoría puramente instrumental y se incide en su aspecto comunicativo. Todo orden configurado mediante normas es básicamente un orden simbólico y ello tiene que ver con la función de estabilización normativa característica de la pena estatal. Los partidarios de las teorías preventivo-instrumentales objetan de forma equivocada que una teoría comunicativa de la pena debería dar lugar a respuestas meramente simbólicas sin ningún tipo de efectos prácticos. Sin embargo, constatar la dimensión comunicativa de la pena no implica negar conceptualmente la pena sea siempre un mal (sino no podría hablar de pena sino de otro cosa), sino negar que dicho mal tenga básicamente una mera dimensión instrumental de atermorización (aunque pueda tener cados efectos latentes). No solo se comunica con palabras, sino también, por ejemplo, con gestos e acciones. La pena no es una comunicación a la que se vincula un mal sino que el mal es lo específico de la comunicación penal (aunque a veces el mal quede en suspenso). La pena es mal necesario para que la comunicación social o interpersonal contra determinados hechos delictivos sea posible. Determinados hechos graves no*

---

<sup>83</sup> *La tarefa que se le debe asignar a la pena es mantener la vigencia de ciertas normas indispensables, necesarias o esenciales para la pervivencia de la sociedad, busando sentar las bases de la confianza de la población en su validez como modelos de orientación. No se trata de un concepto formal de validez o vigencia, sino de un concepto material que tiene que ver con la eficacia de las normas para orientar la vida social. Se trata, pues, de entender la validez en sentido sociológico o práctico como la existencia de un sistema jurídico que efetivamente orienta la vida social. Lo que dana el delito es esa situación fáctica conforme a Derecho. Mientras Jakobs ha vuelto a mantener una concepción de la prevención general positiva dirigida a ejercer la fidelidad em el Derecho, yo prefiero en mis últimos trabajos sobre la pena incidir en el papel que tiene la pena para ayudar a mantener la confianza de los ciudadanos en la vigencia de la norma, concepción que creo que permite una visión más normativa de la prevención general positiva. La pena no pretende incidir directamente en conductas futuras (ni del delincuente ni de potenciales delincuentes ni de otras personas), sino sólo confirmar cuáles son las normas que siguen vigentes. La confianza que se busca es una situación social (confianza em sentido normativo) y no una prestación psicológica de los ciudadanos o de la población. La vida social, tal y como la concebimos, existe gracias a un tranfondo normativo que se asume como evidente. El delito niega dicha evidencia y la pena tiene que recomponer ese elemento estructural de la vida cotidiana. La confianza no se debe entender, pues, en un sentido formal y abstracto como la confianza de la sociedad en su sistema jurídico-penal, sino em sentido realista y vivo como un elemento básico de las relaciones interpersonales y del funcionamiento de la vida social. Sin confianza la realidad social sufre un cambio cualitativo. No se trata, por tanto, de fomentar la confianza como fenómeno psicológico-social, ya que si cada ciudadano decide o no confiar es una cuestión particular, sino sentar de cara al futuro las bases institucionales como modelos de orientación de conducta. **La pena es un instrumento de orientación de la vida social y de los ciudadanos, que pretende evitar la anomia.** (CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: seminário con Gunther Jakobs em la UAM*. Prólogo de Gunther Jakobs. Madrid: Thonson Civitas. 2008. p. 151-153).*

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 156-158.

<sup>85</sup> UCAM – Universidade Autónoma de Madrid/Espanha.

*permiten otro tipo de comunicación (al menos en el contexto de las sociedades que conocemos). El autor tiene que soportar todo lo que sea necesario (aunque no más) para compensar el dano que ha producido a la vigencia de la norma como realidad social. La necesidad del mal tiene que ver con la intervención estatal necesaria para que la vida social siga siendo cotidianamente una vida conforme a Derecho, no para que conceptualmente se sepa lo que es o no conforme a Derecho (en esse caso bastaría realmente con una declaración). La norma no es sólo un símbolo abstracto que pueda ser protegida sin más con declaraciones abstractas, sino que es un instrumento de configuración de la vida y de las relaciones sociales que la pena debe seguir manteniendo como realidad social. El delito no sólo ha puesto en entredicho la norma en sentido abstracto, sino que há afetado a una determinada relación interpersonal (en el caso de delitos contra bienes jurídicos individuales) o otro ámbito de organización (en el caso de delitos contra bienes jurídicos colectivos) y, lo que es especialmente importante, con ello ha afectado a la libertad general como realidad social. El infractor no sólo ha atentado contra un concepto, sino contra una realidad social conforme a Derecho y ha erosionado o ha colaborado a erosionar las condiciones existentes para el desarrollo de la libertad en la vida cotidiana. No comparto con Jakobs la idea de que la vigencia de la norma sólo se ve afectada por la manifestación de la falta de fidelidade. En mi opinión, a la disposición jurídica es un elemento del hecho (por ello no hace falta imponer males cuando el autor cometió el injusto a pesar de una disposición jurídica mínima), pero la ejecución del hecho delictivo descrito en una norma penal también es un elemento importante del mismo. Por ello tiene que ser más castigado en un supuesto de falta de disposición jurídica equivalente aquel que infringe una norma más importante para la pervivencia de la sociedade. Desde mi perspectiva la dimensión comunicativa del hecho resulta em la obra de Jakobs demasiado unilateral al quedar absorbida en exclusiva por la fidelidade al Derecho.*

Em uma sociedade complexa, o ato praticado tem a peculiaridade de gerar comunicação no âmbito social. A comunicação gerada poderá frustrar expectativas normativas legítimas que, por conseguinte, aumentará a complexidade já existente. O ato de inobservar a norma jurídico-penal, mais do que ofender bens jurídicos clássicos – teoria do bem jurídico – explicita que a vontade individual orientadora de tal ato se sobrepõe à vontade da coletividade contida na essência da norma violada, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito. De lado outro, a intervenção do Direito Penal geraria comunicação social no sentido da obrigatoriedade da observância das normas jurídicas oriundas da vontade popular, negando a vontade individual contida no comportamento violador da norma jurídica. Assim sendo, a intervenção jurídico-penal resgataria a credibilidade social na norma violada, o que reduziria a complexidade existente, bem como reforçaria as decisões políticas inerentes à elaboração das normas jurídicas.



### 2.2.3 A Intervenção e a Punição Estatal Atuando Contrafacticamente

Conforme entendimento que vem sendo construído no decorrer da presente pesquisa, a intervenção do Direito Penal retira sua legitimidade e sua validade não na proteção de bens jurídicos, bem como a sanção criminal não tem o escopo de efetivar finalidades externas ao sistema jurídico, como classicamente os respectivos temas são tratados. O esboço de mundo externado pelo infrator ao violar a norma penal atua no sentido de gerar uma comunicação com o conteúdo de que a norma não vige e não é válida, fazendo com que a sua vontade individual prevaleça em detrimento da vontade da coletividade contida na norma. Tal comunicação produz desdobramentos prejudiciais e perigosos no âmbito social. Os demais participantes da sociedade passam a vivenciar incertezas acerca da vigência, validade e credibilidade da norma objeto de violação, o que redundará em uma desestabilização de expectativas normativas, aumentando a complexidade da sociedade. A intervenção do Direito assim como a resposta penal condenatória atuam de modo contrafático, no sentido de contradizer ou negar a comunicação gerada pelo ato infracional. A atuação contrafática da intervenção do Direito Penal, bem como a resposta condenatória penal reestabelecem a credibilidade social na norma violada, estabilizando expectativas normativas legítimas e reduzindo a complexidade social, o que constitui condição de possibilidade nas sociedades atuais.

Na obra do professor Gunther Jakobs, *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*, tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Jakobs<sup>86</sup> discorre que a pena é coação e que a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato; o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato.

Importante destacar que a atuação contrafática da intervenção jurídico-penal somente ocorre quando o sujeito ativo do comportamento delituoso é portador do que se denomina mínima segurança cognitiva. Quando o indivíduo abandona o ordenamento de jurídico ao

---

<sup>86</sup> JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Coordenador e supervisor Luiz Moreira; Tradutores Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 22.

ponto de não ser titular dessa mínima segurança cognitiva, a resposta estatal clássica e tradicional não terá o condão de gerar comunicação alguma e, portanto, não atuará contrafaticamente, no sentido de negar a negação produzida pelo comportamento violador da norma, resgatando, por conseguinte, a validade e a credibilidade da mesma. Quando o indivíduo não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas<sup>87</sup>. Assim, no lugar de uma pessoa que de per si é capaz, e a que contradiz através da pena, aparece o indivíduo perigoso, contra o qual se procede – neste âmbito: através de uma medida de segurança, não mediante uma pena – de modo fisicamente efetivo: luta contra o perigo em lugar de comunicação.

A grande maioria dos infratores da norma penal é portadora dessa segurança cognitiva mínima, afastando-se do ordenamento jurídico apenas de modo eventual e esporádico. Para esses, a intervenção jurídico-penal é contrafática; para os poucos que se afastam do ordenamento do jurídico de modo contumaz e permanente, a intervenção do Direito Penal não seria contrafática, mas sim mera coação, no sentido de combater perigos e assegurar o direito fundamental à segurança pública. Claro que, em uma perspectiva ideal, todos os integrantes da sociedade deveriam ser portadores dessa segurança cognitiva mínima. Deixo a seguinte reflexão: Será que é possível de se identificar, na sociedade atual, indivíduos destituídos dessa mínima segurança cognitiva e que vulneram as estruturas do Estado Democrático de Direito?

Afastada a teoria do bem jurídico como parâmetro legitimador da intervenção do Direito Penal, entende-se que, nas sociedades complexas como as atuais, o papel a ser exercido pelo Direito Penal é muito mais complexo do que a mera proteção de bens jurídicos. A contribuição do Direito Penal objetivando a redução da complexidade social, nos termos defendidos por Gunther Jakobs, se dá com a reafirmação da vigência e da validade da norma jurídica violada pelo comportamento infracional. Nas sociedades complexas como as atuais, a vida somente é possível ser vivida em decorrência das denominadas expectativas normativas legítimas. A norma penal elaborada com observância estrita do devido processo legislativo, vigente e válida, materializa a vontade da coletividade e, por isso, **e desde que não desborde da proporcionalidade e da razoabilidade na flexibilização e efetivação de direitos e garantias fundamentais**, legitima a intervenção do Direito Penal, constituindo vetor

---

<sup>87</sup> JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Coordenador e supervisor Luiz Moreira; Tradutores Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 42.

fundamental na orientação dos comportamentos dos membros sociais, produzindo legítimas expectativas normativas. Quando um indivíduo inobserva uma norma jurídica, tal ato efetivamente questiona a vontade coletiva contida na mesma, gerando uma comunicação no sentido de que a sua vontade individual é mais legítima do que vontade contida na essência da norma inobservada. Tal comunicação desestabiliza expectativas normativas, intensificando a complexidade social. A função da intervenção do Direito Penal e da consequente sanção criminal é negar tal comunicação, reafirmando que a norma violada, apesar ter sido inobservada, permanece vigente e válida, ou seja, que a vontade individual contida no ato de questionar a norma não é válida, e que a vontade coletiva contida na mesma deve prevalecer.

A legitimação do Direito Penal está vinculada às funções da sanção criminal. No ordenamento jurídico-penal brasileiro encontramos três espécies de pena. A sanção criminal pode ser privação da liberdade, restrição de direitos e multa. Tema bastante árido é a definição da função ou das funções da pena criminal. A definição do papel a ser exercido pelo Direito Penal está umbilicalmente vinculado à função ou às funções da pena. Indaga-se: Qual ou quais as funções da pena criminal?

### **2.3 O Conteúdo e a Função da Punição Estatal**

A punição estatal, como resposta ao cometimento de infração penal, deve cumprir determinadas finalidades ou funções. Aas teorias absolutas buscaram fundamentar a função da punição estatal na retribuição, ou seja, a pena seria a retribuição pelo cometimento de um mal. Com as revoluções liberais, surgiram as teorias relativas da pena. De acordo com as teorias relativas, a sanção criminal encontraria seu fundamento na prevenção. A teoria preventiva se fragmentaria em prevenção geral e especial. Modernamente, como consequência das sociedades complexas, surge em tal contexto de discussão a teoria da vigência da norma como bem jurídico-penal. No tocante aos fins da pena, oportuno destacar que tais fins devem ter aderência com todas as espécies de sanção criminal e não apenas com a pena privativa de liberdade. No século XXI, qual ou quais as funções da punição estatal?

#### **2.3.1 O Conceito de Pena**

Um dos pilares da presente tese é o afastamento das *prevenções geral negativa e especial positiva e negativa* como fins da sanção penal. Adere-se ao entendimento de que o papel a ser exercido pela pena é o resgate da validade e da credibilidade da norma violada,

negando a negação produzida pelo ato violador da mesma, estabilizando expectativas normativas legítimas e, em última análise, reduzindo a complexidade social. Para amparar esse pilar, torna-se imprescindível se debruçar no estudo dos fins da pena. Indaga-se: Qual o conteúdo da prevenção geral? Qual o significado da prevenção especial? Como o ordenamento jurídico-penal brasileiro lida com tal tema? Quais os argumentos para se afastar as prevenções geral negativa e especial positiva e negativa como fins da sanção criminal?

O problema dos fins (*rectius*, das finalidades) da pena criminal é tão velho quanto a própria história do Direito Penal e tem sido discutido, intensamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (filosofia geral e filosofia jurídica), pela doutrina do Estado e pela Ciência Criminal. A razão de tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra do problema dos fins das penas, insitamente se encontra o debate acerca das questões fulcrais da *legitimação*, *fundamentação* e *função* da intervenção criminal estatal. Por isso também qualquer reflexão dos fundamentos do direito criminal não pode ainda hoje furtar-se à tentativa de fazer o ponto do debate sobre as finalidades da sanção penal.<sup>88</sup> O traço característico do Direito Criminal, ramo jurídico que somente deve atuar de modo subsidiário e fragmentário, é a existência da ameaça de pena, especialmente da pena privativa de liberdade<sup>89</sup>. Não obstante a pena privativa de liberdade ser a principal sanção no âmbito criminal, não podemos furtar de nos reportar às outras espécies de pena, como a pena restritiva de direito e a pena de multa. Conforme redação do artigo 32 do Código Penal brasileiro, as sanções criminais são: a) a pena privativa de liberdade; b) a pena restritiva de direitos; c) e a pena de multa. Podemos dizer que as teorias da pena estão umbilicalmente atreladas às teorias do Direito Criminal. A doutrina brasileira e estrangeira sobre o tema analisam a função ou as funções da pena com os olhos voltados somente à pena privativa de liberdade, relegando todas as demais, redundando, de modo inevitável, num prejuízo do debate acerca de qual a finalidade ou as finalidades da reprimenda penal.

<sup>88</sup> De um ponto de vista lógico-hermenêutico, questões como as mencionadas – da legitimação, da fundamentação e da função do direito criminal – podem certamente ser cindidas do problema dos fins da pena. Tais questões, dir-se-á, relevam para a conclusão sobre aquilo que deve ser considerado o “crime”, conseqüentemente ameaçado com uma pena criminal; mas não tem necessariamente de se ligar à essência desta, à sua natureza e às suas finalidades. A perspectiva correta, no entanto, começamos logo por acentuá-la, pode e deve ser outra. O sentido, o fundamento e as finalidades da pena criminal são determinações indispensáveis para decidir de que forma deve aquela atuar para cumprir a função do direito penal: elas reagem por conseguinte sobre o próprio conceito material de crime e codeterminam, por aí, a resposta à questão da função do direito criminal. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. t. 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p. 44).

<sup>89</sup> Importante destacar que, nos termos do artigo 32 do Código Penal brasileiro, as modalidades de sanção penal são a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos e a pena de multa. A pena privativa de liberdade se desdobra em reclusão, detenção e prisão simples. A pena restritiva de direitos, autônoma da pena privativa de liberdade, possui como espécies a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviços à comunidade, restrição de direitos e a limitação de final de semana, nos termos do art. 44 do diploma legal citado.

As teorias da pena, em especial no tocante à pena privativa de liberdade, costumam ser classificadas em *absolutas, relativas e mistas*.

### 2.3.2 As Teorias Absolutas (Teorias da Retribuição)

As *teorias absolutas*<sup>90</sup>, *punitur, quia peccatum est*, sustentam que a pena encontra em si mesma a sua justificação, sem que possa ser considerada um meio para fins ulteriores, *malum propter malum, bonum propter bonum*. Acentuam na pena o seu carácter retributivo de mal justo que a ordem de Direito opõe à injustiça do mal praticado pelo delinqüente. Domina essa interpretação uma exigência absoluta de justiça.<sup>91</sup> Tal concepção de pena encontra eco em Kant<sup>92</sup> e Hegel.

Kant elevava a expiação do criminoso pelo seu crime, através da pena, à categoria de um imperativo categórico.<sup>93</sup> “Era preciso punir, embora pela aplicação da pena não se alcançasse outro objetivo qualquer senão aquele de servir a justiça.”<sup>94</sup> Em Kant, o que orientava a concepção da pena era a exigência ética dominante no seu sistema. Por acreditar

<sup>90</sup> Os primeiros a levantar o problema da justificação racional da pena, vamos encontrar o pensamento da retribuição, que Platão expôs no *Górgias*, embora no *Protágoras*, e certamente com idéias desse mesmo sofista, e nas *Leis*, defendesse a finalidade emendativa da medida penal. (BRUNO, Aníbal. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1969. p. 15).

<sup>91</sup> Esta concepção da pena, para além da indiscutível dignidade histórica que lhe assiste e da correspondência a sentimentos profundamente ancorados na comunidade, pode legitimamente reivindicar-se da fundamentação que desde sempre lhe foi oferecida por um certo pensamento filosófico. Arrancando do princípio de talião – “olho por olho, dente por dente” – tendo-se deixando penetrar durante a Idade Antiga de representações mitológicas e durante a Idade Média de racionalizações religiosas, as teorias da retribuição, louvam-se basicamente na ideia de que a realização da Justiça no mundo, como mandamento de Deus, conduz à legitimação da aplicação da pena retributiva pelo juiz como representante terreno da Justiça divina. Na Idade Moderna e Contemporânea o sustentáculo desta doutrina vai sobretudo buscar-se na filosofia do idealismo alemão. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. t. 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p. 46).

<sup>92</sup> O maior esforço para negar à pena um fim qualquer foi empreendido em Kant, que não pôde entretanto evitar que seu conceito de pena estivesse permeado pela necessidade de conservar um estado ético no ser humano: sendo a ética pauta de convivência social, qualquer que seja o nome que se queira dar-lhe, a pena assim concebida também ganha cores de defesa social. As teorias absolutas (cujo modelo é Kant) tendem a a) retribuir; b) para garantir externamente a eticidade; c) quando uma ação objetivamente a contradiga; d) infligindo um sofrimento equivalente ao injustamente produzido (talião) (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 115.).

<sup>93</sup> *La legitimidad de la definición más bien la presupone Kant al exponer que la ley penal es un imperativo categórico. Si el problema de legitimación se soluciona en sentido absoluto, es decir, en favor de las normas que no vienen proporcionadas por una situación social concreta, estas normas, en el caso que Kant pone como ejemplode la disolución de la sociedad, por definición no perderían ya nada de su legitimación, de modo que lo extremadamente categórico de la teoría absoluta sería ineludible para toda teoría relativa: la norma que tras la disolución de la sociedad siguiera siendo necesaria debería seguir sendo estabilizada.* (JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. corr. Traducción: Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Ediciones Jurídicas, 1997. p. 22).

<sup>94</sup> BRUNO, op. cit., p. 11-13.

no livre arbítrio, naturalmente identificou a pena como retribuição, imposição de ordem moral, que ele sugeriu fosse medida pelo talião. Combateu a idéia de se conferir à pena uma função preventiva, negando que se pudesse utilizá-la como meio para se atingir um fim vantajoso para a sociedade ou para o próprio condenado. A razão de ser da pena estaria somente na retribuição de ordem moral a que ela serviria de instrumento.

Hegel transportou o problema para o campo do Direito, transformando em retribuição jurídica a retribuição ética de Kant. O fim da retribuição promovida pela pena seria a reafirmação da norma jurídica violada pelo crime, reafirmação necessária para a manutenção da ordem de Direito e que, assim, serviria de justificação da medida penal.<sup>95</sup> O relevante na infração penal não seria a lesão do bem jurídico, ou a exposição à lesão do mesmo, mas o ilícito que é o seu conteúdo e que é necessário que a pena venha a negar. A relevância dessa retribuição não pode ser atenuada por nenhum efeito secundário imputado à sanção penal, como o da prevenção ou o da ressocialização do infrator.<sup>96</sup> Nas palavras de Aníbal Bruno<sup>97</sup>,

Nada mais expressivo da função de promover justiça que as teorias absolutas atribuem à pena do que a conhecida afirmativa de KANT quando diz que mesmo se uma sociedade voluntariamente se dissolvesse, o último assassino que se achasse em prisão deveria ser justificado, a fim de que cada um receba a retribuição que reclame a sua conduta.

---

<sup>95</sup> BRUNO, Aníbal. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1969. p. 13. Identificamos o núcleo da noção do fim do Direito Penal de Gunther Jakobs com o fim da pena de Hegel, ou seja, a necessária intervenção do direito penal através da pena para reafirmar a vigência da norma violada pelo sujeito ativo, negando a comunicação realizada por este, e, conseqüentemente, estabilizando as expectativas normativas.

<sup>96</sup> *En Hegel la teoría absoluta recibe una configuración que en pouco se diferencia de la prevención general positiva aquí representada. El sistema de referencia de Hegel para fundamentar la pena es el concepto de Derecho; el sistema de referencia actual lo forman las condiciones de existencia de la sociedad. Por lo demás, se da la siguiente concordancia: Hegel interpreta el hecho punible como algo negativo, es decir, como vulneración del Derecho en el sentido de su negación. Esta vulneración alega una pretensión de validez, pero la pena sale al encuentro de tal pretensión, como vulneración de la vulneración, y así como restablecimiento del Derecho. Esta secuencia es absoluta, ya que el Derecho há de ser necesariamente, siempre, Derecho impuesto; lo que constituye un argumento es, no la utilidad de la pena, sino solamente la Idea del Derecho convertida en concepto. Dado que Hegel no interrelaciona hecho y pena como hechos externos, sino como sucesos dotados de significación, ya no se trata – como en Kant – de una igualdad de género, sino de igualdad según el valor de los mismos, es decir, que en sociedad consolidadas puede rebajarse la medida de la pena, pues en ellas es más reducida la peligrosidad de la acción para la sociedad. Un Código Penal pertenece, por tanto, ante todo a su tiempo y al estado en que se encuentre la sociedad civil. Así pues, en Hegel la pena es absoluta en lo conceptual, pero en su concreta configuración es relativa al respectivo estado de la sociedad.* (JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. corr. Traducción: Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Ediciones Juridicas, 1997. p. 22-23).

<sup>97</sup> BRUNO, op. cit., p. 14.

Para as *teorias absolutas*, portanto, a pena realiza a sua função de pura retribuição, como consequência natural pela prática do delito, sem que se indague acerca de qualquer outro fim a ser cumprido por ela.

Malgrado as críticas dirigidas às *teorias absolutas* da pena, as mesmas contribuíram de modo relevante para a humanização das sanções penais, ao reivindicar que cada pessoa fosse tratada segundo a sua culpa e não segundo a loteria da sorte e do azar em que na vida se jogam os comportamentos humanos e as suas consequências; introduziram no núcleo do debate o princípio da culpa como máxima de todo o direito penal humano, democrático e civilizado, ao princípio segundo o qual *não pode haver pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa*. Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias<sup>98</sup>

[...] aqui reside justamente o mérito das doutrinas absolutas: qualquer que seja o seu valor ou desvalor como teorização dos fins das penas, a concepção retributiva teve – histórica e materialmente – o mérito de irrecusável de ter erigido o princípio da culpa em princípio absoluto de toda a aplicação da pena e, deste modo, ter levantado um veto incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole eminentemente dignidade da pessoa.

Como teoria dos fins da pena, porém, a doutrina da retribuição deve ser repelida porque ela não busca responder a indagação acerca de quais seriam os fins da pena. Ela visa a exatamente o contrário, ao considerar a sanção criminal como entidade independentemente dos fins. Nos dias atuais tais teorias não possuem defensores.

### 2.3.3 As Teorias Relativas (Teorias da Prevenção)

Contrariamente às teorias absolutas, as teorias relativas são teorias de fins. As *teorias relativas*, *punitur, ne peccetur*, também chamadas *finalistas*, surgiram em oposição às *teorias absolutas*, concebendo a pena como meio para a obtenção de ulteriores objetivos. Para tais teorias a justificação da pena está na sua necessidade social, no fim de manutenção e segurança da ordem de Direito, pela prevenção do crime. A sua função é de instrumento de defesa da sociedade.

Nos países que levam os direitos a sério, não há que se falar, em tempo de paz, em pena de morte e prisão perpétua. O condenado, após cumprir a sanção criminal, retornará ao convívio social inevitavelmente, queiram ou não queiram os membros da sociedade. É por isso que a pena deve exercer outras funções além da mera retribuição, tendo em vista que o apenado participa e participará ativamente na observância ou não do contrato social.

<sup>98</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. t. 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p. 47.

As teorias relativas se subdividem em teorias relativas da *prevenção geral* e da *prevenção especial*: na *prevenção geral* a pena irradia seus efeitos sobre os membros da comunidade jurídica que não delinqüiram, enquanto na *prevenção especial* os efeitos se irradiam sobre o autor ou partícipe da infração penal, ou seja, sobre o apenado.

O denominador comum das doutrinas da *prevenção geral* radica na concepção da pena como instrumento político-criminal destinado a atuar (psiquicamente) “sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça da sanção penal cominada pela lei, da realidade de sua aplicação e da efectividade de sua execução.”<sup>99</sup>

### 2.3.3.1 As Teorias da Prevenção Geral

Realiza-se a *prevenção geral negativa*<sup>100</sup> a partir do surgimento dos tipos penais incriminadores e a cominação da respectiva reprimenda em abstrato. A existência da ameaça

<sup>99</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. t. 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime.p. 50.

<sup>100</sup> A prevenção geral negativa, tomada em sua versão pura, pretende obter com a pena a dissuasão dos que não delinqüiram e podem sentir-se tentados a fazê-lo (em sua versão mais originária podem remontar-se a Puttman, p. 257-272; no nazismo. A. E. Gunther explicava o delito como desobediência à ordem ou autoridade do estado, restabelecida pela pena, funcionando como exemplo – Marxen, Klaus, *Der Kampf gegen das liberales Strafrecht*, p. 133). Com esse discurso, a criminalização assumiria uma função utilitária, livre de toda consideração ética e, por conseguinte, sua medida deveria ser a necessária para intimidar aqueles que possam sentir a tentação de cometer delitos, embora tenha a doutrina imposto limites mais ou menos arbitrários a tal medida. Parte-se aqui de uma concepção mecânico-reacional do humano, como um ente que em qualquer circunstância realizaria a comparação custo-benefício. Na base desse antropologia está uma lógica de mercado, que chegou a formular-se expressamente, com aplicação do modelo econômico ao estudo do delito, pressupondo no infrator um sujeito racional que maximiza o benefício esperado de sua conduta por sobre o custo. (BECKER, Gary. Crime and punishment: na economic approach. *Journal of Law*, [S.l.], v. 78, May/June, 1970; COOTER, Robert ; ULEN, Thomas. *Derecho y economía*, p. 543). A partir da realidade social, pode-se observar que a criminalização pretensamente exemplarizante que esse discurso persegue, pelo menos quanto ao grosso da delinqüência criminalizada, isto é, quanto aos delitos com finalidade lucrativa, seguiria a regra seletiva da estrutura punitiva: recairia sempre sobre os vulneráveis. Portanto, o argumento dissuasório estaria destinado a cumprir-se sempre sobre algumas pessoas vulneráveis e estar sempre referido aos delitos que elas costumam cometer. No obstante, nem mesmo isso seria verdadeiro, porque inclusive entre pessoas vulneráveis e relativamente a seus próprios delitos, a criminalização secundária é igualmente seletiva, brincando de modo inverso com a habitualidade. Uma criminalização que selecionam as obras toscas não exemplariza dissuadindo do delito, mas sim da inabilidade em sua execução: estimula o aperfeiçoamento criminal do delinqüente ao estabelecer o maior nível de elaboração delituosa como regra de sobrevivência para quem delinqüer. Não tem efeito dissuasivo, mas propulsor de maior elaboração delituosa. Com respeito a outras formas mais graves de criminalidade, o efeito de dissuasão parece ser ainda menos sensível: em alguns casos são cometidos por pessoas invulneráveis (“colarinho branco”, terrorismo de estado). Em outros seus autores costumam ser fanáticos, não levando em consideração a ameaça da pena ou considerando-a um estímulo (ataques com recursos de destruição maciça); é também mais que duvidoso o efeito de dissuasão sobre pessoas que atuam motivadas por ganhos patrimoniais consideráveis (sicários, mercenários, administradores de empresas delituosas – “crimes as business”), ou ainda em circunstâncias pouco propícias à reflexão sobre a ameaça penal (a maioria dos homicídios dolosos) ou finalmente onde ocorrem motivações patológicas (semi-imputáveis). As únicas experiências de feito dissuasivo do poder punitivo passíveis de verificação são os estados de terror, com penas cruéis e indiscriminadas. Situações similares são conjunturais e, quando ocorrem, promovem tal concetração de poder que os operadores das agências tornam-se detentores do monopólio do delito impune, aniquilam todos os



da pena faz com que ocorra o desestímulo por parte dos pretendentes em violar a norma, isto é, os mesmos vêm na pena em potencial um freio em seu impulso delituoso, o que Paul Johann Anselm Ritter Feuerbach chamou de coação psicológica.<sup>101</sup> Mas não basta a previsão

---

espaços de liberdade social e neutralizam as agências judiciais, suprimindo-lhes possibilidades de intervenção, tal como no Brasil de 1969 se deu com o Ato Institucional n. 5, que proibiu conhecessem os tribunais de habeas corpus em matéria de “segurança nacional”. No plano político e teórico essa teoria permite legitimar a imposição de penas sempre mais graves, porque não se consegue nunca a dissuasão total, como demonstra a circunstância de que os crimes continuam sendo praticados. Assim, o destino final desse caminho é a pena de morte para todos os delitos (Bettiol-Pettoello Mantovani), mas não porque com ela se obtenha a dissuasão, mas sim porque esgota o catálogo de males crescentes com os quais se pode ameaçar uma pessoa. O intimidatório discurso exemplarizante, desenvolvido coerentemente até suas últimas conseqüências, desemboca no privilégio de valores como a ordem e a disciplina sociais ou em um generalizado direito do estado à obediência de seus súditos. Em um esquema dissuasivo levado até seus últimos limites, o delito perde sua essência de conflito no qual se ferem os direitos de uma pessoa e reduz-se a infração formal ou lesiva de um único direito subjetivo (do estado que exige obediência), com total esquecimento de que o estado é um instrumento de vida, e não um carcereiro ou um verdugo (Bettiol, Giuseppe, *Scritti Giuridici*, t. II, p. 641). Por outro lado, a pena dissuade por intimidação (medo: o grau de dor que deve ser causada a uma pessoa, para que atemorizada da outra. Por isso, deveriam as penas ser aumentadas na razão direta da freqüência dos fatos pelos quais são impostas e vice-versa. A pena não manteria qualquer relação com o conteúdo injusto do fato praticado, mas sim sua medida dependeria de fatos alheios. Em situações de crise econômica, os delitos conta a propriedade tendem a aumentar e, segundo a lógica dissuasória, as penas deveriam aumentar; ou seja, para essa lógica, durante as crises econômicas as penas devem ser maiores para os mais prejudicados. A lógica da dissuasão intimidatória propõe a clara utilização de uma pessoa como recurso ou instrumento empregado pelo estado para seus próprios fins: a pessoa humana desaparece, reduzida a um meio a serviço dos fins estatais. Sustentou-se que a função de prevenção geral pressupõe a racionalidade do ser humano, com o que se evitaria degradar-se o direito penal num direito policial. Por essa via, afirma-se uma distinção entre o direito penal da prevenção geral e o direito penal policial (Gropp, Walter, p. 28). Tal abordagem é falsa, porquanto geralmente a racionalidade humana é exercida na razão inversa da gravidade do delito praticado. Dar por demonstrado que o ser humano empreende um frio cálculo de rentabilidade perante cada impulso infracional é arrimar-se uma ficção. Mesmo um discurso penal legitimante não pode fundar-se numa óbvia falsidade, e o uso desse argumento equivale a uma confissão de que não existe base válida para ocultar a natureza policial do poder punitivo. A lógica da dissuasão faz o delito perder sua essência de lesão jurídica para convertê-lo em um indício de inimizade com a cultura que o estado quer homogeneizar ou com a moral que deseja impor. Fica descoberto seu caráter verticalista, hierarquizante, homogeneizador, corporativo e, por conseguinte, contrário ao pluralismo próprio do estado de direito e à ética baseada no respeito pelo ser humano como pessoa. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 120).

<sup>101</sup> Feuerbach pôs demasiadamente o acento da prevenção geral sobre a intimidação, principalmente sobre a que resulta da ameaça da pena. Para ele o realmente impressionante e decisivo na intimidação é a ameaça penal. A execução é apenas um corolário em que ela se reafirma em que se demonstra que não se trata de uma ameaça vã. Para ele, a pena, medida preventiva, não retributiva, tem por fundamento a necessidade de segurança do Direito. E a ameaça de sua aplicação, contida na norma para garantia do preceito, é o motivo inibidor que anula a impulsão criminosa (BRUNO, Aníbal. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1969. p. 23). *En la teoría de Feuerbach, el doble valor de la punición no está nada claro. Como muestra de que la conminación penal va en serio, la punición debe actuar conforme a fines, mientras que por el contrario como pela al autor debe ser ajena a fin alguno. Por lo demás, el modelo ofrece ciertamente una armonía de los principios penales más importantes: se veda el tratar al autor como un objeto de los derechos reales (fundamentación absoluta de la pena), se impiden las infracciones (coacción psicológica de la conminación penal), se evitan las penas innecesarias (la realización de la pena es necesaria para respaldar la conminación penal), y se vincula estrictamente la pena a la ley (conminación precisa y descripción también precisa del comportamiento con anterioridad al hecho). Los hechos no se basan en un cálculo racional de sus consecuencias, y un cálculo racional no se atiene a la secuencia jurídicamente necesaria de hecho y pena, sino que tiene en cuenta más bien la probabilidad efectiva de resultar castigado o de sustraerse a la pena, lo que puede dar lugar a una diferencia notable.*” (JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. corr. Traducción: Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Ediciones Jurídicas, 1997. p. 27).

em abstrato da pena para que a *prevenção geral* efetivamente ocorra. Violada a norma penal, imprescindível o surgimento da pena em concreto, bem como a sua regular execução. Parece-nos que a noção da necessidade da pena em concreto para negar a negação realizada pelo sujeito ativo do delito vai ao encontro tanto da *prevenção geral* no seu aspecto *negativo*, ou seja, eliminar ou reduzir a intensidade do elemento subjetivo voltado para a prática de uma conduta criminosa, como no seu aspecto *positivo*, vale dizer, o modelo de pena cuja função consiste em exercer o reconhecimento da norma, restabelecendo a credibilidade na mesma e estabilizando as expectativas normativas.<sup>102</sup> “Assim, o Direito Penal dá segurança e força aos seus preceitos e incute na consciência coletiva o valor dos bens protegidos e o respeito que o sistema jurídico lhes quer assegurar, prevenindo, assim, a sua violação.”<sup>103</sup>

Não obstante o caráter de *prevenção geral* da pena, a ideia de exemplaridade (*prevenção geral negativa*)<sup>104</sup> trouxe a exacerbação dos rigores punitivos, conduzindo a graves excessos que padeceram a Idade Média e séculos imediatamente posteriores. A execução brutal e violenta gerando um terror com condão de afastar os integrantes da sociedade da prática de infrações penais. Realizando uma reflexão acerca do cumprimento da pena privativa de liberdade na atualidade, percebe-se, salvo raras exceções, a permanência de uma brutalidade e de uma violência similares, características tão criticadas nos discursos orientados pelo senso comum teórico, mas que atuam ou buscam a atuar visando a difusão do papel da pena como *prevenção geral*. O saudoso Aníbal Bruno, assim discorre sobre o tema:

Assim se instaurava um sistema repressivo de desregramentos e iniquidades, com o justifica pavor que inspirava a crueldade nos modos de punir, conduzindo ao embrutecimento dos hábitos normas da convivência, em vez de proporcionar um ambiente em que os costumes se abrandassem e a vida

---

<sup>102</sup> *Los modelos que se corresponden en lo esencial con el de la prevención general positiva encuentran cada vez más representantes, e incluso acompañan a numerosas variantes de las teorías retributivas. Naturalmente existen diferencias en dos puntos: Primordialmente se entiende el principio de culpabilidad como limitación de la prevención general positiva, mientras que para la concepción defendida aquí es un derivado de esta prevención. Además, el significado de la infracción de la norma y de la pena solo raras veces se debate.* (JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. corr. Traducción: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Ediciones Jurídicas, 1997. p. 29).

<sup>103</sup> BRUNO, Aníbal. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1969. p. 23.

<sup>104</sup> *El principal defecto de esta prevención general negativa y de sus variantes más recientes que resaltan de diversos modos el efecto intimidante de la pena, no es dese luego su refutabilidad. Contra la refutabilidad cabría objetar que no afecta a aquellos grupos de delitos en los que los autores por lo general actúan racionalmente para conseguir un fin, o sea, los delitos en el ámbito de la criminalidad económica. Es más, el modelo podría mejorarse aumentando la intensidad de la persecución hasta ena medida en la que la intimidación actúe sobre todas las personas, a menos que Sean Eróstratos. La teoría da prevención general negativa, sin embargo, parte de una base equivocada: Mide el beneficio potencial del delincuente y compensa esta ventaja mediante un mal, pero no atiende al dano que el hecho produce en el orden social. Si se quiere que para otros autores deje de ser atractivo el hecho, el mal debe ser más importante que el beneficio do hecho; pero este es Independiente del dano social que el hecho produce.* (JAKOBS, op. cit., p. 27-28).

fosse orientada, como convém à ordem de Direito, por sentimentos de justiça e solidariedade humana<sup>105</sup>

É verdade que muitas pessoas deixam de praticar infrações penais não pela coação psicológica exercida pela pena em potencial, sendo bastante a consciência do dever e o respeito à estima pública para afastá-los de fatos contrários às normas de direito. Mas há aqueles a quem realmente só a ameaça da punição pode afastá-los da delinquência. Ou ainda os desajustados e impulsivos, naturalmente tendenciosos a graves desvios de comportamento, que mesmo a ameaça penal dificilmente será capaz de deter diante do crime.

Dentro da *prevenção geral* cabe verticalizar a antiga teoria da intimidação em uma versão um pouco mais moderada, que foi a teoria da “coação psicológica”, sustentada por Feuerbach.<sup>106</sup> Feuerbach é o fundador da ciência penal alemã contemporânea. Para o citado jurista, a pena é aplicada em virtude de um fato consumado e passado e tem por objeto conter todos os cidadãos para que não cometam delitos, vale dizer, almeja coagi-los psicologicamente. Forçosamente extrai-se de tal pensamento a imprescindibilidade não apenas da cominação da sanção penal em abstrato, mas também a sua aplicação, e que a imbricação do mal com o delito deva ser realizada por uma lei, de forma a não lesar direitos de ninguém, “pois a ameaça abstrata opera quando tenham sido lesados direitos e cria a certeza de que a pena se seguirá ao delito.”<sup>107</sup> Para que a pena funcione como coação psicológica, é necessário – segundo Feuerbach – que seja uma pena certa e não indefinida. A *prevenção especial* foi defendida por Roeder e os positivistas<sup>108</sup>. A *prevenção geral positiva*<sup>109</sup>

<sup>105</sup> BRUNO, Aníbal. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1969. p. 24.

<sup>106</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 121.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 267.

<sup>108</sup> O *positivismo*, isto é, “a corrente de pensamento que pretende interpretar o mundo unicamente com base na experiência.” Embora sua origem moderna possa ser remontada a Francis Bacon (1620), sua formulação organicista no século XIX correspondeu a Augusto Comte (1789-1857).

<sup>109</sup> Constatado que a teoria anterior não se sustenta perante a realidade social e conduz a consequências incompatíveis como o estado de direito, ganhou força, nas últimas décadas, a legitimação discursiva que pretende atribuir ao poder punitivo a função manifesta de prevenção geral positiva: a criminalização estaria fundamentada em seu efeito positivo sobre os não-criminalizados, não porém para dissuadi-los pela intimidação, e sim como valor simbólico produtor de consenso, e, portanto, reforçador de sua confiança no sistema social em geral (e no sistema penal em particular) – (sobre a estabilização do poder mediante a institucionalização, Popitz, Heinrich, *Fenomenologia del potere*, p. 42; em sentido crítico Baratta, Alessandro, em DDDP. N. 2, 1995, p. 247 ss; do mesmo, em Fest f. Arthur Kaufmann, p. 393; Smaus, Gerlinda, em *Social Problems and criminal justice*, n. 37, Rotterdam, 1987; Melossi, Dario, em DDDP, 1-91, p. 26; Perez Manzano Mercedes, *Culpabilidad y prevención*, p. 248). Por essa linha, afirma-se que o poder punitivo é exercido sobre um conflito que, até este momento, não está superado, razão pela qual, ainda que tal exercício não cure as feridas da vítima nem lhe repare os danos, cabe impor um mal ao autor. Este mal deve ser entendido como parte de um processo comunicativo. Desse modo, estende-se uma ponte entre essa teoria preventivista e Hegel, na consideração da pena como contra-afirmação de que o autor não pôde configurar dessa maneira seu mundo. Sustenta-se, assim, que o poder punitivo supera a perturbação produzida pelo aspecto comunicativo do fato delituoso, que seria o único que interessa, exprimindo-se na

constitui-se no lado outro da *prevenção geral negativa*. Com o cometimento de um comportamento violador da norma, o sujeito ativo gera uma comunicação perante os integrantes da comunidade, comunica-se no sentido de desautorizar a norma violada, tornando-se um ser humano mais igual que os demais. O agente do delito esboça uma visão de mundo na qual a norma não vige, o que gera uma desorganização, desestabilização social. Se a *prevenção geral negativa* busca frear o impulso marginal dos homens, a *prevenção geral positiva* visa a intensificar a credibilidade na observância da norma, fortalecer a imagem de mundo na qual o ordenamento jurídico deva ser respeitado, comunicando-se no sentido de negar a visão de mundo externada pelo sujeito ativo de uma infração penal, produzindo, como consequência, a estabilização das expectativas normativas e reduzindo a complexidade social.

O ponto de partida das doutrinas da *prevenção geral* é prezável, logo porque, - ao contrário com o que se dá nas teorias absolutas – ele se liga direta e imediatamente à função do Direito Criminal de tutela subsidiária de bens jurídicos (segundo entendimento majoritário), vale dizer, por coerência se compreende a exigência de que a pena atue de modo preventivo sobre a generalidade dos membros da sociedade seja no momento da sua ameaça abstrata, seja no da sua concreta aplicação, seja na da sua efetiva execução. O forte argumento contra as doutrinas da *prevenção geral* é o de que os fins pretendidos por elas podem ocorrer como podem não ocorrer, isto é, tais funções estariam externamente ao âmbito jurídico,

---

perturbação da vigência da norma, imprescindível para a existência de uma sociedade (Jakobs, Gunther, em ADPCP, 1994, p. 138; *Derecho Penal*, p. 8 ss. Em última instância, o delito seria uma má propaganda para o sistema, e a pena seria a expressão através da qual o sistema faria uma publicidade neutralizante (não parece estar muito longe desta legitimação Nozick, ao afirmar que o medo geral justifica proibir aqueles fatos que produzem medo, inclusive a vítimas que sabem que seriam indenizadas, porque o medo – como se sabe – se induz e administra – (NOZIK, Robert, Anarquía, *Estado y Utopia*, p. 78). A partir da realidade social, essa teoria se sustenta em mais dados reais que a anterior. Segundo ela, uma pessoa seria criminalizada porque com isso a opinião pública é normatizada ou renormatizada, dado ser importante o consenso que sustenta o sistema social. Como os crimes de “colarinho branco” não alteram o consenso enquanto não forem percebidos como conflitos delituosos, sua criminalização não teria sentido. Na prática, tratar-se-ia de uma ilusão que se mantém porque a opinião pública sustenta, e convém continuar sustentando-a e reforçando-a porque com ela o sistema penal se mantém, ou seja, o poder a alimenta para ser por ela alimentado. A partir do teórico, a comunicação seria um símbolo que se usa para manter a confiança no sistema, de modo que também instrumentaliza (mediatiza) uma pessoa, utilizando sua dor como símbolo, porque o sistema deve priorizar a pessoa, tanto do autor quanto da vítima. As categorias de análise jurídica se esvaziariam; o sistema seria o único bem jurídico realmente protegido; o delito não seria um conflito que lesiona bens jurídicos, ou apenas o seria à medida que fosse um signo da lesão à confiança no sistema, embora não afetasse os direitos não ninguém. A medida da pena para esse direito penal seria aquela adequada para renormatizar o sistema, criando consenso, embora o grau de desequilíbrio nele considerado não dependa da conduta do apenado nem de seu respectivo conteúdo injusto ou culpável, mas sim da credulidade dos outros. A prevenção geral positiva sustentada na referida versão e assentada na concepção da sociedade foi precedida por outra, no quadro de uma eticização do discurso penal. Tal versão eticizante da prevenção geral positiva pretende que o poder punitivo fortaleça os valores ético-sociais mediante o castigo para suas infrações. Embora essa versão eticizante propusesse também a proteção de bens jurídicos, a função básica seria a primeira: o fortalecimento da consciência jurídica da população (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 123-124).

escapando de seu controle e, portanto, não seriam fins da sanção criminal, mas acontecimentos empíricos meramente possíveis, e assim, [...] “comandadas apenas por considerações pragmáticas e efficientistas, elas fazem da pena um instrumento que viola, de forma inadmissível, a eminente dignidade da pessoa humana à qual se aplica.”<sup>110</sup>.

Tal argumento já não será procedente, porém, se a prevenção se concentrar na sua vertente positiva, de tutela da confiança geral na validade e vigência das normas do ordenamento jurídico, pois atuando com este fim, a resposta penal ao delito estará visando a fins localizados internamente ao Direito, e não finalidades meramente pragmáticas.

Hans Welzel e Gunther Jakobs podem ser considerados representantes da teoria da *prevenção geral positiva* fundamentadora. Com fulcro na teoria da prevenção geral positiva fundamentadora, o direito penal cumpriria uma função ético-social, para a qual mais importante que a proteção de bens jurídicos seria a garantia de vigência real dos valores de ação da atitude jurídica. Nesse contexto, ao proscrever e sancionar a inobservância de valores fundamentais, o Direito Penal comunica, de forma mais veemente de que dispõe o Estado, a vigência de tais valores, fortalecendo sua atitude permanente de fidelidade ao direito. Dois outros penalistas manifestaram-se a respeito da proposição de Welzel<sup>111</sup>:

Kaufmann entende que essa função ético-social atribuída por Welzel ao direito penal deve ser entendida como um aspecto positivo da prevenção geral e caracterizada como socialização dirigida a uma atitude fiel ao Direito. Destaca três elementos importantes da prevenção geral: um de tipo informativo (o que está proibido), outro de manutenção de confiança (na capacidade da ordem jurídica de permanecer e impor-se), e o terceiro representado pelo fortalecimento de uma atitude interna de fidelidade ao direito. Kaufmann não considera que a retribuição justa deva substituir a prevenção geral positiva; ao contrário, acredita que aquela é pressuposto desta. Hassemer, por sua vez, também considera o pensamento de Welzel muito próximo ao que poderia ser denominado prevenção geral (ou especial). Mas, para ele, ao conceito de prevenção é inerente uma função *limitadora* da intervenção penal.

Gunther Jakobs é um dos penalistas mais prestigiados na atualidade. Partindo do conceito de sistema elaborado por Niklas Luhmann<sup>112</sup>, Jakobs entende que as normas jurídicas visam a estabilizar e a institucionalizar as experiências sociais, servindo, assim, como

<sup>110</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. t. 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p. 53.

<sup>111</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 146.

<sup>112</sup> Destaca-se que a matriz teórica fenomenológica-hermenêutica é a escolhida na presente tese. Conforme já observado, a ideia de estabilização de expectativas normativas - base do sistema jurídico-penal de Gunther Jakobs - para grande parcela dos estudiosos do Direito Penal possui um contato próximo com a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Entretanto, o próprio Jakobs tampouco afirma que siga a Teoria de Luhmann.

orientação de comportamento que os cidadãos devem observar nas suas relações sociais. Quando ocorre a violação de uma norma penal, é importante deixar claro que a mesma permanece em vigor, que a obrigatoriedade da observância da mesma continua existindo, apesar da existência da infração penal, vale dizer, a pena serve para resgatar o valor da norma, para negar o tipo de mundo comunicado pelo infrator. Assim, como o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração.

### 2.3.3.2 As Teorias da Prevenção Especial

As teorias da *prevenção especial ou individual*<sup>113</sup> tem por denominador comum a ideia de que a pena é um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa responsável pela violação da norma com o fim de evitar que, no futuro, ela cometa novos delitos. A *prevenção especial negativa*<sup>114</sup> atinge a liberdade do ser humano, retirando-o do convívio social por

---

<sup>113</sup> As doutrinas da prevenção especial afirmaram-se com particular vigor na segunda metade do séc. XIX, pro força, nomeadamente – segundo a convicção corrente na doutrina penalista – das escolas positivistas sociológicas italiana e alemã. Uma consideração histórica da evolução do direito penal português (e também, numa certa medida, espanhol e do brasileiro) obriga, no entanto, a corrigir esta ideia e a colocar a influência decisiva das doutrinas da prevenção especial num momento historicamente anterior, a saber, aquele em que na Península Ibérica se instauraram as teses próprias da chamada escola correcionalista. Teses que – tendo a sua origem ideológica numa franca oposição da filosofia de Krause, e depois também da filosofia jurídico-penal de Roeder, às teses de Kant sobre o conceito de direito e sobre as suas relações com a mora, e que logo foi vivamente saudada pela filosofia jurídica portuguesa, nomeadamente por Vicente Ferrer Neto Paiva – convergiam na ideia de que todo o homem é, por sua natureza, suscetível de ser corrigido, pelo que a pena deve, antes de tudo, propor-se operar a correção do delinquente como única (e melhor) forma de evitar que ele, no futuro, continue a cometer crimes. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. t. 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p. 55).

<sup>114</sup> Para a prevenção especial negativa, a criminalização também visa à pessoa criminalizada, não para melhorá-la, mas para neutralizar os efeitos de sua inferioridade, à custa de um mal para a pessoa, que ao mesmo tempo é um bem para o corpo social. Em geral, ela não se enuncia como função manifesta exclusiva, mas sim em combinação com a anterior: quando as ideologias se fracassam ou são descartadas, apela-se para a neutralização e eliminação (A este respeito é paradigmática a obra de Garofalo, Rafael, *La Criminología*). Na realidade social, como as ideologias se sempre fracassam, a neutralização é somente uma pena atroz imposta por seleção arbitrária. Sem dúvida alguma, tem êxito preventivo especial: a morte e os demais impedimentos físicos são eficazes para suprimir condutas posteriores do mesmo sujeito. Ao nível teórico, a ideia de uma sanção jurídica é incompatível com a criação de um mero obstáculo mecânico ou físico, porque este não motiva o comportamento, mas apenas o impede, o que fere o conceito de pessoa (art. 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e art. 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (cuja autonomia ética lhe permite ordenar-se conforme o sentido. Por isso, a mera neutralização física está fora do conceito de direito, pelo menos em nosso atual horizonte cultural. Como no discurso anterior – do qual é complemento originário – o importante é o corpo social, ou seja, o correspondente a uma visão corporativa e organicista da sociedade, que é o verdadeiro objeto de atenção, pois as pessoas não passam de meras células que, quando defeituosas ou incorrigíveis, devem ser eliminadas. A característica do poder punitivo dentro desta corrente é sua redução à coerção direta administrativa: não há diferença entre esta e a pena, pois as duas procuram neutralizar um perigo atual. A defesa social é comum a todos os discursos legitimantes, mas se expressa mais cruelmente nesta perspectiva, porque tem a peculiaridade de expô-la de modo mais grosseiro, ainda que também mais coerente: como é possível esgrimir uma defesa diante de uma ação que ainda não se iniciou e não se sabe se iniciará, a forma adequada para explicá-la é através da metáfora do organismo social. Por

determinado lapso temporal, impossibilitando-o, em tese, de cometer novas infrações penais. Possui como única finalidade a neutralização ou inocuização do indivíduo. No atual contexto da política criminal, as teorias da *prevenção especial negativa* ocupam espaço de modo marcante. O sistema capitalista produz uma massa de seres humanos marginalizados que o Estado necessita atribuir-lhes funcionalidade, otimizando a dimensão de inocuização da privação da liberdade do ser humano. Importante cotejamos argumentações jurídicas liberais e tradicionalmente utilizadas sobre o tema com denúncias criminológicas, sociológicas, que são imprescindíveis para compreendermos o real papel que o Direito Penal tem exercido ao longo da história, o que constitui *conditio sine qua non* para a reflexão acerca da expansão ou modernização do Direito Penal.

Loic Wacquant muito bem ensina que, se as prisões do século XVIII e XIX foram projetadas como fábricas de disciplina, hoje são planejadas como fábricas de exclusão. O que importa é que fiquem ali.<sup>115</sup> Relevante pontuarmos acerca da atuação estatal no tocante às intervenções sociais.

Se por um lado aumentou a desigualdade e a insegurança econômica nas últimas décadas, o Estado diminuiu paulatinamente suas intervenções sociais. A guerra contra a pobreza é substituída por uma guerra contra os pobres. Uma das perversões da nova ordem econômica é internalizar individualmente o fracasso da pobreza como responsabilidade pessoal, o que também tange a mão-de-obra no sentido de aceitar capisbaixa o emprego precário e sem direitos.<sup>116</sup>

Paralelamente com a desfiguração, mutilação e aniquilamento das garantias sociais e trabalhistas, como diz Lenio Streck, países de modernidade tardia ou periféricos, expande-se a política de contenção repressiva dos pobres. As taxas de encarceramento sobem rapidamente nas últimas décadas. Ao mesmo tempo aumenta a seletividade do sistema; os que perderam orçamento social são jogados-abandonados no cárcere. A ideologia reabilitadora do cárcere tem sido substituída por um paradigma explícito de contenção e neutralização da juventude pobre<sup>117</sup>. Para Bauman, a combinação da “estratégia bifurcada da incriminação da pobreza e

---

outro lado, quando se objetou que a pena não beneficie a todos, senão à minoria que detém, ao invés de negá-lo respondeu-se simplesmente que a pena sempre beneficia a uns poucos (Nesta corrente, especialmente Baratta, Alessandro, em *Il diritto penale Allá svolta di fine millenio, Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola e Ferrajoli, Luigi, Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*).

<sup>115</sup> WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 8.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>117</sup> A chamada "Criminologia Radical" introduz um matiz socialista ao estudo do fenômeno da delinquência, apresentando a "luta de classes" como fator determinante de todo o modelo político - criminal e conformadora de concepções e ideologias arraigadas ao conhecimento criminológico tradicional. Opera uma distinção entre "objetivos ideológicos aparentes (repressão da criminalidade, controle e redução do crime e

ressocialização do criminoso) e os objetivos reais ocultos do sistema punitivo (reprodução das relações de produção e da massa criminalizada)", revelando uma diferente administração da criminalidade com base na separação entre a "criminalidade das classes dominantes e das classes dominadas". (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Lumen Juris, 2006. p. 68). Segundo Baratta, o Direito Penal apresentaria uma tendência a "privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos de indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas". (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto de Criminologia, 1999. p. 165). Esse tratamento diferencial da criminalidade conforme a sua afinidade com as classes dominante e dominada, ocorre tanto na fase de "criminalização primária", como na de "criminalização secundária". No que tange à "criminalização primária", é notável a fragilidade da formulação técnica dos tipos penais, ensejando lacunas e vias de escape aos infratores, fato este que não se verifica nos casos dos crimes das classes subalternas. (Ibid., p. 165). Em suma, a lei penal seria, conforme tradicional alegoria, comparável a uma teia de aranha muito fina em suas malhas, aprisionando pequenos insetos, mas facilmente sendo rompida por animais de grande porte. Na fase da "criminalização secundária", ou seja, na efetiva atuação repressivo-punitiva das agências estatais, essa característica de desigualdade ficaria ainda mais nítida, revelando o caráter eminentemente seletivo do Direito Penal. A atuação repressivo - punitiva seria claramente regulada pela "posição ocupada pelos indivíduos na escala social", surgindo maiores possibilidades de criminalização àqueles ocupantes dos "níveis mais baixos da escala social". (Ibid., p. 165). Esse tratamento diferencial da criminalidade de acordo com a sua afinidade com as classes sociais mais ou menos privilegiadas gera como consequência um agigantamento da chamada "cifra negra" relativa aos crimes afetos às classes hegemônicas. A "cifra negra" poderia ser conceituada como "um campo obscuro da delinqüência", consistindo na "existência de um bom número de infrações penais, variável segundo a sua natureza, que não seria conhecido "oficialmente", nem detectado pelo sistema e, portanto, tampouco perseguido". (CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 185). Na doutrina criminológica, tratando especificamente da criminalidade das classes privilegiadas, faz-se referência à chamada "cifra dourada" que "representa a criminalidade de "colarinho branco", definida como práticas anti-sociais impunes do poder político e econômico (a nível nacional e internacional), em prejuízo da coletividade e dos cidadãos e em proveito das oligarquias econômico - financeiras". (SANTOS, op. cit., p. 10). Essa "cifra dourada", como uma espécie distinta de "cifra negra", destaca-se amplamente, pois que se a criminalidade das classes baixas já é subrepresentada nas estatísticas, ocorrendo, na realidade, muito mais infrações do que aquelas absorvidas pelo sistema penal, o que dizer a respeito dos crimes relacionados a atividades de pessoas cuja posição social é de maior relevo? Os chamados "crimes de colarinho branco" representam uma parcela ínfima nas estatísticas criminais, que se apegam aos registros policiais ou processuais, retratando, na verdade, o efeito diferencial da "criminalização secundária" sobre as condutas ilegais, de acordo com a sua afinidade com determinados seguimentos sociais. A sub - representação dos "crimes de colarinho branco" (criminalidade econômica, ambiental, política etc.) e a sobre - representação relativa dos crimes das classes dominadas, não reflete uma realidade sobre o universo das infrações penais cometidas, mas simplesmente apresenta um quadro artificial e enganador. (HULSMAN, Louk. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 2. ed. Niterói: Luam, 1997. p. 109). "A criminologia radical define as estatísticas criminais como produtos da luta de classes, nas sociedades capitalistas: a) os crimes da classe trabalhadora desorganizada [...], integrantes da "criminalidade de rua" (de natureza essencialmente econômica e violenta) são super - representados nas estatísticas criminais porque apresentam (em um primeiro nível de análise) os seguintes caracteres: constituem uma ameaça generalizada ao conjunto da população, são produzidos pelas camadas mais vulneráveis da sociedade e apresentam a maior transparência ou visibilidade, com repercussões e consequências mais poderosas na imprensa, na ação da polícia, do judiciário etc.; b) os crimes da classe trabalhadora organizada, integrada no mercado de trabalho (a chamada criminalidade de fábrica, como apropriações indébitas, furtos, danos etc.), não aparecem nas estatísticas criminais pelas obstruções dos processos criminais sobre os processos produtivos; c) a criminalidade da pequena burguesia (profissionais, burocratas, administradores etc.), geralmente danosa ao conjunto da sociedade (a dimensão inferior da criminalidade de "colarinho branco"), raramente aparece nas estatísticas criminais, e a grande criminalidade das classes dominantes (as burguesias financeira, industrial e comercial), definida como "abuso de poder" (econômico e político), a típica criminalidade de "colarinho branco" (especialmente das corporações transnacionais), produtora do mais intenso dano à vida e à saúde da coletividade, e ao patrimônio social e estatal, está excluída das estatísticas criminais: a origem estrutural dessa criminalidade (modo de produção capitalista) e a posição de classe dos autores (poder econômico e político), explicam essa exclusão". (SANTOS, op. cit., p. 10-11). A constatação é a de que estaria confirmada a assertiva do primeiro - ministro



da brutalização dos pobres” impede a condensação de um sentimento de injustiça capaz de rebelar-se contra o sistema. Portanto, o encarceramento reelabora sua missão histórica dirigindo-a à “regulação da miséria (talvez perpetuação)” e ao armazenamento dos refugos do mercado. A prisão seria uma instituição especial capaz de confinar os membros mais visíveis das multidões perigosas. O novo complexo institucional seria “composto por vestígios do gueto negro e pelo aparato carcerário, ao qual o gueto ligou-se por uma relação estreita de simbiose estrutural e de suplência funcional”. A nova ordem pós-industrial do capital vídeo-financeiro as estratégias de contenção social das classes perigosas se deslocam dos guetos para as prisões. As duas organizações tem sido historicamente instituições de confinamento forçado: o gueto como prisão social e a prisão como gueto judiciário<sup>118</sup>.

Tal realidade e tendência da política criminal encontra sustentação no papel exercido pelas grandes mídias, que legitimam simbolicamente o exercício de poder penal e de controle social. As grandes mídias são hoje obstáculo, e não instrumento, para o debate democrático. Algo que merece ser pensado de modo crítico-reflexivo.

Uma sociologia elementar da profissão mostra que os jornalistas apreciam e celebram, sobretudo, aqueles que pensam como eles, de maneira jornalística, segundo as categorias do senso comum político e social do momento. “Tudo aquilo que rompe o *ronron* dessa *politologia* flácida que lhes serve de instrumento de apreensão da sociedade tem todas as chances de ser percebido como uma agressão ou de simplesmente não ser percebido”<sup>119</sup>. Bauman denuncia que a pobreza não é mais exército de reserva de mão-de-obra, tornou-se uma pobreza sem destino, precisando ser isolada, neutralizada e destituída de poder<sup>120</sup>.

Nesse contexto político e social, a sociedade contemporânea busca na sanção penal apenas o caráter retributivo e, quem sabe poderíamos afirmar, o caráter vingativo em virtude do cometimento de uma conduta censurável num determinado momento histórico. A *prevenção especial negativa* tem sido cada vez mais legitimada pelos anseios sociais, desvirtuando e obstaculizando o debate técnico e sério acerca do tema.

---

britânico e escritor do século XIX, Benjamin Disraeli, quanto a existirem "três tipos de mentiras: mentiras, mentiras infames e estatísticas". As teorias radicais pretendem revelar a justiça criminal como "prática organizada de classe", demonstrando o contraste entre uma "ordem social imaginária" (noções de igualdade legal e de proteção geral) e uma "ordem social real" (desigualdade e opressão). Embasadas nisso, as teorias radicais direcionam-se para uma prática de transformação social, mediante a superação das desigualdades, tomadas como as verdadeiras molas propulsoras do fenômeno criminoso. (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Lumen Juris, 2006. p. 11).

<sup>118</sup> WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 12.

<sup>119</sup> BATISTA, Nilo. Fragmentos de um discurso sedicioso. *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 75, 1 sem. 1996.

<sup>120</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

O professor argentino Engênio Raul Zaffaroni<sup>121</sup> nos ensina:

É insustentável a pretensão de melhorar mediante um poder que impõe a assunção de papéis conflitivos e que os fixa através de uma instituição deteriorante, na qual durante prolongado tempo toda a respectiva população é treinada reciprocamente em meio ao contínuo reclamo desses papéis. Eis uma impossibilidade estrutural não solucionada pelo leque de ideologias re: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação. Estas ideologias encontram-se deslegitimadas, frente aos dados da ciência social, que utilizam como argumento em seu favor a necessidade de serem sustentadas apenas par que não se caia num retribucionismo irracional, que legitime a conversão dos cárceres em campos de concentração.

O pressuposto desse discurso é que a sanção penal é um bem para quem a sofre, de natureza moral ou psicofísico. Se a pena é um bem para o condenado, sua medida será aquela necessária para realizar a ideologia que for sustentada, e não precisará de outra baliza. Em outras palavras, com a *prevenção especial positiva* busca-se a (re)socialização do apenado, seu melhoramento como pessoa, vale dizer, a pena irradiando seus efeitos para a próprio condenado, limitando-se a tal fim. É possível acreditarmos nesse discurso? Os cárceres no Brasil e em quase todos os países, salvo raras exceções, apresentam as “melhores condições” para infestar o corpo e a alma. Com suas condições *inadequadas* e seu ambiente de ociosidade, as prisões constituem em depósitos de seres humanos, desbotando a honra e a dignidade dos apenados, os quais saem dali para serem impelidos outra vez ao delito pelo aguilhão da miséria, submetidos ao despotismo subalterno de alguns homens geralmente depravados pela espetacularização da infração penal, o que tem sido corroborado pelo direito fundamental à liberdade de imprensa, direito este que já passara o momento de ser rediscutido em nosso Estado Democrático de Direito.

Portanto, uma conseqüência lógica da teoria da *prevenção especial positiva* é a (re)socialização do condenado, o tratamento daquele que delinqüiu. Falaremos o óbvio: é inquestionável a absoluta ineficácia da prisão em virtude das condições de vida que o interior prisional oferece na atualidade. Ou alguém discorda de tal conclusão? Na verdade, quando dizem e afirmam que a pena de privação da liberdade é ineficiente por não cumprir a função de *prevenção especial positiva*, pedimos licença para discordar. A pena de prisão sempre cumpriu de modo brilhante a sua finalidade precípua e continuará a cumprir. A re(socialização) do apenado é algo esperado por todos, porém constitui algo que transcende aos fins da pena e do sistema jurídico-penal. A real função da privação da liberdade é a

---

<sup>121</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 126.

inocuidade do condenado e a imposição de castigo, função muito próxima das estruturas construídas por Kant e Hegel. A *prevenção especial positiva* nada mais é do que um artifício encontrado pelas classes sociais privilegiadas para justificar a privação da liberdade dos indivíduos que as incomodam, contendo, muitas vezes, os atos praticados como produtos de uma reflexão crítica, séria e lúcida. Em outras palavras, o discurso da *prevenção especial positiva* sempre foi um poderoso instrumento para a neutralização dos anseios das classes sociais oprimidas e massacradas pelo poder e, conseqüentemente, otimizando a perpetuação do mesmo. A pena privativa de liberdade sempre foi e sempre será um extraordinário sucesso!!! Para quem?

#### 2.3.4 Teorias Mistas ou Híbridas

São as mais difundidas na atualidade. Partem quase sempre das *teorias absolutas* e tratam de sanar suas falhas recorrendo a *teorias relativas*. Preconizam que a pena criminal exerce função tanto retributiva como preventiva, ou seja, não são papéis excludentes, ao contrário. “Uma de suas manifestações é o lema seguido pela jurisprudência alemã: ‘*prevenção geral mediante retribuição justa*’”.<sup>122</sup>. Nelas a pena se apresenta como retribuição, em satisfação a uma exigência de justiça, mas ao mesmo tempo como instrumento de prevenção dos crimes no interesse da defesa social<sup>123</sup>. O Código Penal brasileiro adota a concepção mista da pena quanto às suas funções, conforme se constata em seu artigo 59<sup>124</sup>.

Santiago Mir Puig aduz que a luta entre as teorias mencionadas, que teve lugar na Alemanha em princípios do século XX, acabou tomando uma direção eclética iniciada por Merkel. Tal como a posição assumida por nossa legislação penal, MIR PUIG entende que “a retribuição, a prevenção geral e a especial são distintos aspectos de um fenômeno complexo da pena.”<sup>125</sup>.

Vejam algumas reflexões acerca dos fins da sanção penal. De conformidade com o Código Penal brasileiro, a reincidência perfaz-se pela prática de novo crime pelo agente, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (artigo 63 do Código Penal).

<sup>122</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 121.

<sup>123</sup> BRUNO, Aníbal. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1969. p. 14.

<sup>124</sup> “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade da gente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.” (Código Penal Brasileiro).

<sup>125</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 4. ed. Barcelona: PPU, 1996. p. 56.

Os elevados índices de reincidência demonstram o fracasso não apenas da pena privativa de liberdade (verdadeiro sucesso), mas o fracasso das Teorias Relativas ao buscarem efetivar as prevenções geral e especial. As estatísticas de diferentes países são pouco animadoras, tal como refletem as seguintes: nos Estados Unidos as cifras da reincidência oscilam entre 40 a 80%<sup>126</sup>. Na Espanha, o percentual médio de reincidência, entre 1957 e 1973, foi de 60,3%<sup>127</sup>. Porém, os países latino-americanos não apresentam índices estatísticos (quando os apresentam), sendo esse um dos fatores que dificultam a realização de uma verdadeira política criminal<sup>128</sup>. Apesar da deficiência dos dados estatísticos, é inquestionável que a delinquência não diminui em toda a América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não é capaz de reabilitar o delinquente<sup>129</sup>. Conforme dados do Conselho Nacional

<sup>126</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 161.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 161.

<sup>128</sup> Planificação da Política Criminal nos Programas de Desenvolvimento Nacional na América Latina, Costa Rica, ILANUD, 1976, p. 14 e 21 *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 161.

<sup>129</sup> Os resultados obtidos com a aplicação da pena privativa de liberdade são desanimadores. Em todo o caso, é interessante fazer algumas considerações críticas sobre o alcance e o sentido das cifras de reincidência: a) George Vold vê o problema da reincidência sob outra ótica. Considera-se que seria mais interessante prestar a devida atenção e importância ao pequeno percentual de delinqüentes que conseguem reabilitar-se na prisão, com o que seria possível afirmar que a prisão é um verdadeiro êxito (Gresham Sykes, *El crimen y la sociedad*, p. 83). A importância do argumento de Vold não é o fato de trazer ou não solução ao fracasso da prisão, mas o de chamar a atenção ao seguinte ponto: será que o pequeno percentual de êxito que se obtém ao aplicar a pena privativa de liberdade é o único possível, dadas as características do fenômeno delitivo e da prisão int. Essa interrogação permite-nos meditar mais detidamente sobre o significado tão fantástico, à primeira vista, que as cifras da reincidência apresentam; b) Inegavelmente, a prisão exerce alguma influência no fracasso do tratamento do recluso. Mas as causas responsáveis pelos elevados índices de reincidência não são estudadas cientificamente. Não há dados objetivos sobre a efetividade dos diferentes programas. O progresso obtido em outros campos do conhecimento humano ocorrem exatamente por meio do estudo criterioso dos fracassos e das suas causas, algo que não ocorre no campo penitenciário (León Radzinowicz, *En busca de la criminología*, p. 141). Não tem sido realizados estudos que permitam deslindar os aspectos que podem ter influência sobre a reincidência. Refiro-me ao fato de estabelecer se a reincidência pode não ser considerada como um ou o mãos importante indicador da falência da prisão, ou se esta pode ser um resultado atribuível aos acontecimentos posteriores à liberação do interno, como seria, por exemplo, o fato de não encontrar trabalho ou então por não ser aceito pelos demais membros – não delinqüentes – da comunidade (Roger Hood e Richard Sparks, *Problemas clave em criminología*, p. 232-3). Por outro lado, também não se pode afirmar que tenha sido demonstrado que a pena de prisão seja especialmente ineficaz, em termos de reincidência, em relação a outros métodos de tratamento, especialmente aos não institucionais. As elevadas taxas de reincidência podem não só indicar a ineficiência da prisão como também refletir as transformações dos valores que se produzem na sociedade e na estrutura econômica; c) Para Pinatel é um critério grosseiro a avaliação da eficácia dos métodos penitenciários feita pelos índices de reincidência. O simples percentual de reincidência não leva em consideração a situação dos internos em relação às condições, população e peculiaridades gerais de cada estabelecimento penal. Pode ocorrer, por exemplo, que determinado estabelecimento contenha superpopulação e congregue reclusos de alta periculosidade. Inegavelmente, superpopulação e periculosidade constituem dois fatores importantíssimos no aumento da taxa de reincidência. Nessa hipótese, a reincidência não poderia ser atribuída de forma exclusiva ao fracasso dos métodos penitenciários. Finalmente, as reincidências não são todas comparáveis, pois em alguns casos não passam de fracassos aparentes, constituindo, na verdade, êxitos parciais (Jean Pinatel, *La sociedad criminógena*, p. 158); d) seria um erro considerar que as taxas de reincidência demonstram um fracasso total do sistema penal e proclamar a abolição da prisão, como propõem alguns setores, que pretendem assumir uma posição progressista. Indiscutivelmente, a natureza do tratamento penal tem papel importante na

de Justiça/CNJ<sup>130</sup>, a taxa de reincidência no Brasil varia entre 60 a 70%, referente ao ano de 2009. O relatório elaborado pelo CNJ relativo ao ano de 2010<sup>131</sup> demonstra que o índice de reincidência entre os jovens de 18 a 28 anos é de 80%. O relatório conclui que mais de 60%

---

persistência dos níveis de reincidência, mas não é o único e nem sempre é o fator mais importante. A responsabilidade deve ser atribuída ao sistema penal como um todo, assim como às situações e condições sociais injustas, que se agravam sob o império de regimes antidemocráticos. De acordo com as observações expostas, é forçoso concluir que as cifras de reincidência tem valor relativo. O índice de reincidência é um indicador insuficiente, visto que a recaída do delinqüente produz-se não só pelo fato de a prisão ter fracassado, mas por contar com a contribuição de outros fatores pessoais e sociais. Os altos índices de reincidência também não podem levar à conclusão radical de que o sistema penal fracassou totalmente, a ponto de tornar-se necessária a extinção da prisão. Essas conclusões são o resultado de uma análise excessivamente esquemática e simplista. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 163).

<sup>130</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Dados referentes ao ano de 2009. Disponível em: <www.cnj.jus.br/index>. Acesso em: 10 jun. 2013.

<sup>131</sup> Segundo dados oficiais (CNJ/DPN), o Brasil tinha 422.373 presos, número que subiu 6,8% (451.219) em 2008 e 4,9% (473.626) em 2009. Atualmente, o país conta com quase 500 mil presos – seguindo este ritmo, estima-se que em uma década dobre a população carcerária brasileira (os dados são do Sistema de Informação Penitenciárias p Infopen, do Ministério da Justiça, que recebe informações, pela internet, sobre os estabelecimentos penais e a população prisional, direto das Secretárias estaduais de Segurança Pública). O Brasil é a terceira maior população carcerária do mundo, só fica atrás dos Estados Unidos (2,3 milhões de presos) e da China (1,7 milhões de presos) (Um relatório do The Pew Center on the States – 2010 – dos Estados Unidos, sobre as taxas de encarceramento nas prisões norte-americanas revela que 1 em cada 100 adultos americanos está preso. Ratificando dados que sinalizam ser as prisões locais de grande segregação socioeconômica, quando se trata de homens negros, na faixa etária entre 20 a 34 anos, a taxa de encarceramento é de 1 para cada 9 homens. Em todos os estados do país houve um aumento na taxa de prisões. Estima-se que existam 2,3 milhões de presos nos Estados Unidos, e o estudo ainda revela que as prisões e as cadeias requerem, cada vez mais, grandes equipes de funcionários altamente treinadas. Dado o crescimento exponencial da população prisional, o custo do sistema girou em torno de US\$ 49 bilhões, no ano passado. Em 1987, o custo era de US\$ 12 bilhões – Robson Sávio Reis Souza. *Falência das Prisões. Jornal Estado de Minas*, Belo Horizonte, 24 de março de 2008. Dos quase 500 mil presos, 56% já foram condenados e estão cumprindo pena e 44% são presos provisórios que aguardam julgamento de seus processos. A capacidade prisional é de cerca de 320 mil presos. Assim, o déficit no sistema prisional gira em torno de 180 mil vagas. Há cerca de 500 mil mandados de prisão já expedidos pela justiça que não foram cumpridos. Cerca de 10 mil pessoas são detidas mensalmente. O índice de punição de crimes é inferior a 10%. Isso mostra que se a polícia fosse mais eficiente, o poder público não teria onde colocar tantos presos e a superlotação seria maior. Quase 60 mil pessoas se encontram encarceradas em delegacias, pois as penitenciárias e cadeiões não comportam e não dispõem de infra-estrutura adequada. A construção de novas prisões custa, em média, cerca de R\$ 25.000 por vaga. Em termos de manutenção das vagas existentes, cada preso custa, em média, cerca de R\$ 1.500 por mês aos cofres públicos. É muito dinheiro, mas e daí? A população carcerária brasileira compõe-se de 93,4% de homens e 6,6% de mulheres. Em geral, são de jovens com idade entre 18 e 29 anos, afrodescendentes, com baixa escolaridade, sem profissão definida, baixa renda, muitos filhos e mãe solteira (no caso das mulheres). Em geral, praticam mais crimes contra o patrimônio (70%) e tráfico de entorpecentes (22%). A média das penas é de 4 anos. No Brasil, a (alta) taxa de reincidência criminal, se situa em torno de 70% (ante 16% na Europa). Como não há reeducação (aprimoramento humano e profissional), quando voltam ao convívio social, geralmente se enveredam novamente para o crime. Se torna um ciclo, pois quanto mais gente se prende, mais potenciais presos se está formando, mas com o diferencial de que a cadeia o “aprimorou” para o crime (escolas do crime). Assim, quando o preso sai da cadeia, vamos nos deparar com alguém mais perigoso, embrutecido e, obviamente, sem nenhuma condição de acesso ao mercado de trabalho. O estigma de cometer um delito acompanha o ex-detento por toda a vida e geralmente chega ao ouvido dos futuros patrões, inviabilizando a possibilidade de trabalho. A falta de oportunidade reserva basicamente uma única opção ao ex-presidiário: voltar a infringir a lei quando retorna ao convívio social. É como se a sociedade o empurrasse novamente para o mundo do crime. Há um preconceito de toda a sociedade. Isso tudo, sem dúvida, torna muito pouco provável a reabilitação. Triste realidade. Todavia, é preciso oferecer perspectiva de futuro ao preso, caso contrário, as penitenciárias vão seguir inchadas de reincidentes. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Dados referentes ao ano de 2010. Disponível em: <www.cnj.jus.br/index>. Acesso em: 10 jun. 2013.

da população carcerária não possui condenação definitiva, o que denuncia a urgente necessidade do Ministério Público e do Poder Judiciário compreenderem a legitimidade da prisão antes do trânsito em julgado como medida excepcional, exigindo a cautelaridade como pressuposto da mesma<sup>132</sup>. Em reportagem publicada no jornal Estadão do dia 21 de junho de 2010<sup>133</sup>, forçosamente conclui-se pela imprescindibilidade de prestigiarmos a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. Com relação à reincidência, a reportagem demonstra que além de desafogar as prisões superlotadas, as penas restritivas de direitos tem reduzido os índices de reincidência criminal. Uma pesquisa realizada pelo grupo de criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília entre condenados a penas restritivas, por crime de roubo e furto no Distrito Federal, revelou que a reincidência

<sup>132</sup> O Título IX do Código Penal, denominado DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA, nos termos da Lei n. 12403/11, assim determina: a) no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva; b) o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem; c) a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar; d) as medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade; e) ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentalmente: relaxar a prisão ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal, e ser revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança; f) a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares; g) nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, será admitida a decretação da prisão preventiva: nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a 4 anos; se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Código Penal; se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida; h) a prisão domiciliar consiste no reconhecimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial; i) poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: maior de 80 anos; extremamente debilitado por motivo de doença grave; imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência; gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. São medidas cautelares diversas da prisão: 1. Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; 2. Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; 3. Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; 4. Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para investigação ou instrução; 5. Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; 6. Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; 7. Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver de reiteração; 8. Fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; 9. Monitoração eletrônica.

<sup>133</sup> JORNAL ESTADÃO, São Paulo, 21 jun. 2010. Disponível em: <www.estadão.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2013.

entre eles é de 24.2% ante uma taxa de 54% entre os condenados que cumprem pena em penitenciária. No caso dos crimes mais leves, como rixa e delitos de trânsito, a reincidência cai para 1,6%, segundo as estatísticas do CNJ.

### 2.3.5 A Vigência da Norma como Bem Jurídico-Penal

Afastadas as conclusões clássicas acerca das funções da sanção criminal, torna-se imperiosa a análise do conteúdo defendido por Gunther Jakobs. Gunther Jakobs, professor e doutrinador alemão, desenvolve a estrutura de seu sistema jurídico-penal partindo da premissa na qual a função a ser exercida pela intervenção do Direito Penal na vida dos cidadãos não seria, precipuamente, a proteção ou tutela dos bens jurídico-penais<sup>134</sup> em determinado momento histórico. O entendimento de Jakobs, não obstante ser minoritário entre os estudiosos do tema, a cada dia vem conquistando adeptos por todo o mundo. Tal entendimento vem sendo denominado como *prevenção geral positiva*<sup>135</sup>. A teoria da

---

<sup>134</sup> Os bens jurídico-penais clássicos, objeto de tutela pelo Direito Penal, de que Gunther Jakobs discorda que seja papel precípua do Direito Penal tutelar, são os bens jurídicos surgidos no Estado Liberal de Direito, tais como a vida, o patrimônio, a honra, a integridade corpórea e tantos outros. Conforme desenvolvido no item n. 1.3, a Teoria do bem jurídico teve por escopo principal limitar, restringir a intervenção jurídico-penal estatal nas esferas de conveniência das classes sociais privilegiadas, e como lado outro de tal teoria, deixar de criminalizar comportamentos corriqueiramente praticados por tais classes. A teoria do bem jurídico constitui-se sim em verdadeira e efetiva garantia fundamental individual em face do arbítrio estatal, tutelando, de modo irrefutável, os interesses das classes detentoras de poder, e vulnerando, ainda mais, as classes sociais marginalizadas pelo Estado.

<sup>135</sup> *Desde el año 2003 Jakobs há abandonado las perspectivas monistas o unidimensionales y há pasado a defender una teoría de la pena que se puede calificar como mixta o unitaria. Esta terceira fase en sus reflexiones sobre la pena se caracteriza por intentar unificar las dos perspectivas anteriores, y, en síntesis, supone en certo modo una reconocitivización o desnormativización de su teoría de la pena, especialmente en lo que se refiere a los elementos preventivos (la prevención general para ciudadanos y la prevención especial negativa para enemigos). En dicha teoría se recurre tanto a elementos puramente normativos como a elementos cognitivos para explicar el papel de la pena estatal. Dicha mezcla de elementos heterogéneos provoca, en mi opinión, que la actual teoría de la pena de Jakobs incurra en los mismos defectos que él mismo – con razón – ha objetado tradicionalmente a las teorías mixtas o unitarias: quedan metidos dentro de la teoría elementos incompatibles entre sí, por lo que una teoría en la que se entremezclan elementos normativos o de significado y elementos cognitivos o fácticos referentes a efectos preventivos carece de coherencia interna. Jakobs acabado volviendo a una concepción instrumental de la prevención general como ejercicio en la fidelidad al Derecho: se trata de una dinámica dirigida a la generalidad para conseguir de forma directa un aprendizaje de la fidelidad al ordenamiento como actitud natural. Por ello el mal que supone la pena queda determinado por las necesidades para que la generalidad ejerza dicha fidelidad. La gran novedad en su nueva teoría de la pena es que no sólo tiene un peso específico el significado funcional de la pena como retribución (como contradicción comunicativa del hecho delictivo), sino también la idea de fin, y ello hasta el punto de que resulta difícil saber si en la actual teoría de la pena de Jakobs – para ciudadanos – el papel protagonista lo desempeña la prevención general positiva o el mantenimiento de la identidad o estructura normativa de la sociedad mediante la contradicción comunicativa del hecho delictivo; incluso no quedan claros los elementos: contradicción y fin preventivo. Esta nueva teoría bidimensional de la pena de Jakobs queda descompesada: toda la carga normativa de la teoría se encuentra en la retribución (en la contradicción del hecho delictivo) y la prevención general positiva se encuentra desnormativizada y con un contenido psicologista al que el propio autor parecía haber renunciado anteriormente. La necesidad de conexión con la realidad social ha transformado radicalmente la teoría de la pena de Jakobs, que se*

había quedado hasta el año 2003 en un esquema de interpretación universal de los mecanismos esenciales de la pena como fenómeno social y jurídico en cualquier tipo de sociedad. Por esta razón, precisamente, las aportaciones de Jakobs en materia de determinación de la pena durante la segunda fase de su pensamiento habían sido más bien escasas, por no decir inexistentes; es decir, la abstracción descriptiva de Jakobs dificultaba sentar las bases para una mayor concreción de la pena, no siendo posible sólo con un concepto funcional de retribución como contradicción desarrollar una teoría sobre la pena concreta; es decir, una teoría de la pena concreta a imponer. Tampoco quedaba resuelto un aspecto esencial de cualquier teoría de la pena como es la necesidad de que ésta suponga dolor o sufrimiento. Todo ello era una consecuencia de que su teoría había cortado amarras con la realidad social al no tratar suficientemente la relevancia comunicativa del delito y la reacción mediante pena por parte de los ciudadanos de una determinada sociedad. Jakobs había omitido en los años noventa el tratamiento de qué sentido tiene para los ciudadanos que el sistema castigue y que castigue más o menos. El retorno al ejercicio de la fidelidad mediante la demostración de que el delito no merece la pena establece una frontera endeble con la prevención general negativa. El propio autor en sus últimos trabajos considera que la prevención general negativa se halla contenida en la positiva. Si esto es así, en sociedades donde la tendencia dominante es a la infidelidad parece que el recurso al dolor y al sufrimiento debe ser mayor. De esta manera acaban apareciendo los problemas de toda teoría preventivo-general de carácter instrumental: la pena ya no es proporcional a la lesividad social o gravedad del hecho por sí mismo, sino a lo necesario para producir fidelidad normativa. Al menos no queda muy claro en esta nueva formulación teórica de Jakobs como, de acuerdo a estas ideas, se puede establecer una proporción entre la gravedad del hecho (su lesividad social) y la pena correspondiente a ese hecho. (CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*: seminario con Gunther Jakobs en la UAM. Prólogo de Gunther Jakobs. Madrid: Thomson Civitas. 2008. p. 145-149). Já aí se constata que Jakobs jamais foi partidário de uma teoria da prevenção em Direito Penal, ainda que grande parte da doutrina, aqui e acolá, insistia em incluí-lo entre os adeptos da prevenção positiva da pena, o que, entretanto, deve ser levado à conta do próprio autor, que, antes de meados da década de 90, não esclarecia suficientemente a distinção entre a sua justificação da pena e a posição que deveria ela ocupar na dogmática penal. Mais. Jakobs, em obras daquela época, chegava a associar quase que inteiramente a culpabilidade à prevenção, na medida em que aquela se reduzia - e se reduz, ainda - ao exercício de fidelidade ao Direito. A função da pena, para o ilustre jusfilósofo alemão, não vai além da confirmação da validade da norma penal violada. Embora dito assim posso parecer tratar-se de uma concepção reducionista e simplificadora da complexidade da vida social, é preciso que se reconheça que a teoria da pena em Jakobs é absolutamente consequente, se e desde que compreendida no âmbito de seu sistema funcional. Para começar, Jakobs, não só por esse motivo, mas também por ele, levanta fundadas dúvidas acerca da eficácia preventiva da pena, além de não acreditar ser possível qualquer aferição empírica de semelhante fundamentação (eficácia preventiva); antes, e do ponto de vista estritamente empírico, parece suspeitar que a realidade está a demonstrar exatamente o contrário, ou seja, que a probabilidade de uma ineficácia preventiva da pena é aparentemente superior ao seu oposto - a eficácia. Sabendo-se que o sistema funcional de Jakobs, como já adiantamos, pretende estruturar-se normativamente, isto é, o mais longe possível do alcance das conjecturas inerentes ao subjetivismo humano e, assim, de sondagens psicologizantes acerca do comportamento humano descrito na norma penal, não é de se estranhar a sua rejeição a um modelo que, segundo ele, não se submeteria ao controle mínimo de uma racionalidade jurídica (por que, afinal, uma norma jurídico-penal é respeitada?). A concepção segundo a qual o bem jurídico objeto de proteção do Direito Penal seria a norma penal e não bens e interesses nela acolhidos revela uma teoria da pena essencialmente não preventivista, como parece claro, a menos que se queira reconhecer, como faz Jakobs em seu Tratado, sob a rubrica da Teoria da prevenção geral positiva, que a pena se prestaria a prevenir - não delitos futuros - mas a erosão normativa da sociedade. A teoria do bem jurídico, que fundamenta as modernas teorias do delito e que atribui ao Direito Penal a função de proteger os bens (patrimoniais, morais etc) socialmente valorados, deságua inevitavelmente em concepção preventivista da pena. E assim é porque o Direito Penal somente intervém após a lesão ou dano, ou após a tentativa de dano àquilo que se convencionou denominar "bem jurídico"; sendo assim, a sua função seria, *necessariamente, preventiva*, na medida em que a sanção penal, tal como o Direito Penal a conhece, não alcança a reparação e/ou a recomposição dos danos praticados pelo agente. Jakobs, portanto, não é partidário de um modelo rigorosamente preventivista. No entanto, nem por isso ele afasta por completo a possibilidade de a imposição da pena ou a própria incriminação, em abstrato, obterem efeitos preventivos. Efeitos esses que permaneceriam latentes na pena criminal, mas que jamais se prestariam a cumprir a sua justificação radical, enquanto de pena pública se estiver cuidando. Importante, então, ressaltar que o aspecto preventivo em Jakobs diz respeito mais à função de impedimento de erosão das normas, o que ocorreria se ausentes quaisquer consequências jurídicas para o ato contrário ao Direito, que ao impedimento de novas práticas criminosas. E embora Jakobs não seja um preventivista, não vemos razão alguma para incluí-lo entre os retributivistas (a infligência de um mal - da pena -



*prevenção geral positiva* parte do paradigma de que vivemos em uma sociedade globalizada e

---

pela causação de outro – o crime). Aliás, ele não faz segredo: é tributário da concepção da pena de Hegel, frequente e inadvertidamente enquadrado entre os retributivistas. Mas, há relevantes distinções entre Hegel e Jakobs. Hegel construiu a sua ideia de sanção criminal sobre uma estrutura ética muito bem delineada e dialeticamente articulada. Para ele, a vontade (livre), expressão da liberdade (fundamento radical do Direito), para ser real há de efetivamente existir, de tal maneira eu essa existência seja o seu ser (ser da liberdade), no plano do conceito. Assim, uma violência ou coação praticadas contra tal existência da vontade implicaria, ainda no âmbito do conceito, uma autodestruição, ou seja, o não reconhecimento da liberdade como algo real. Assim, se uma vontade livre, expressão da liberdade, é coagida ou violentada, essa ação (coação e violência), abstratamente, deveria ser considerada injusta. Por isso, se o Direito é a afirmação da liberdade, estruturado em um Estado voltado para a realização ética da coexistência, o injusto, definido como crime, é a negação da liberdade, devendo se submeter, por isso mesmo, a uma outra coação, que, do mesmo modo, implique a sua destruição conceitual. Daí se afirmar que a pena seria o movimento dialético da reafirmação do Direito lesado. O crime, então, não deveria ser considerado um mal, mas uma violação ao Direito, que somente pela pena (negação da violência ou violação do Direito) poderia ser coartado. Para Hegel, portanto, o mal não é o crime, mas a existência real de uma negação da liberdade, que, sem a pena, continuaria existindo (HEGEL. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 89).

Percebe-se, sem maiores dificuldades, que Hegel não pode ser incluído entre os retributivistas, sobretudo porque ele, ao contrário de Jakobs, construiu a sua filosofia penal sobre bases materiais, isto é, a partir da definição concreto, utópica ou não (Essa é uma observação que, por exemplo, fazem Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, em *Direito penal brasileiro, I, Teoria Geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Observação, aliás, que também poderia ser feita em relação ao proletariado do marxismo mais avançado, por meio do qual se poderia manter a completa ausência das estruturas de poder com as quais uma classe social submeteria outra ou outras, pondo-se termo à luta de classes. Em ambas situações, o elemento decisivo a um ou outro propósito naufragaria, como naufraga, na dura e crua realidade de seu percurso histórico: o homem), de um modelo de Estado e de Sociedade. Em Jakobs, a pena também surge como confirmação do Direito, ou de modo mais específico, como confirmação da validade da norma penal violada. Mas, ao contrário de Hegel, o modelo de Jakobs não é material; ao contrário, orienta-se claramente por uma concepção formal de sociedade, partindo da ideia (plausível, teoricamente) de pressuposição de legitimidade das normas válidas em determinada sociedade. Em outro espaço, afirma, compreensivelmente, que as grandes mazelas sociais e a incapacidade de realização da igualdade matéria entre os membros de determinada sociedade não estão ao alcance da intervenção do Direito Penal, dele nada se podendo esperar para a conjuração de tais males. Denomina-se “funcionalismo sistêmico”, portanto, a organização normativa de determinada sociedade, compreendida a partir de si mesma, isto é, a partir de sua configuração concreta. Em determinada sociedade, a interação entre pessoas (contatos sociais) pode ser também entendida como processos de comunicação, por meio dos quais a coexistência torna-se tanto mais possível e menos onerosa socialmente quanto maior for a capacidade de cognição e de atuação de seus membros. Evidentemente, um sistema social já constituído e concretamente em funcionamento há de revelar um grau mínimo de convergência valorativa, isto é, de comunhão na identificação das necessidades vitais da interação social, o que não se aplica, à evidência, às hipóteses de sociedades politicamente totalitárias, cujas demandas públicas estejam ao alcance único de um poder tirânico. O sistema dos direitos fundamentais, tal como propugnado pelo chamado “Estado de Direito” (que há de ser democrático pelo fato de ser de Direito), ao menos em tese, pode perfeitamente ser compatível com uma abordagem de corte sistêmico, quando nada sob espaço e tempo bem delimitados. Surge, então, no sistema penal funcional sistêmico, a identidade normativa, que vem a ser a compreensão geral das regulações jurídicas, e com a qual se pode definir os âmbitos de organização pessoal na interação comunicativa, de tal maneira que tais ou quais comportamentos sejam conhecidos e esperados pelos membros da sociedade, gerando, pois, e como isso, expectativas de condutas. A ação contrária à norma penal, como ato de vontade portador de significado que é, causaria, portanto, uma defraudação da expectativa do comportamento esperado. A pena, assim ao tempo em que marginalizaria o sentido do ato praticado, viria confirmar, contrafaticamente, a validade (da vontade contida na) da norma penal contrariada, mesmo após a sua violação. Com isso, e por meio dela, segundo o autor, se daria a estabilização das expectativas, e, mais amplamente, do sistema jurídico e do próprio sistema social. A pena pública, segundo Jakobs, não pode ser reduzida à fórmula *punitur ne peccetur y punitur quia peccatum est*, não se prestando à prevenção de delitos futuros, mas à manutenção da configuração normativa concreta da sociedade, que, desde modo, a legítima. Diz ele, a pena pública é a manutenção do esquema de interpretação válido publicamente. (JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Coordenador e supervisor Luiz Moreira; Tradutores Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008a. apresentação, item IV – Tratado de Direito Penal).

bastante complexa<sup>136</sup>. Em uma sociedade complexa, a norma jurídica exerce papel fundamental no sentido de reduzir tal complexidade, propiciando a regularidade do desenvolvimento pessoal e da própria sociedade. Segundo Jakobs, cada papel social exercido por uma pessoa é gerador de inúmeras expectativas<sup>137</sup> legítimas por parte dos demais integrantes da sociedade. A defraudação de tais expectativas propicia uma desorganização social, intensificando a complexidade da sociedade globalizada, podendo redundar num caos social. **Nesse sentido, o bem jurídico-penal merecedor e legitimador da intervenção do Direito Penal seria a norma penal, e não os bens jurídicos clássicos, individuais, surgidos no Estado Liberal de Direito, como a vida, o patrimônio etc.** Importante destacar que JAKOBS não desconsidera que, com a intervenção jurídico-penal, reflexamente, haveria sim a tutela ou a proteção de tais bens jurídicos, porém esta não seria a função precípua do Direito Penal. Para a teoria da *prevenção geral positiva*<sup>138</sup>, violada a norma penal, é defraudada a expectativa normativa no sentido de que a norma seria observada, produzindo comunicação social no sentido de que a norma não deva ser observada, o que enseja uma importante desorganização social. Violada a norma penal, a função principal do Direito Penal seria intervir, objetivando negar a negação da comunicação gerada pela prática da infração penal. Com a intervenção do Direito Penal, tal intervenção, bem como a pena aplicada, atuariam

<sup>136</sup> Conforme constante do tópico n. 2.1, o modelo social desenvolvido após a Revolução Industrial é comumente intitulado de Sociedade de Riscos ou Sociedade do Risco. Tal nomenclatura é utilizada em virtude do fato de que vivemos em um momento de economia rapidamente variante e constantes avanços tecnológicos, o que nos proporciona um aumento do conforto e bem-estar, mas também nos traz um relevante aspecto negativo: o incremento dos riscos a que estamos submetidos. O sociólogo Ulrich Beck, distingue dois conceitos de modernização: a simples, ocorrida durante o período industrial, e reflexiva, ocorrida nos tempos atuais. A modernidade reflexiva deve ser entendida como o período no qual a sociedade se encontra em risco devido à constante evolução técnica da fase anterior (modernidade simples). A modernidade reflexiva pode, ainda, na linha de intelecção de Beck, ser dividida em dois estágios: o correspondente à reflexividade, que é justamente esse confronto das matrizes da modernidade industrial com as consequências de sua própria evolução; e o relacionado à reflexão, que se caracteriza pela conscientização da modernização. (CALLEGARI, André Luís (Org.). *Direito penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 11-12).

<sup>137</sup> Pretendendo-se que uma norma determine a configuração de uma sociedade, a conduta em conformidade com a norma, realmente, deve ser esperada em seus aspectos fundamentais. Isso significa que os cálculos das pessoas deveriam partir de que os demais se comportarão de acordo com a norma, isto é, precisamente, sem infringi-la. Ao menos nos casos das normas de certo peso, nas quais se pode esperar a fidelidade à norma, necessita-se de certa confirmação cognitiva para poder converter-se em real. Um exemplo extremo: quando é séria a possibilidade de ser lesionado, de ser vítima de um roubo ou talvez, inclusive, de um homicídio, em um determinado parque, a certeza de estar, em todo caso, em meu direito, não me fará entrar nesse parque sem necessidade. (JAKOBS, Gunther; CÂNCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b. p. 33).

<sup>138</sup> Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato; o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato, como a coação penal são meios de interação simbólica. (Ibid., p. 22).

contrafaticamente, resgatando a credibilidade e a validade da norma jurídica violada pelo comportamento delituoso.

Em obra intitulada *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: seminário com Gunther Jakobs en la Universidade Autónoma de Madrid*, Manuel Cancio Meliá<sup>139</sup> assim escreveu:

*[...] Ahora bien, esta conexión entre vigencia y realidad social no debe ser entendida en el sentido de que cualquier quebrantamiento convertiría en irreal a una norma, ya que ésta no configuraría actualmente la realidad social. Esta suposición sería errónea. Lo que es realidad social no lo decide un individuo, tampoco el delincuente, sino la propia sociedad. Cuando llama al delito y trata el delincuente como tal, es decir, le impone una pena, ello demuestra la realidad de la norma, su vigencia social. Por lo tanto, una norma no sólo rige socialmente cuando es cumplida, sino también cuando es mantenido contrafáticamente; pues en ambos casos, cumple la función de garantizar seguridad de expectativas.*

Para que a intervenção jurídico-penal cumpra o desiderato de resgatar a crença na necessidade de observância da norma violada, o sujeito ativo do ato criminoso deve possuir uma mínima segurança cognitiva capaz de permitir que a comunicação pretendida pela intervenção e pela penal criminal seja efetiva. Ausente essa mínima segurança cognitiva, a vigência da norma se esboroa e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente susceptível de ser vivida. Esta estrutura construída por Gunther Jakobs<sup>140</sup> é a base de todo o seu sistema jurídico-penal.

<sup>139</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: seminario com Gunther Jakobs en la UAM*. Prólogo de Gunther Jakobs. Madrid: Thomson Civitas. 2008. p. 36.

<sup>140</sup> Na obra intitulada *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, Claus Roxin assim expressa seu entendimento acerca da doutrina do injusto segundo Gunther Jakobs: esta se aproxima da concepção aqui defendida, porque, para Jakobs, - ao contrário das duas correntes finalistas -, não só conta o resultado para fundamentar o injusto, mas também enlaça ação e resultado, conforme as regras da imputação objetiva e, como já se mencionou, atribui ao significado social da conduta uma importância decisiva, de modo que ela não se deduz somente da finalidade. Em sua opinião, na configuração correta do tipo, a consumação está conectada à... lesão do bem. Até aqui estou de acordo. Entretanto, como se compatibilizaria esta doutrina do injusto com a concepção da pena de Jakobs, a qual me referi em minha primeira conferência? Como corresponde a sua exposição, o Direito Penal não protege bens jurídicos, mas a vigência da norma. Mas, se o fato punível constitui unicamente em que o autor desautoriza a norma, em suas consequências está próximo a esgotar o injusto no desvalor da ação, o que, de acordo com uma consequente aplicação de sua teoria do fim da pena, comprometeria Jakobs com a doutrina monista-subjetiva do injusto da escola de Armin Kaufmann. Nisso consiste precisamente a tese de Sancinetti, que fala de um absurdo que se apresenta quando, por um lado, se rechaça a doutrina da lesão do bem jurídico - a qual é substituída pela desautorização da norma - e, ao mesmo tempo, se estabelece uma lesão efetiva de um objeto de bem jurídico como pressuposto para o injusto consumado. Segundo Roxin, a tese de Jakobs apresenta uma contradição em seus fundamentos - ao menos isso é o que aparece, se projeta. Algumas citações o confirmam. Jakobs diz: o não reconhecimento da vigência da norma é aquilo contra o qual o Direito Penal reage. Por isso, constitui o resultado especificamente jurídico-penal. O não reconhecimento da vigência da norma pode dar-se perfeitamente sem que se produza um resultado exterior delitivo. O enunciado do desvalor da ação e do desvalor do resultado é

inadequado para explicar aquilo de que se trata; este consiste de preferência no não reconhecimento da vigência da norma mediante a expressão de sentido de uma pessoa. Caso, segundo esta afirmação, o resultado de uma ação punível radica no não-reconhecimento da norma, então o mesmo poderia ser subscrito pelos partidários da doutrina monista-subjetiva do injusto. Por isso, a chegada a esta conclusão é para Sancinetti, em relação à doutrina subjetivista do injusto, uma simples troca de nome sem a mínima variação de conteúdo. Mas Jakobs tem percebido, com clareza, a dificuldade que se levanta neste ponto para a consistência de sua concepção. Ele tenta evitar esta dificuldade afirmando que a desautorização da vigência da norma, a que conforma o fato punível, exige uma objetivação no sentido de uma significância suficiente. O não reconhecimento da vigência da norma requer como acontecimento comunicativo, sempre uma objetivação. Por isso é necessário um fato de significância para a infração da norma, daí que em relação ao acontecimento tentado o fato consumado tem forçosamente mais significação, devido à lesão do bem. Por que essa circunstância será precisamente irrelevante para o injusto, considerando-se que o injusto apresenta um aspecto externo, não tem sido fundamentado até agora. Caso esta concepção possa ser harmonizada com o ponto de partida de Jakobs, segundo o qual a proteção de bens jurídicos deve ser substituída mediante a proteção da vigência da norma, parece-me duvidoso. Naturalmente, é correto que uma desautorização da norma como algo puramente interno deve ser irrelevante; todo o mais seria um Direito penal do ânimo. Um desvalor da ação pode ser em si uma objetivação que valha como um injusto completo, caso seja concebido só como infração da norma. Mas como num caso normal de fatos consumados só uma lesão (imputável) do bem adquire a condição de um acontecimento significativo para a infração da norma, o injusto se funda realmente numa lesão do bem jurídico. Por essa razão, a tese de Jakobs, em virtude da qual o Direito penal protegeria a vigência da norma, e não bens jurídicos, encerra mais um problema terminológico. O desaparecimento da lesão do bem jurídico, que nos delitos consumados seria possível só numa forma muito artificial, mediante uma alteração de sentido da lesão por uma condição de significância da infração da norma, retoma em Jakobs vigência de uma forma expressiva na explicação da tentativa. Para ele, o fundamento da punição da tentativa radica na evidência de uma infração da norma. Como o delito ... não é basicamente uma causação de lesões de bens, senão uma lesão da vigência da norma, mesmo assim a tentativa de delito não se deve compreender primariamente sobre a base de uma colocação em perigo de bens, senão através da lesão da vigência da norma, tal como o entende Jakobs, para quem, ademais, o fundamento de punição da tentativa ... (é) o mesmo que o da consumação. Então, tentativa e consumação significam igualmente um ataque perfeito contra a vigência da norma. Esta concepção parece subjetivista quando é olhada desde minha posição baseada na lesão do bem jurídico como núcleo do injusto. Para mim, continua Roxin, o fundamento de punição da tentativa se encontra na colocação em perigo do bem jurídico. Desta forma, a classificação legal entre o castigo de uma consumação plena, o castigo atenuado da tentativa e a impunidade dos atos preparatórios, compreendem-se numa só escala, de acordo com a medida do injusto, enquanto isto não seria explicável corretamente segundo a colocação de um injusto único. Quando Jakobs concebe a tentativa como uma infração manifesta da norma e próxima ao tipo, a exigência adicional de uma proximidade do tipo está baseada nos fatos. A proximidade ao tipo não indica outra coisa que um perigo grave para o bem jurídico protegido que transcende a mera expressividade da infração da norma. Desta maneira, percebe neste lugar uma oscilação entre uma fundamentação subjetiva e objetiva que já se fez visível no delito consumado. Com o princípio, aqui defendido de uma colocação em perigo para o bem jurídico – em uma forma de lesão menor do mesmo –, pode-se explicar também a tentativa inidônea. Geralmente, esta forma de tentativa é também perigosa – com base numa valoração obrigatoriamente *ex ante*. Mas, caso um ordenamento castigue, desde o princípio, uma tentativa não perigosa, como efetivamente ocorre, ainda que numa forma restrita, com o Código Penal alemão, isto já é uma anomalia que não se harmoniza com o princípio de proteção de bens jurídicos; por isso se exige sua abolição. De outra parte, a questão de o injusto jurídico-penal ser uma lesão de um bem jurídico ou não, repercute no problema do denominado conhecimento especial. Jakobs traz o caso de um estudante de biologia, que, trabalhando como garçom, descobre uma fruta venenosa, graças a seus conhecimentos adquiridos em seus estudos, mas apesar disso serve a salada. O estudante cometeu um homicídio doloso quando o cliente morre após comer a salada? Caso se fixe a missão do Direito Penal na proteção de bens jurídicos, então não haverá dúvida alguma a respeito: o estudante, ao servir a salada envenenada, criou um risco mortal para a vida do cliente que também se realizou no resultado. Frente a isso, Jakobs admite um ataque à vigência da norma que, para ele, é decisivo quando alguém infringe as exigências da função social na qual atua. Considerando que o estudante de biologia atua como garçom, não necessita incluir seu conhecimento de estudante nessa atividade, de maneira que para esta concepção não se produz um homicídio. Mas esta solução, segundo Roxin, não parece convincente. O Direito Penal considera a proteção da vida humana como uma de suas tarefas principais, e o comprovam os correspondentes tipos penais. Esta proteção se restringe certamente mediante a justificação e as regras de imputação, mas concretizando-se de uma forma socialmente razoável. Não fica claro que interesse poderia existir para que um homicídio doloso ocorrido de um modo absurdo, mas facilmente

Na apresentação da obra *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e da culpabilidade*, o professor mineiro Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>141</sup>, destaca:

Pode-se afirmar que a grande distinção teórica do sistema funcional de Jakobs reside no conceito de bem jurídico penal, que nele assume contornos até então não delineados pela Teoria do Delito da modernidade. Enquanto a ideia de bem jurídico para o Direito Penal, pelo menos desde Birnbaum e Binding, na Alemanha, sempre esteve associada à proteção daqueles bens e/ou interesses culturalmente cultivados e assim valorados em determinada comunidade jurídica, em Jakobs o que pode ser qualificado como bem jurídico penal é precisamente a norma penal, de cuja proteção há de cuidar o Direito Penal, por meio daquilo que se denomina ‘sanção penal’. Já aí se constata que Jakobs jamais foi partidário de uma teoria da prevenção em Direito Penal, ainda que grande parte da doutrina, aqui e acolá, insista em incluí-lo entre os adeptos da *prevenção positiva da pena*, o que, entretanto, deve ser levado à conta do próprio autor, que, antes de meados da década de 90, não esclarecia suficientemente a distinção entre a sua justificação da pena e a posição que deveria ela ocupar na dogmática penal. Mais. Jakobs, em obras daquela época, chegava a associar quase que inteiramente a culpabilidade à prevenção, na medida em que aquela se reduzia – e se reduz, ainda – ao exercício de fidelidade ao Direito. A função da pena, para o ilustre jusfilósofo alemão, não vai além da confirmação da validade da norma penal violada. Embora dito assim possa parecer tratar-se de uma concepção reducionista e simplificadora da complexidade da vida social, é preciso que se reconheça que a teoria da pena em Jakobs é absolutamente consequente, se e desde que compreendida no âmbito de seu sistema funcional. Para começar, Jakobs, não só por esse motivo, mas também por ele, levanta fundadas dúvidas acerca da eficácia preventiva da pena, além de não acreditar ser possível qualquer aferição empírica de semelhante fundamentação (eficácia preventiva); antes, e do ponto de vista estritamente empírico, parece suspeitar que a realidade está a demonstrar exatamente o contrário, ou seja, que a probabilidade de uma *ineficácia* preventiva da pena é aparentemente superior ao seu oposto – a *eficácia*<sup>142</sup>.

---

evitável, não possa alcançar semelhante qualificação. Claus Roxin conclui nos seguintes termos: a proteção de bens jurídicos não só governa a tarefa político-criminal do Direito Penal, mas também a sistemática da teoria do injusto. O Direito penal protege, no marco do alcance de seus tipos penais, os bens jurídicos frente os riscos não permitidos. Por isso, a proteção de bens jurídicos e a teoria da imputação objetiva são componentes irrenunciáveis num processo social de ponderação da matéria correspondente à proibição. Outras teorias do injusto, as que concebem a imputação objetiva errônea, ou que limitam o injusto ao desvalor da ação, ou que renunciam categoricamente a proteção de bens jurídicos, deveriam estar dispostas a fazer concessões como as que realizo em minha concepção aqui exposta; ao contrário, serão, em muitos aspectos, insuficientes. (ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a. p. 55).

<sup>141</sup> JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Coordenador e supervisor Luiz Moreira; Tradutores Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008a. apresentação, item n. IV.

<sup>142</sup> Sabendo-se que o sistema funcional de Jakobs, como já adiantamos, pretende estruturar-se *normativamente*, isto é, o mais longe possível do alcance das conjecturas inerentes ao subjetivismo humano e, assim, de sondagens psicologizantes acerca do comportamento humano descrito na norma penal, não é de se estranhar a sua rejeição a um modelo que, segundo ele, não se submeteria ao controle mínimo de uma racionalidade jurídica (por que, afinal, uma norma jurídico-penal é respeitada?). A concepção segunda a qual o bem jurídico objeto de proteção do Direito penal seria a *norma penal* e não os bens jurídicos e interesses nela

Os doutrinadores desenvolvem as funções ou finalidades da sanção criminal tendo como base apenas e tão somente a pena privativa de liberdade. As visões das prevenções geral e especial da pena não conseguem ter rendimento em todas as espécies de sanção previstas no

---

acolhidos revela uma teoria da pena essencialmente *não preventivista*, como parece claro, a menos que se queira reconhecer, como faz Jakobs em seu Tratado, sob a rubrica da *Teoria da prevenção geral positiva*, que a pena se prestaria a *prevenir – não delitos futuros – mas a erosão normativa da sociedade*. A teoria do bem jurídico, que fundamenta as modernas teorias do delito e que atribui ao Direito Penal a função de proteger os bens (patrimoniais, morais etc.) socialmente valorados, deságua inevitavelmente em uma concepção preventivista da pena. E assim é porque o Direito somente intervém *após* a lesão ou dano, ou *após* a tentativa de dano àquilo que se convencionou denominar “bem jurídico”; sendo assim, a sua função seria, necessariamente, preventiva, na medida em que a sanção penal, tal como o Direito Penal ainda a conhece, não alcançando a reparação e/ou a recomposição dos danos praticados pelo agente. Evidentemente que essa também deve ser uma preocupação indeclinável em uma ordem jurídica; no entanto, não vem sendo ainda reservada ao Direito Penal, mas ao Direito Civil, Administrativo ou qualquer outro no qual o conflito emergente do caso penal possa ou deva ser *personalizado ou individualizado*. [...] E embora Jakobs não seja um *preventivista*, não vemos razão alguma para incluí-lo entre os *retributivistas* (a inflição de um mal – da pena – pela causação de outro – o crime). Aliás, ele não faz segredo: é tributário da concepção da pena de Hegel, frequente e inadvertidamente enquadrado entre os retributivistas. Mas, há relevantes distinções entre Hegel e Jakobs. Hegel construiu a sua ideia de sanção criminal sobre uma estrutura ética muito bem delineada e dialeticamente articulada. Para ele, a vontade (*livre*), expressão da *liberdade* (fundamento radical do Direito), para ser real há de efetivamente *existir*, de tal maneira que essa existência seja o seu *ser* (ser da liberdade), no plano do conceito. Assim, uma violência ou coação praticadas contra tal existência da vontade implicaria ainda no âmbito do *conceito*, uma autodestruição, ou seja, o não reconhecimento da liberdade como algo real. Assim, se uma vontade livre, expressão da liberdade, é coagida ou violentada, essa ação (coação e violência), abstratamente, deveria ser considerada *injusta*. Por isso, se o Direito é a afirmação da liberdade, estruturado em um Estado voltado para a realização ética da coexistência, o injusto, definido como *crime*, é a negação da liberdade, devendo se submeter, por isso mesmo, a uma outra coação, que, do mesmo modo, implique a sua destruição *conceitual*. Daí se afirmar que a pena seria o movimento dialético da reafirmação do Direito lesado. O crime, então, não deveria ser considerado um *mal*, mas uma violação ao Direito, que somente pela pena (negação da violência ou violência do Direito) poderia ser coartado. Para Hegel, portanto, o mal não é o crime, mas a *existência real* de uma negação da liberdade, que, sem a pena, continuaria existindo (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 89). Percebe-se, sem maiores dificuldades, que Hegel não pode ser incluído entre os retributivistas, sobretudo porque ele, ao contrário de Jakobs, construiu a sua filosofia penal sobre bases *materiais*, isto é, a partir da definição concreta, utópica ou não, de um modelo de Estado e de Sociedade. Em Jakobs, a pena também surge como confirmação do Direito, ou de modo mais específico, como confirmação da validade da norma penal violada. Mas, ao contrário de Hegel, o modelo de Jakobs não é *material*; ao contrário, orienta-se claramente por uma concepção formal de sociedade, partindo da ideia (plausível, teoricamente) de pressuposição de legitimidade das normas válidas em determinada sociedade. Em outro espaço, afirma, compreensivelmente, que as grandes mazelas sociais e a incapacidade de realização da igualdade material entre os membros de determinada sociedade não estão ao alcance da intervenção do Direito Penal, dele nada se podendo esperar para a conjuração de tais males. [...] Em determinada sociedade, a interação entre pessoas (contatos sociais) pode ser também entendida como processos de comunicação, por meio dos quais a coexistência tornar-se tanto mais possível e menos onerosa socialmente quanto maior for a capacidade de *cognição* e de *atuação* de seus membros. [...] A ação contrária à norma penal, como ato de vontade portador de significado que é, causaria, portanto, uma *defraudação* da expectativa do comportamento esperado. A pena, assim, ao tempo em que *marginalizaria* o sentido do ato praticado, viria confirmar, *contrafaticamente*, a validade (da vontade contida na) da norma penal contrariada, mesmo após a sua violação. Com isso, e por meio dela, segundo o autor, se daria a sua violação. Com isso, e por meio dela, segundo o autor, se daria a *estabilização das expectativas*, e, mais amplamente, do sistema jurídico e do próprio sistema social. A pena pública, segundo Jakobs, não pode ser reduzida à fórmula *punitur ne preccetur y punitur quia peccatum est*, não se prestando à prevenção de delitos futuros, mas à manutenção da configuração normativa concreta da sociedade, que, desde modo, a legitima. Diz ele, *a pena pública é a manutenção do esquema de interpretação válido publicamente*. (JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Coordenador e supervisor Luiz Moreira; Tradutores Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008a. apresentação n. IV).

artigo 32 do Código Penal Brasileiro. As penas restritivas de direitos não exercem a faceta da *prevenção especial negativa* (neutralização ou inocuização), assim como a pena de multa (dívida de valor, nos termos do artigo 51 do Código Penal brasileiro). A sanção criminal de multa jamais cumprirá o papel da *prevenção especial positiva* (ressocialização). Apenas no âmbito da pena privativa de liberdade é possível a reflexão acerca da *prevenção especial negativa*. Entretanto, entendemos não ser função da pena ou do Direito Penal a *prevenção geral negativa* e as *prevenções especiais positiva e negativa*. Jamais foi e será função da sanção penal a ressocialização do condenado, sendo tal escopo externo ao Direito Penal. Com lastro na análise realizada de modo exaustivo na presente tese, forçosa a conclusão no sentido de que o papel precípua a ser exercido pela pena é o de reafirmar a vigência e a validade da norma violada pelo comportamento infrator, estabilizando expectativas normativas legítimas e, em consequência, reduzindo a complexidade da sociedade complexa (*prevenção geral positiva*). Indicutível que, reflexamente, a intervenção do Direito Penal e a fixação em concreto de pena tutela bens jurídicos clássicos. Gunther Jakobs jamais negou tal conclusão.

Forçosa a conclusão, com a devida licença aos que pensam em sentido contrário, que a função e a consequente legitimação da intervenção jurídico-penal sejam a tutela do bem jurídico “norma penal” e não dos bens jurídicos típicos do Estado Liberal de Direito, que tiveram por escopo a efetivação dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Defender as teorias da *prevenção geral negativa* e da *prevenção especial positiva e negativa* (exceto no tocante à pena privativa de liberdade - inocuização gerada pela restrição de liberdade), significa fechar os olhos para o passado e contribuir para a não superação do paradigma liberal-individualista que sempre orientou a atuação do Direito Penal. O Direito Penal necessita, urgentemente, se modernizar para abarcar comportamentos praticados pelas classes privilegiadas que são tão nefastos à efetivação de direitos fundamentais sociais. Para quem e contra quem tem o Direito Penal historicamente servido? Quais são os fenômenos que tem impulsionado a Política Criminal no sentido da expansão do Direito Penal? Qual a legitimidade de tal expansão ou modernização?

### **3 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL**

O fenômeno de Política Criminal conhecido por Expansão ou Modernização do Direito Penal tem sido objeto de intensas críticas nos dias atuais. As principais críticas são no sentido de que tal fenômeno de Política Criminal seria ilegítimo por desbordar da estrutura garantista do Direito Penal forjada no Estado Liberal de Direito. A intervenção jurídico-penal tem modificado o seu instrumental de combate a criminalidade típica da sociedade complexa, assim como buscado tutelar interesses metaindividuais, o que tem propiciado a intervenção do Direito Penal em condutas típicas dos integrantes das classes sociais privilegiadas econômico-financeiramente. Fechar os olhos para a Expansão ou Modernização do Direito Penal é o maior dos equívocos que se pode cometer. Qual seria, então, o estado atual da Política Criminal?

#### **3.1 O Estado Atual da Política Criminal**

O Direito Penal mundial tem experimentado o que se denomina Expansão ou Modernização da intervenção jurídico-penal. Para que se tenha condições de tecer críticas a tal fenômeno de Política Criminal, é imprescindível o conhecimento das principais causas que o tem impulsionado a se expandir ou modernizar-se. Quais seriam, portanto, os principais fenômenos responsáveis pela expansão do Direito Penal?

##### **3.1.1 Os Fenômenos Expansivos**

O ordenamento jurídico brasileiro e, de modo específico, o ordenamento jurídico-penal sempre foi pautado por um paradigma ideológico liberal-individualista, buscando dar respostas eficazes, portanto, aos conflitos de interesses individuais. Entretanto, o momento histórico pós-revolução industrial fez surgir novos interesses ou direitos que não se amoldavam, de modo estrito, nem ao conceito de interesse público, muito menos à conceituação de interesse privado.

A sociedade pós-industrial caracterizou-se pela produção em massa das indústrias, o que redundou no aparecimento de novos interesses ou direitos a serem tutelados pelo Estado. Com o objetivo de responder de modo eficaz aos anseios sociais no sentido da tutela desses novos interesses ou direitos é que o Direito Penal tem se modernizado ou se expandido, sendo objeto de inúmeras críticas, algumas fundadas, outras não podemos afirmar o mesmo.



Silva Sánchez<sup>143</sup>, sobre a sociedade pós-industrial, manifesta-se nos seguintes termos:

*La sociedad postindustrial es, además, de la ‘sociedad del riesgo’ tecnológico, una sociedad con otros caracteres individualizadores, que convergen en su caracterización como una sociedad de ‘objetiva’ inseguridad. De entrada, debe significarse que el empleo de medios técnicos, la comercialización de productos o la utilización de sustancias cuyos posibles efectos nocivos no se conocen de modo seguro y, en todo caso, se manifestarán años después de la realización de la conducta, introducen un importante factor de incertidumbre en la vida social. El ciudadano anónimo se dice: ‘nos están ‘matando’, pero no acabamos de saber a ciencia cierta ni quién ni cómo ni a qué ritmo’. En realidad, hace tiempo que los especialistas han descartado la, por lo demás remota, posibilidad de neutralizar los nuevos riesgos, incidiéndose más bien en que debe profundizarse en los criterios de distribución eficiente y justa de los mismos – existentes y en principio no neutralizables -. El problema, por tanto, no radica ya sólo en las decisiones humanas que generan los riesgos, sino también en las decisiones humanas que los distribuyen. Y si bien es cierto que son muchos los que propugnan la máxima participación pública en las correspondientes tomas de decisión, no lo es menos que, de momento, las mismas tienen lugar en un contexto de casi total opacidad. Todo ello pone de relieve que, en efecto, nos ha tocado vivir en una sociedad de enorme complejidad en la que la interacción individual – por las necesidades de cooperación y de división funcional – ha alcanzado niveles hasta ahora desconocidos. Sin embargo, la profunda interrelación de las esferas de organización individual incrementa la posibilidad de que algunos esos contactos sociales, redunden en la producción de consecuencias lesivas. Dado que, por lo demás, dichos resultados se producen en muchos casos a largo plazo y, de todos modos, en un contexto general de delitos de resultado de lesión se muestran crecientemente insatisfactorios como técnica de abordaje del problema. De ahí el recuro cada vez más asentado a los tipos de peligro, así como a su configuración cada vez más abstracta o formalista (en términos de peligro presunto).*

O professor Luciano Feldens, na obra Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público, assim se expressa acerca de tal quadra da história:

Deveras, no limiar do século XXI, os fatos postam-se em nítida transformação, investindo as relações sociais de alta dose de complexidade. O avanço tecnológico verificado precipuamente nos segmentos de transporte e comunicação houve por transmutar sobejamente as relações de tempo e espaço nas quais está imersa a sociedade, oferecendo campo fértil à erupção de um fenômeno que, conectado ao modelo político predominante, provocou a ruptura de uma práxis, irradiando viscerais implicações sobre o sistema jurídico [...]. A sociedade contemporânea, nesse contexto, passa a ser vista como sociedade de massa. *Pari passu*, novos espectros de interesses e novas dimensões de direitos – sociais, coletivos e difusos – foram cunhados a partir

<sup>143</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo; Buenos Aires: Ibdef, 2006. p. 15-17.

do modelo de Estado Democrático de Direito e aí estão, muitos deles, bradando por efetiva proteção jurídica [...].

Buscando efetivar as normas constitucionais, principalmente as normas constitucionais que preveem direitos sociais fundamentais, o Direito Penal tem modificado seu modo de combater a criminalidade moderna. Novos interesses sociais surgiram, bem como tem ocorrido uma reavaliação dos interesses já existentes. A expansão<sup>144</sup> ou modernização do Direito Penal pode ser dividida em formal e material. O aspecto formal refere-se à inflação legislativa no sentido de criminalizar comportamentos, vale dizer, o legislador tem se valido, cada vez mais, ao Direito Penal, para buscar resolver problemas sociais. **É no tocante ao aspecto material da expansão do Direito Penal que residem as principais críticas daqueles detentores do que denominamos discurso da resistência.** Mas, efetivamente, quais tem sido e estão sendo as causas da modernização ou expansão do Direito Penal?

### 3.1.1.1 Os Novos Interesses e o Aparecimento de Novos Riscos

A sociedade mundial passou a conviver com o risco frequente de danos graves aos novos interesses ou direitos, como o meio ambiente, a ordem econômica, a ordem tributária e tantos outros. Tais interesses ou direitos podem ser definidos como transindividuais ou metaindividuais, tendo sua conceituação legal prevista, no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor<sup>145</sup> (Lei n. 8078/90).

<sup>144</sup> *Si se quisiera encontrar un denominador común de lo que está sucediendo con el Derecho penal ultimamente, éste seguramente estaría en la idea de expansión utilizada por Silva Sánchez para darle título a su decisiva monografía en la materia. En efecto, cabe observar cómo se produce en todo Occidente una evolución en la que el Derecho penal pasa a primera línea de la política cotidiana, en un clamor que demanda en todas partes una mayor intervención de la pena pública. En correspondencia, en el plano del Derecho positivo, se va cosntruyendo un marco general en el que una legislación puramente simbólica e impulsos punitivistas de diversa proveniencia se potencian mutuamente cada vez con mayor intensidad, desembocando en una expansión cuantitativa y cualitativa del Derecho penal. Como es lógico – y han subrayado diversos autores -, determinados segmentos de este proceso de expansión son consecuencia ordinaria de un mecanismo de actualización social del ordenamiento penal, o sea, que reflejan unicamente modificaciones **aseguradas** em términos de evolución social, es decir, suponen una actualización justificada del ordenamiento. Sin embargo, y con independencia de la extensión concreta que quiera atribuirse a ese segmento justificado de la expansión, también es claro que en muchas ocasiones no hay más modificación en la estructura social que atender que un cambio de orientación en la actitud político-criminal básica: casos en los que no cambia la realidad del delito como acto socialmente lesivo, sino la valoración social del acto, y ello como consecuencia de una reordenación valorativa general del fenómeno delictivo. (CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*: seminario com Gunther Jakobs em la UAM. Prólogo de Gunther Jakobs. Madrid: Thonson Civitas. 2008. p. 66-77).*

<sup>145</sup> A Lei n. 8078/90 – Código de Defesa do Consumidor -, em seu artigo 81 trouxe uma conceituação legal de interesses transindividuais: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por

O professor Jesús Maria Silva Sánchez<sup>146</sup>, no importante trabalho intitulado *La expansión<sup>147</sup> del Derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, manifesta-se no seguinte sentido:

*El derecho penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya a la aparición de nuevos bienes jurídicos – de nuevos intereses o de de nuevas valoraciones de intereses preexistentes -, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridade, que podría legitimar su protección a través del derecho penal. Las causas de la probable existencia de nuevos bienes jurídico-penales son, seguramente, distintas. Por un lado, cabe considerar la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían - o no con la misma incidència -, y en cuyo contexto há de vivir la pesona, que se ve influída por una alteración de aquéllas; así, a mero título de ejemplo, las instituciones econômicas del*

---

circunstâncias de fato; II. Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

<sup>146</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo; Buenos Aires: Ibdef, 2006. p. 11-12.

<sup>147</sup> *Un término que ha utilizado Silva Sánchez en una monografía de gran repercusión en la discusión, dedicada a caracterizar en su conjunto de política criminal de las sociedades postindustriales (la expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 1 edición 1999, 2 edición, 2001, passim; traducción alemana de la primeira edición: Die Expansion des Strafrechts. Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften, 2003; sobre el libro de Silva Sánchez, vid. Sólo Lorenzo Copello, RDPCr 12 (2003), pp. 441 y ss); acerca de la evolución general de la política criminal en los últimos años, cfr. también las exposiciones críticas de los autores de la escuela de Frankfurt recogidas en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995 (= La insostenible situación del Derecho penal, 2000); cfr. también las contribuciones reunidas en Luderksen (ed.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, cinco tomos, 1998. Desde luego, son los estudios planteados desde esa perspectiva teórica los que en muchos casos han contribuido a poner en marcha la discusión la discusión; cfr. también la crítica de SCHUNEMANN, GA 1995, pp. 201 y ss. (=ADPCP 1995, pp. 187 y ss.); al respecto, vid, también, por todos, el análisis crítico del potencial de la aproximación personal a la teoría do bien jurídico – esencial en las construcciones de los autores de Frankfurt – desarrollado por MUSSIG, RDPCr 9 (2000), pp. 169 y ss. (= Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema, 2001, passim). En la bibliografía española reciente, cfr. sólo los trabajos de Sánchez García De Paz, El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal, 1999, passim; Mendoza Buergo, El Derecho penal en la sociedad de riesgo, 2001, passim; Zúñiga Rodríguez, Política criminal, 2001, pp. 252 y ss.; Soto Navarro, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, 2003. Desde otra perspectiva, más amplia en el tiempo, vid. el análisis de orientación sociológica acerca de la expansión como ley de evolución de los sistemas penales hecho por MULLER-TUCKFELD, Integrationspravention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts, 1998, pp. 178 y ss., 345. Adopta una posición político-criminal de orientación completamente divergente de la de las voces críticas antes citadas – como ya muestra de modo elocuente el título – ahora GRACIA MARTÍN, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de la criminalidad, 2003; vid. también, relativizando la justificación del discurso globalmente crítico, POZUELO PÉREZ, RDPP 9 (2003), pp. 13 y ss. (JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 90-91).*

*crédito o de la inversión. Por otro lado, debe aludirse al deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en nuestros días empiezan a manifestar-se como bienes escasos, atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de modo expreso; por ejemplo, el medio ambiente. En tercer lugar, hay que contemplar el incremento esencial de valor que experimentan, como consecuencia del cambio social y cultural, ciertas realidades que siempre estuvieron ahí, sin que se reparara en las mismas; por ejemplo, el patrimonio histórico-artístico. Entre otros factores.*

Não obstante o reconhecimento dos citados interesses no âmbito social, muito pouco se avançaria socialmente na hipótese do ordenamento jurídico se omitir, de modo inadmissível, no sentido da não disponibilização às autoridades constituídas de um instrumental apto à tutela dos novos interesses. Os adeptos da teoria do bem jurídico, objetivando que os novos interesses fossem abarcados por ela, passaram a desenvolver uma tese intitulada desmaterialização do bem jurídico ou espiritualização do bem jurídico<sup>148</sup>. Desde já queremos expressar nossa compreensão contrária a tal entendimento. A ideia de desmaterialização ou espiritualização do bem jurídico significa o reconhecimento pelo Direito

---

<sup>148</sup> Na senda evolutiva dos fatos sociais, o sistema jurídico – referimo-nos, à vista desta terminologia, ao direito positivo, acompanhado da doutrina e da jurisprudência – vem paulatinamente acolhendo novas ordens de direitos, afastando-se, assim, de uma concepção obsoleta a qual, denotando uma espécie de monocultura jurídica, reconhecia como tais apenas aqueles bens ou interesses suscetíveis de apropriação ou invovação individual. Nesse diapasão, *pari passu* aos direitos congnominaados de primeira geração – ou dimensão -, designativos dos direitos individuais, passamos a conceber direitos então de segunda, terceira e quarta gerações, a retratarem, respectivamente, os direitos sociais, os direitos de fraternidade em geral (v.g., paz social) e o direito da condição política do homem: o direito à democracia. A depender do critério de discrimen utilizado – e estes são realmente variados -, haverá, ainda, quem sustente a existência de uma quinta dimensão de direitos. Essa classificação é destacada, entre os nacionais, por José Alcebíades de Oliveira Júnior, em ancoragem à doutrina de Norberto Bobbio: “para que melhor se possa compreender a condição de sujeito de direito e cidadão, é preciso considerar o que Bobbio denomina de uma evolução histórica e sucessiva dos direitos e que teria passado pelas seguintes fases: a)1 geração: os direitos individuais, que pressupõe a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente. Tal como assinala o professor italiano, esses direitos possuem um significado filosófico-histórico da inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos, à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional; b)2 geração: os direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta. Trata-se da passagem das liberdades negativas, de religião e opinião, p. ex., para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado; c)3 geração: os direitos transindividuais, também chamados coletivos e difusos, e que basicamente compreendem os direitos do consumidor e os direitos relacionados à questão ecológica; d) 4 dimensão: os direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnológica e à bioengenharia, e que tratam de questões sobre a vida e a morte, e que requerem uma discussão ética prévia; 5 dimensão: os advindos com a chamada realidade virtual, que compreendem o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando o rompimento de fronteiras, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas” (“Cidadania e novos direitos”. OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997. p. 192-193. Do mesmo autor, e no mesmo sentido, *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2000. p. 85-86). (FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 27-28).

Penal da existência de bens jurídico-penais desbordados da essência da individualidade. A teoria do bem jurídico surgiu com o único propósito de limitar a intervenção do *ius puniende* estatal. A teoria do bem jurídico sempre teve por escopo a tutela dos direitos fundamentais de primeira dimensão, isto é, direitos fundamentais atrelados à noção de liberdade, exigindo por parte do Estado uma não atuação ou, em outras palavras, uma abstenção. A tese da desmaterialização ou espiritualização do bem jurídico é absolutamente incompatível com a premissa originária da mesma, tendo em vista que a teoria do bem jurídico sempre teve por finalidade limitar ou restringir a atuação do Direito Penal e jamais o papel de pretender impulsionar e legitimar a expansão do referido ramo do direito público. Em outras palavras, a busca pelo Direito Penal de legitimar sua modernização ou sua expansão com fulcro na compreensão da existência de bens jurídico-penais espiritualizados ou desmaterializados constitui, pedindo licença aos que pensam em contrário, um grande equívoco técnico. O reconhecimento de critérios objetivos e seguros para a definição do que venha a ser um bem jurídico-penal individual é, e sempre foi, um dos grandes problemas da ciência penal. Querer fundamentar a expansão do Direito Penal no reconhecimento da desmaterialização do bem jurídico nos parece um grave equívoco.

O professor Luciano Feldens<sup>149</sup>, manifesta-se acerca da função do Direito Penal nos seguintes termos:

Ao Direito Penal, nessa perspectiva, reserva-se uma missão de inquestionável relevância, voltada à conferência de especial proteção a essas objetividades que, alçadas ao plano constitucional – circunstância a já denotar a sua essencialidade -, carregam consigo a nota da transindividualidade: os direitos e interesses coletivos e difusos, os quais, a partir de sua incorporação pelo sistema jurídico-penal, se habilitariam a ser categorizados, também, como bens jurídicos coletivos e difusos.

Com o surgimento dos interesses metaindividuais, o poder constituinte derivado reformador<sup>150</sup>, de modo legal e legítimo, passou a elaborar e a aprovar leis com o fito de

---

<sup>149</sup> FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 31.

<sup>150</sup> O poder constituinte pode ser definido nos seguintes termos: a) poder constituinte originário; b) poder constituinte derivado reformador; c) poder constituinte derivado decorrente; e d) poder constituinte derivado de revisão. O poder constituinte originário é aquele que estabelece uma cisão com a ordem constitucional anterior, positivando uma nova ordem constitucional. Tal o poder é soberano, independente, autônomo, ilimitado, não encontrando obstáculos jurídicos na constituição do novo sistema constitucional. O poder constituinte derivado reformador deriva do poder constituinte originário, tendo como papel precípua alterar, de modo formal, o texto constitucional estabelecido pelo poder constituinte originário. Se o poder constituinte originário é soberano, independente, ilimitado, o mesmo não se pode dizer em relação ao poder derivado reformador. O poder constituinte derivado reformador é detentor de inúmeras limitações, como as limitações

proteger tais interesses<sup>151</sup>, o que foi e tem sido objeto de inúmeras críticas por parte dos estudiosos do Direito Penal que permanecem atrelados ao paradigma ideológico liberal-individualista. Sobre a tese da espiritualização ou desmaterialização do bem jurídico-penal, duas teorias principais buscam o seu significado no âmbito jurídico-penal: teoria dualista<sup>152</sup> e

---

formais, materiais e circunstanciais. É através da denominada Emenda Constitucional que o poder derivado reformador se materializa e, em consequência, altera o texto constitucional. Importante destacar que para que ocorra alteração formal no texto constitucional, a proposta de Emenda Constitucional deve ser aprovada em cada Casa do Congresso Nacional por três quintos de seus membros e em dois turnos de votação. Destaca-se que o Congresso Nacional é integrado por representantes do povo (Câmara dos Deputados) e representantes dos Estados (Senado Federal).

<sup>151</sup> *En los últimos años se evidencia un proceso de crisis de principios fundadores del Derecho penal motivado, entre otras causas, por la proliferación de bienes jurídicos penales colectivos, cuyas características y modalidades de ataque cuestionan el esquema del Derecho penal clásico* (HASSEMER, ADPCP (I), 1993, p. 77 y ss.; HASSEMER/MUNOZ CONDE, **La responsabilidad**, 1995, p. 18 y ss.; MOCCIA, **De la tutela de bienes**, 1997, p. 115 y ss.) *Um ejemplo de lo afirmado lo constituye la construcción de Sgubbi sobre los intereses difusos. Para este autor, el bien jurídico, como objeto del ilícito penal, se presenta como un dato que trascende al derecho singular del individuo privado. El paso del “derecho subjetivo” al “bien jurídico” (como elemento caracterizante del objeto del ilícito penal) tuvo lugar, según el citado autor, en un momento histórico en el cual la burguesía tendía a ideologizar y a conferir valor absoluto a sus conquistas y a sus instrumentos de dominio. Así que necesitaba, según la hipótesis sostenida por Sgubbi – olvidar y, por tanto, superar aquella relación “sujeto-cosa” que el concepto de derecho subjetivo evoca inmediatamente y que degrada a un plano de fenómenos particulares, como el “patrimônio” o la “conquista patrimonial” que, en cambio, se conciben de forma hipostática como entidades autónomas, como un valor en sí mismo y no por su relación con un individuo. Lo cierto es que en los últimos decenios se está asistiendo a la configuración como bienes jurídico-penales “postmodernos” de realidades de escasa aprehensibilidad como el funcionamiento del sistema económico o la ordenación del territorio. Estos bienes jurídicos colectivos vagos, difíciles de individualizar y de precisar hacen al Derecho Penal franqueable a la Política Criminal. La abstracción de la realidad configurada como bien jurídico se intenta compensar con el proceso de sobredimensionar la actividad penal. El resultado es un empobrecimiento de los presupuestos de la punibilidad, la cual se hace depender exclusivamente de la comprobación de la conducta peligrosa* (HASSEMER, Grundlinien, 1989, p. 88-89. Así también MAURACH/ZIPF, AT, 1992, p. 268-269, *consideraron que el bien jurídico no puede ser reducido a una fría abstracción y en especial no puede ser concebido de forma independiente de su titular, una tal generalización equivaldría a un total vaciado del concepto bien jurídico*). *Este análisis de la realidad conduce a la pretensión de que la existencia de nuevos fenómenos de criminalidad tienen que suponer una adaptación de los principios fundadores del Derecho penal, en especial, legalidad o bien jurídico a los mismos y no al revés que es lo que procede.* (SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dyrkinson, S. L, 2000. p. 37-38).

<sup>152</sup> Las construcciones dualistas parten de la existencia de dos clases o modalidades en la titularidad de los bienes jurídico-penales: la del Estado y la del individuo a la manera de “dos columnas” paralelas sin criterio común superior que permita decantarse por la preeminencia de una u otra clase de bienes. Esta concepción, minoritaria en la Doctrina, es sostenida por Tiedemann quien contraponen bienes jurídicos individuales y supraindividuales como categorías independientes y desconectadas. En consecuencia, para este autor la protección de bienes supraindividuales como los intereses de la sociedad o la economía constituyen fines en sí mismos. De esta forma, se aporta un planteamiento ecuaníme, evitando pronunciarse sobre la prelación entre bienes jurídico-penales individuales o colectivos. Pero por este mismo eclecticismo esta teoría no soluciona el problema, limitándose a realizar un análisis descriptivo o sistemático que no llega al fondo de la cuestión. Cuestión que no es otra que la de la propia concepción del Derecho penal y la de su conexión con uno u otro modelo de Estado. Un ejemplo de la forma de operar del dualismo lo evidencia el razonamiento que hace Tiedemann en la justificación de la punición de los delitos contra el mercado de valores. Según este autor, las nuevas formas de agresión a bienes jurídico-penales, tradicionalmente definidos, hacen necesarias nuevas clases de bienes jurídicos: los bienes jurídicos supraindividuales. Del mismo modo que el tráfico de drogas protege la salud pública sin que nadie se rasgue las vetaduras, también es digno de protección jurídico-penal el funcionamiento del mercado de valores (TIEDEMANN, Lecciones, 1993, p. 34-36. Pero, como afirma TERRADILLOS, *Derecho penal de la empresa*, 1995, p. 47, “entre el conductismo economicista y el absentismo autocomplaciente, hay posibilidades intermedia.” (Ibid., p. 84-85).

teoría monista<sup>153</sup>.

<sup>153</sup> A diferencia de las teorías dualistas, las concepciones monistas consideran que la fundamentación de la titularidad de los bienes jurídico-penales es excluyente, pues o bien se sostiene que sólo pueden ser titulares de bienes jurídico-penales el ser humano en función del cual se instrumentan los supraindividuales (monismo personalista), o bien se considera que el bien jurídico-penal hay que referirlo a la sociedad, al Estado (monismo colectivista). Como advierte HASSEMER, las teorías monistas, tanto las que conciben el Derecho penal desde el punto de vista del individuo como las que lo conciben desde el punto de vista de la colectividad, determinan a los titulares de los bienes jurídicos unitariamente desde un único principio. Este principio es el fin del Derecho, el cual se centra bien en la protección del Estado e de la Comunidad, bien en la protección de la persona individual. La concepción monista colectivista se sostiene en un primer momento por autores como BINDING, quien, de acuerdo con su concepción del Derecho penal y su teorías de las normas, sólo reconoce la existencia de bienes jurídicos de la comunidad (BINDING, *Die Normen*, 1872, p. 194 y ss; HASSEMER, *Handlexikon*, 1972, p. 320; AMELUNG, *Rechtsguterschutz*, 1972, p. 73 y ss.; HORMAZABAL MALARÉE, *Bien jurídico*, 1991, p. 38 y ss., p. 55 y ss.) Con posterioridad, las aquí denominadas concepciones “monistas colectivistas” han tenido, y tienen en la actualidad, tres exponentes: dos de ellos en contextos dictatoriales y que son los de la Escuela penal de Kiel, en la que nos centraremos por su transcendencia efectiva y como motivo decisivo de contraste en la Europa Occidental, y la concepción marxista del Derecho penal. El otro exponente se está desarrollando otro en el seno de las sociedades democráticas alcanzado predicamento en la actualidad a través de la construcción sostenida por el funcionalismo. En la Escuela Penal de Kiel la figura del bien jurídico atraviesa dos sucesivas etapas. En un primer momento, que podríamos denominar de afirmación ideológica de la nueva concepción del Derecho penal, el concepto de bien jurídico se considera como “un elemento perturbador” debido a su marcado carácter liberal. Como disse gráficamente Amelung, refiriéndose a la argumentación político-jurídica de un representante de esta Escuela: “causa de las objeciones alegadas por Schaffstein contra la teoría del bien jurídico es el esfuerzo por borrar del universo conceptual de la dogmática jurídico penal nacional-socialista las concepciones liberales (AMELUNG, *Rechtsguterschutz*, 1972, p. 231; GALLAS, *Zur Kritik*, 1936, p. 53, reconoce que el concepto de bien jurídico, y el correlativo contraste del mismo mediante el actuar antijurídico, aparece como resultado de una forma de pensar individualista-liberal en la que la misión del Derecho penal se agota en determinar la “esfera de los intereses del individuo, o de la personalidad del Estado estimada conforme esta dirección”). El valor más elevado para el pensamiento nacional-socialista lo constituía no el particular sino el Pueblo. Su protección constituía la función más importante del Derecho penal, no considerándose igualmente significativa que la protección de cada uno de sus componente. El Pueblo es más que una suma de individuos que viven en comunidad, Tampoco es el pueblo un sistema organizado para la consecución de intereses, ni sociedad sino comunidad cuya unión se mantiene a través de los lazos de la fidelidad. El delito no es, por ello, lesión de intereses, los cuales fueron designados por la teoría liberal de Liszt como bienes jurídicos, sino la infracción de la fidelidad que el particular debe al pueblo. Es evidente que en esta construcción doctrinal en la que el individuo queda obviado en favor de la comunidad, cualquier referencia a la libertad para disponer de los bienes jurídicos personales queda mediatizada por las exigencias o necesidades del pueblo. No existen, además, puntos de fricción entre las esferas de autodeterminación individual y de actuación estatal porque en el modelo de sociedad propuesto, sólo existe Estado, fines estatales y ciudadanos instrumentalizados para a satisfacción de éstos. El Derecho penal no es más que el medio eficaz para lograr expeditivamente los mismos. Las garantías liberales, entre ellas el concepto de bien jurídico, no son más que obstáculos. Así, por poner un ejemplo sumamente ilustrativo de la socialización de los bienes jurídico-penales personalísimos: la eutanasia no es concebida como un derecho individual del ciudadano a disponer de su vida, sino como un instrumento para preservar la pureza de la sangre. Es el monismo colectivista elevado a su máxima expresión. Con posterioridad, esta teoría va a ser sostenida desde las filas del funcionalismo ortodoxo. En esta posición se encontrarán autores que tienen como denominador común proponer la sustitución del bien jurídico por otras categorías. La razón de esta sustitución, también otra vez, hay que encontrarla en la interferencia liberal que supone ahora la categoría bien jurídico para los logros del Estado social com relación al cual el funcionalismo se presenta como su sociología legitimadora. Dentro de este grupo encontraríamos a autores como Amelung, el cual propone sustituir el concepto de bien jurídico por el de funcionalidad de los sistemas sociales o Jakobs que concibe el bien jurídico-penal “como áquel orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad. Desde este planteamiento la figura del individuo queda solapada ou mediatizada por los aspectos normativos-colectivistas: sociedad, Constitución, identidad normativa. Para Jakobs el individuo, la subjetividad se mide por la sociedad, siguiendo los planteamientos del funcionalismo Luhmaniano. Esto es tanto como decir, traduciendo esta afirmación al Derecho penal, que éste se mide por normas, derivaciones de lo social, y no por bienes jurídicos,

Partimos da premissa de que a função a ser exercida pelo Direito Penal não é a tutela de bens jurídicos, mas sim a reafirmação da validade e da credibilidade da norma violada pelo Comportamento delituoso, nos exatos termos da premissa defendida por Gunther Jakobs. Não divergimos do entendimento no qual, reflexamente, a intervenção do Direito Penal tem o condão de tutelar bens jurídicos individuais, bem como interesses transindividuais. O nosso entendimento parte do fato de que as normas jurídicas são elaboradas de modo válido e legítimo, até porque o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de vários mecanismos para a realização da denominada filtragem constitucional das normas infraconstitucionais. O texto legal é detentor das presunções relativas de legalidade, legitimidade e veracidade. Este é o ponto. O Poder Legislativo Federal, constituído pela Câmara dos Deputados (representantes do povo) e pelo Senado Federal (representantes dos Estados), possui legitimidade para criminalizar, através de tipos penais incriminadores, qualquer modalidade de comportamento que vá de encontro à estrutura principiológica da Constituição da República<sup>154</sup>. A Constituição

---

*manifestación del liberalismo individualista. La subjetividad asociada al bien jurídico resulta mediatizada por lo social. Al individuo no se le considera em sí mismo sino por el rol que desempeña en la sociedad y al bien jurídico por la importancia que tiene para la sociedad. Bens jurídicos como la salud, la libertad, la propiedad no están siempre ahí, sino que su esencia reside en desempeñar una función, es decir, en la conexión social de surtir y recibir efectos. Por ello, según Jakobs, una norma puede proteger un bien no contra todo, sino sólo contra aquellos riesgos que no sean consecuencia necesaria de los contactos sociales permitidos [...]. (SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dyrkinson, S. L, 2000. p. 85-87).*

<sup>154</sup> CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7, X; art. 227, §4). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, **o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente**. Modelo exigido de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). **O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens**. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – **o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso** (*Übermassverbot*) **e como proibição de proteção deficiente** (*Untermassverbot*) -, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 104.410 Rio Grande do Sul*. Pacte.(s): Aldori Lima ou Aldori de Lima. Impte.(s) :Defensoria Pública da União. Proc.(a/s)(es): Defensor Público-Geral Federal. Coator(a/s)(es): Relator do Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 984616 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 6 mar. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em: 10 jun. 2013).



da República prevê instrumentos de controle de constitucionalidade<sup>155</sup> dos textos legais elaborados pelo Congresso Nacional, buscando preservar o decidido por todos, via Poder Constituinte Originário. A discussão acerca da fundamentação e da legitimação do surgimento de tipos penais incriminadores, com base na teoria do bem jurídico e na tese da desmaterialização do mesmo, apresenta-se como secundária. Na verdade, os defensores da teoria do bem jurídico tem se valido da seguinte estratégia: a teoria do bem jurídico sempre foi e ainda é a teoria vencedora na história no sentido de legitimar a intervenção do Direito Penal na vida dos cidadãos. O Direito Penal deveria modernizar-se, adequando-se às peculiaridades e às exigências da sociedade globalizada e bastante complexa. Como explicar a tutela penal do meio ambiente? Como explicar a tutela penal do mercado financeiro? Como explicar a tutela penal da ordem tributária? Como explicar, portanto, a modernização ou a expansão do Direito Penal? Como a teoria do bem jurídico sempre obteve grande aceitação na Ciência Penal, encontraram na espiritualização do bem jurídico um fundamento capaz de adequar a modernização do Direito Penal à estrutura clássica e liberal que sempre norteou tal

---

<sup>155</sup> O legislador constituinte originário criou mecanismos através dos quais se controlam os atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na Constituição da República. Como requisitos fundamentais e essenciais para o controle, lembramos a existência de uma constituição rígida e a atribuição de competência a um órgão para resolver os problemas de Constitucionalidade, órgão este que variará de acordo com o sistema de controle adotado. Constituição rígida é aquela que possui um processo de alteração mais dificultoso, mais árduo, mais solene do que o processo legislativo de alteração das normas não constitucionais. A Constituição brasileira é rígida, diante das regras procedimentais solenes de alteração previstas em seu art. 60. A ideia de controle, então, emanada da rigidez, pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema. A Constituição de 1988, elaborada pela *Assembléia Nacional Constituinte*, convocada pela EC n. 26, de 27.11.85, trouxe quatro principais novidades no sistema de controle de constitucionalidade. Em relação ao controle concentrado em âmbito federal, ampliou a legitimação para a propositura da representação de inconstitucionalidade, acabando com o monopólio do Procurador-Geral da República. Em consonância com o art. 103 da CR/88, o art. 2 da Lei n. 9868/99, legalizando o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, estabelece que a ação direta de inconstitucionalidade poderá ser proposta pelos seguintes legitimados: *Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou Governador do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação do Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional*. Estabeleceu-se, também, a possibilidade de controle de constitucionalidade das omissões legislativas, seja de forma concentrada (ADI por omissão, nos termos do art. 103, §2), seja de modo incidental, pelo controle difuso (*mandado de injunção*, nos termos do art. 5, inciso LXXI). Por fim, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, facultou-se a possibilidade de criação de da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), no parágrafo único do art. 102. Posteriormente, a EC 03/93 estabeleceu a ação declaratória de constitucionalidade e reenumerou o parágrafo único do art. 102 da CR/88, transformando-o em parágrafo primeiro, manteve a redação original da previsão da ADPF, nos seguintes termos: “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. Finalmente a EC 45/04 (Reforma do Judiciário) ampliou a legitimação ativa para o ajuizamento da ADC (ação declaratória de constitucionalidade), igualando aos legitimados da ADI (ação direta de inconstitucionalidade), previstos no art. 103 e estendeu o efeito vinculante, que era previsto de maneira expressa somente para a ADC, agora, também, (apesar do que já dizia o art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9868/99 e da jurisprudência do STF) para a ADI.

disciplina jurídica. Entretanto, ressalta-se que a teoria do bem jurídico, na sua origem, teve por finalidade essencial a limitação ou restrição do *ius puniendi* estatal. Por outro lado, a mesma jamais constituiu instrumento legitimador e impulsionador da intervenção jurídico-penal.

O Poder Legislativo Federal seria, então, ilimitado para a criação de tipos penais incriminadores? A resposta é desenganadamente negativa. O Parlamento, como todos os brasileiros, está atrelado às normas constitucionais. Konrad Esse, na obra *A Força Normativa da Constituição*, há muito dizia que é preciso ter vontade de Constituição. **A estrutura principiológica do texto constitucional, bem como os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil**<sup>156</sup>, necessariamente e de modo cogente, servirão de vetor hermenêutico àqueles incumbidos da elaboração de leis visando ao atingimento de tais desideratos. O Poder Judiciário deverá estar atento e firme para afastar do ordenamento jurídico brasileiro tipos penais incriminadores que estejam destoantes dos citados vetores hermenêuticos. E aqui reside um ponto fulcral. O mesmo Poder Judiciário também deverá estar igualmente atento e atuante para validar novos tipos penais incriminadores que busquem efetivar normas constitucionais, propiciando o desolvimento

---

<sup>156</sup> Conferindo-lhes – como também aos direitos sociais – assento constitucional, erige-os à categoria de direitos fundamentais, dotando-os, por conseguinte, do mais elevado grau de positividade jurídica. Demais disso, e como nota essencial, estabelece, no plano normativo-institucional, garantias aptas a fazê-los efetivados e respeitados. Ao Direito penal, nessa perspectiva, reserva-se uma missão de inquestionável relevância, voltada à conferência de especial proteção a essas objetividades que, alçadas ao plano constitucional – circunstância a já denotar a sua essencialidade –, carregam consigo a nota da tansindivualidade: os direitos e interesses coletivos e difusos, os quais, a partir de sua incorporação pelo sistema jurídico-penal, se habilitariam a ser categorizados, também, como bens coletivos e difusos. Ainda que por um lado se repila reementemente a ideia de um Direito Penal a funcionar como instrumento, mesmo qu auxiliar, na realização (perspectiva positiva) de políticas públicas e sociais, ao veraz argumento de que outros instrumentos mais apropriados, e menos invasivos, se projetam a tal finalidade, por outro, deposita-se nessa disciplina jurídica, hialina e inegavelmente, a missão de coibir (perspectiva negativa) aquelas condutas que revelem hipótese de dano – ou mesmo ameaça de sua ocorrência – a bens ou interesses que se mostrem vitais à sociedade como tal. Definitivamente, e em tom de esclarecimento, como já anotara Boaventura de Souza Santos, não se está a sustentar que as tensões e antinomias que subjazem à contratualização social sejam resolúveis exclusivamente pela via contratual (SANTOS, Boaventura de Souza. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: HELELR, Agnes. *A crise de paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. p. 35), mas de aplicar, em toda a sua dimensão, o *corpus* normativo desse contrato social a partir de sua expressão política mais legítima, a Constituição, porquanto nela residem os valores sociais, culturais e econômicos que constituem a própria sociedade. Importar-nos-a, nesse contexto, observar e fomentar a legitimidade da ação do Estado em situações que tais, atuando de forma constitucionalmente vinculada na tutela penal daquelas objetividades jurídicas que retratem não apenas direitos ou interesses individuais, mas especialmente coletivos e difusos, tais como concebidos na Constituição da República, presente a principiologia (fundamentos, objetivos e os princípios da República) dela despontante (Título I da Constituição da República). (FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 30-32). Concordamos em quase tudo defendido pelo professor Luciano Feldens. Pedimos licença para discordar apenas e tão somente quanto à questão relativa à teoria do bem jurídico e à ideia de bens jurídico-penais coletivos ou difusos. Nos parece, sem dúvida alguma, que a principiologia constitucional seja o correto vetor hermenêutico para a necessidade de surgimento de novos tipos penais incriminadores.

social, bem como que cada ser humano possa, livremente, desenvolver sua personalidade e construir sua história de vida. Com a mesma relevância, deve o Poder Judiciário observar a independência e a harmonia entre os Poderes, sob pena de ruir, talvez o mais importante alicerce da democracia, que é a legitimação das normas jurídicas. Não é demais destacar que, nos termos do art. 60,§4, inciso IV, da Constituição da República de 1988, a separação dos Poderes constitui cláusula pétrea. O professor Kildare Gonçalves Carvalho<sup>157</sup>, na obra *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*, discorre sobre o tema nos seguintes termos:

Como princípio organizatório estrutural, uma constante do Estado de Direito, a separação de poderes de que cuidamos neste Capítulo tem em vista a denominada repatrição horizonte (de órgãos e funções). Há ainda a denominada repartição vertical que visa delimitar as competências e as relações de controle segundo critérios fundamentais territoriais ou espaciais, envolvendo a competência, no Estado Federal, dos entes federados, e, no Estado Unitário e Autônomo, a competência das regiões e dos órgãos locais. Fala-se, finalmente, na repartição ou divisão social de funções, aludindo-se à distribuição de poder entre o Estado e outros titulares de poderes públicos não-estatais, como os sindicatos. [...] O princípio da separação de Poderes encontrou em Montesquieu seu expoente máximo. Antes, porém, Aristóteles, na Antiguidade grega, havia tratado do tema, ao distinguir a assembleia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário (deliberação, mando e julgamento). Aristóteles construiu sua teoria a partir do exame de inúmeras Constituições concretas. Disso resultou a aceitação, por parte do filósofo grego, da ideia de Constituição mista, ou seja, aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício do governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todos. Assim, a melhor Constituição é a mista, porque só ela tem em conta, ao mesmo tempo, os ricos e os pobres. Locke e Bolingbroke formularam a teoria da separação de Poderes, em função da realidade constitucional inglesa. É de Locke a afirmação de que há três Poderes: Legislativo, Executivo e Federativo. O Poder Federativo se refere ao direito de fazer a paz e a guerra, de celebrar tratados e alianças e de conduzir os negócios com pessoas e comunidades estrangeiras, e corresponde a uma faculdade de cada homem no estado natural, antes, pois, de entrar em sociedade. Relativamente ao Poder Legislativo, a comunidade delega à maioria parlamentar o exercício do poder de fazer as leis. Há assim uma supremacia do Poder Legislativo dentro do Estado. Há necessidade, contudo, de uma exigência de separação de Poderes (orgânico-pessoal) entre o Poder Legislativo e Poder Executivo: para que a lei seja imparcialmente aplicada é necessário que não a apliquem os mesmos homens que a fazem, pois não há nenhum titular do Poder que dele não possa abusar. Locke menciona ainda um quarto Poder, a Prerrogativa, que compete ao monarca, para a promoção do bem comum, onde houver omissão ou lacuna da lei (*the power of doing public good without a rule*). Montesquieu trata do princípio da separação dos Poderes, no Capítulo VI do

---

<sup>157</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição*. Direito constitucional. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 142-143.

Livro XI de *O Espírito das leis*. Referido Capítulo tem por epígrafe: ‘Da Constituição de Inglaterra’, parecendo então que o tema da separação de Poderes se reduzia ao Capítulo sobre a Constituição de Inglaterra. Até Montesquieu, falava-se em função legislativa e função executiva, às quais o autor de *O Espírito das leis* acrescenta a função judicial, embora não mencione o termo Poder Judiciário [...].

O tema relativo à intervenção do Poder Judiciário nas esferas dos Poderes Legislativo e Executivo é um dos mais relevantes no atual momento do Constitucionalismo. O professor português J. J. Gomes Canotilho<sup>158</sup>, sobre a separação dos Poderes, traz a seguinte contribuição:

A Separação dos Poderes é tema referido em toda disciplina jurídica de Direito Público, que o trata segunda sua evolução histórica e em nível de sistematização, com ênfase na distinção material das funções do Estado – cada uma delas cabe a um órgão ou grupo de órgãos específicos -, bem como na menção à separação orgânica fundada naquela distinção material. Pela sua relevância no Direito Público e especialmente no Direito Constitucional, o princípio da separação dos Poderes tem acarretado significativa controvérsia doutrinária, que vai da apologia à rejeição. A apologia da separação dos Poderes tem raízes históricas, e a sua rejeição baseia-se em argumentos de ordem jurídico-rationais relacionados, sobretudo, com o princípio da unidade do poder. Assinala Canotilho que, em ‘em termos jurídico-positivos’, a compreensão material das estruturas organizatório-funcionais implica: (1) atriculação necessária das *competências e funções* dos órgãos constitucionais com o cumprimento das *tarefas* atribuídas aos mesmos; (2) consideração das normas organizatórias não com meros *preceitos de limites* materialmente vazios (típicos de um Estado Liberal tendencialmente abstencionista), mas como verdadeiras normas de *acção* (típicas de um Estado intencionalmente constitutivo), definidoras das tarefas de conformação econômica, social e cultural confiadas às várias constelações orgânico-constitucionais; (3) atribuição de um carácter de acção aos preceitos organizatórios o que implica, concomitantemente, a articulação das normas de competência com a ideia de *responsabilidade constitucional* dos órgãos constitucionais (sobretudo dos órgãos de soberania) aos quais é confiada a prossecução autónoma de tarefas; (4) apuramento de uma noção de *controle constitucional* que não se limite a enfatizar unilateralmente o controle jurídico das inconstitucionalidades e se preocupe também com as sanções políticas pelo não-cumprimento das tarefas constitucionais distribuídas pelos órgãos de soberania.

Destaca-se que, nos termos do artigo 60, §4, inciso IV, da Constituição da República, a separação de Poderes constitui cláusula pétrea. Cláusula pétrea significa normas que, por constituírem-se pilares de nosso ordenamento jurídico, seu núcleo essencial é protegido face tentativas de reduzi-lo, em outras palavras, o núcleo essencial de cláusula pétrea não pode ser reduzido, sendo vedada qualquer deliberação parlamentar com esse escopo. Portanto, o tema

<sup>158</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 487.

acerca dos limites do Poder Judiciário na intervenção nos Poderes Legislativo e Executivo torna-se extremamente relevante em um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o Poder Judiciário somente está autorizado a intervir no processo legislativo quando o mesmo não estiver em consonância com as normas constitucionais, isto é, quando o processo legislativo redundar na criação de uma norma jurídica que **desborde da conformação do atuar legislativo pautado pelo postulado da proporcionalidade**<sup>159</sup>.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal e professor Gilmar Mendes<sup>160</sup>, sobre o poder de conformação do Poder Legislativo, discorre nos seguintes termos:

É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato

<sup>159</sup> **El principio de proporcionalidade** es quizá del conjunto de principios fundadores del Derecho penal el que mayor arraigo tiene en la conciencia popular. Pero, una vez superado su nivel básico de comprensión, aparecen en torno a él numerosas controversias sobre su origen y extensión. Ubicación sistemática y criterios de articulación. Es, además, el que de forma más reiterada y evidente se conculca en la configuración de los bienes jurídico-penales colectivos por dos razones fundamentales: por la desmesura que supone incorporar tipos de peligro abstracto y por la falta de un modelo cierto en la prlación de bienes jurídico-penales individuales y colectivos. Estas dos circunstancias motivan que em el nuevo Código Penal (español), pese a los avances realizados se pueda afirmar le quedan todavía asignaturas pendientes al principio da proporcionalidade. La Constitución española no contiene tampoco, una manifestación expresa sobre este principio. Pero, esto no há sido obstáculo para que la generalidade de la Doctrina haya encontrado fundamentación constitucional a este principio derivándolo de diferente preceptos, algunos de los cuales operan como criterios de concreción del mismo (dignidade, humanidad, igualdad) – (GUNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, p. 229, pone de manifiesto la necesidad del principio de proporcionalidade como principio abierto que ha de articularse a través de otros subprincipios o en ámbitos de aplicación sistemáticos del hecho penal – en el tipo, la antijuridicidade, la culpabilidad, la medición de la pena o el proceso penal) – de la forma de Estado ou de la idea de libertad, sin necesidad de acudir a la denominada “fuerza expansiva” o “eficácia irradiante” de los derechos fundamentales [...]. Como criterio regulativo general de la proporcionalidade em um Estado Democrático, propone MIR PUIG la referencia a la **transcendencia social**. Ésta se determinará a través de la moralidade social que resulte socialmente útil, com lo que ambos conceptos no aparecen em relación de antíteses, sino em una relación sintética. Ahora bien, esta relación sintética no se establece em términos de igualdad, sino de preeminência. Por ele, si bien moral social y utilidade social no son conceptos opuestos em su origen, es lo cierto que podrían divergir. En la práctica conductas de carácter moral cuyo fundamento de utilidade há desaparecido con la evolución social y con relación a las cuales la sociedade es consciente de esa contradicción, deberían resolverse em favor de la conciencia que la Sociedad tien de su no utilidade [...]. Por lo demás, los preceptos constitucionales suministran significativas pautas que no ha de desconocer el legislador y cuya conculcación podría ser objeto de control jurisdiccional. Partiendo de esta afirmación, con carácter general, Montovoni considera que la pena de los diferentes delitos debería ser proporcionada a la diversa importância de los valores tutelados según la jerarquía deducible, no siempre fácilmente, de la Constitución y de la realidade sócio-cultural. Anadiendo que también la calificación de la infracción criminal como delito o como contravención debería, además hacerse depender de la importância del valor constitucionalmente tutelado y del grado de ofensa al mismo. (SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dyrkinson, S. L., 2000. p. 179-182).

<sup>160</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 217-218.

legislativo. Como se vê, a inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. Não se trata, propriamente, de sindicat *os motivi interior volizione* legislativa. Também não se cuida de investigar, exclusivamente, a finalidade da lei, invadindo seara reservada ao Poder Legislativo. Isso envolveria o próprio mérito do ato legislativo. Na Alemanha, a Corte Constitucional assentou, em uma de suas primeiras decisões (23.10.1951), que a sua competência se cingia à apreciação da legitimidade de uma norma, sendo-lhe defeso cogitar de sua conveniência (*Zweckmassigkeit*). Todavia, ‘a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial (Pierandrei, Corte costituzionale, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., pág. 906’; cf., também o art. 28 da Lei n. 87, de 1953, que organiza a Corte Constitucional italiana, *verbis*: ‘*il controllo di legittimitá della Corte Costituzionale su una legge esclude ogni valutazione di natura politica ed ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale*’). O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, ideia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o *poder de conformação* dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. Por outro lado, o poder de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar, no sentido de assegurar uma proteção suficiente dos direitos fundamentais (*Unterassverbot*).

Na hipótese do Parlamento produzir um texto legal distoante da estrutura principiológica constitucional, **orientado pela proporcionalidade e pela razoabilidade**<sup>161</sup>, é

<sup>161</sup> Nesse sentido, assim se manifesta o professor Humberto Ávila: uma das grandes dúvidas concernentes à aplicação do postulado da proporcionalidade é a relativa à intensidade do controle a ser exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos dos Poderes Executivo e Legislativo. Além das considerações já feitas sobre o controle fraco, no que se refere ao exame da adequação, ainda é preciso acentuar que o exercício das prerrogativas decorrentes do princípio democrático deve ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, especialmente porque restringe direitos fundamentais. Em vez de *insinducabilidade* dessas decisões (*Nichtjustitiabilitat*), é preciso verificar *em que medida* essas competências estão sendo exercidas. Nesse sentido, é importante encontrar critérios que aumentem e que restrinjam o controle material a ser exercido pelo Poder Judiciário. De um lado, o âmbito de controle pelo Poder Judiciário e a exigência de justificação da restrição a um direito fundamental deverá ser *tanto maior* quanto maior for: (1) a condição para que o Poder Judiciário construa um juízo seguro a respeito da matéria tratada pelo Poder Legislativo; (2) a evidência de equívoco da premissa escolhida pelo Poder Legislativo como justificativa para a restrição do direito fundamental; (3) a restrição ao bem jurídico constitucionalmente protegido; (4) a importância do bem jurídico constitucionalmente protegido, a ser aferida pelo seu caráter fundante ou função de suporte relativamente a outros bens (por exemplo, vida e igualdade) e pela sua hierarquia sintática no ordenamento constitucional (por exemplo, princípios fundamentais). Presentes esses fatores, maior deverá ser o controle exercido pelo Poder Judiciário, notadamente quando a premissa utilizada pelo Poder Legislativo for *evidentemente errônea*. Isso porque incumbe ao Poder Judiciário “avaliar a avaliação” feita pelo Poder Legislativo (ou pelo Poder Executivo) relativamente à premissa escolhida, **justamente porque o Poder Legislativo só irá realizar ao máximo o princípio democrático se escolher a premissa concreta que melhor promova a finalidade pública que motivou sua ação ou se tiver uma razão justificadora para ter se afastado da escolha da melhor premissa** (grifo nosso). Se o Poder Legislativo podia ter avaliado melhor, sem aumento de gastos, a sua competência não foi exercida em consonância com o princípio democrático, que lhe incumbe realizar ao máximo. De outro lado, o âmbito de controle pelo Poder Judiciário e a exigência de justificação da restrição a um direito fundamental deverá ser *tanto menor*, quanto mais: (1) duvidoso for o efeito futuro da lei; (2) difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da matéria; (3) aberta for a prerrogativa de ponderação atribuída ao Poder Legislativo pela Constituição. Presentes esses fatores, menor deverá ser o controle exercido pelo Poder Judiciário, já que se torna mais difícil uma decisão autônoma desse Poder. Em qualquer caso – e este é o ponto decisivo – caberá ao Poder Judiciário verificar se o legislador fez

competência do Poder Judiciário intervir, assegurando o definido pelo Poder Constituinte Originário, bem como pelo Poder Constituinte Derivado reformador. Entretanto, por mais que discorde do conteúdo do texto legal produzido com observância do devido processo legislativo, carecerá de legitimidade o Poder Judiciário para afastar, do ordenamento jurídico, tal norma<sup>162</sup>.

---

uma avaliação objetiva e sustentável do material fático e técnico disponível, se esgotou as fontes de conhecimento para prever os efeitos da regra do modo mais seguro possível e se se orientou pelo estágio atual do conhecimento e da experiência. Se tudo isso foi feito – mas só nesse caso – a decisão tomada pelo Poder Legislativo é justificável (*vertretbar*) e impede que o Poder Judiciário simplesmente substitua a sua avaliação. Mas, veja-se: a decisão a respeito da justificabilidade da medida adotada pelo Poder Legislativo é o resultado final do controle feito pelo Poder Judiciário e, não, uma posição rígida e prévia anterior a ele. Sem o controle do Poder Judiciário não há sequer como comprovar a justificabilidade da medida adotada por outro Poder. Todas essas considerações levam ao entendimento de que o controle de constitucionalidade poderá ser maior ou menor, mas sempre existirá, devendo ser afastada, de plano, a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro Poder por causa do princípio da separação dos Poderes. **O princípio democrático só será realizado se o Poder Legislativo escolher premissas concretas que levem à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais** (grifo nosso). Os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada. A tese da insindicalidade das decisões do Poder Legislativo, sustentada de modo simplista, é uma monstruosidade que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da universalidade da jurisdição. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 174-176).

<sup>162</sup> Controle de constitucionalidade de leis penais. Mandatos Constitucionais de Criminalização: as margens de ação conferidas constitucionalmente ao legislador em matéria penal e **sua limitação pelo princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*)**. A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas. Menciona-se, a propósito, as seguintes disposições constantes do art. 5: “XLI - a lei punirá discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”; Também o art. 7, inciso X, contempla norma clara a propósito: “Art. 7 São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”. Em sentido idêntico dispõe o art. 227, §4, da Constituição: “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] §4. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.” Também o art. 225, §3, dispõe de forma semelhante: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para presentes e futuras gerações. [...] §3. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens envolvidos (FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 80 e seg.). Em verdade, tais disposições traduzem uma outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional. Tal concepção legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa - *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, no julgamento do Habeas Corpus n. 104.410/RS, acerca do controle pelo Poder Judiciário das leis penais, corroborando nosso entendimento, assim se manifesta:

Em muitos casos, a eleição da norma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discricção legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a um certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação (Cfr: Alexy, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. *Revista Espanhola de Derecho Constitucional*.

---

fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*) – (HESSE, Konrad, *Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 16. ed. Heidelberg, 1988. p. 155-156). A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação (HESSE, Konrad. *Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit. p. 156). Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização. A jurisprudência da Corte Constitucional Alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros. Essa interpretação da Corte Constitucional empresta, sem dúvida, uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de “*adversário*” para uma função de guardião desses direitos. É fácil ver que a ideia de um dever genérico de **proteção fundado nos direitos fundamentais** relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica. Assim, ainda que não e reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: a)dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta; b)dever de segurança (*Sicherheitslicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; c)dever de evitar riscos (*Rikiskoplicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico. Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental. Assim, as normas constitucionais brasileiras referidas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte e traduzido em mandatos de criminalização expressos dirigidos ao legislador. Como bem anota Luciano Feldens (FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005), os mandatos constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais. Registra-se que os mandatos de criminalização expressos não são uma singularidade da Constituição brasileira. Outras Constituições adotam orientações assemelhadas (Cf. Constituição espanhola, art. 45, 1, 2 e 3; art. 46, “c”, e art. 55; Constituição italiana, art. 13; Constituição da França, art. 68; Lei Fundamental da Alemanha, art. 26, I). É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo “catálogo” de mandatos de criminalização expressos de que se tem notícia. Ao lado dessa ideia de mandatos de criminalização expressos, convém observar que configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção mediante a criminalização de condutas. Outras vezes cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícito, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucionalmente adequado (Habeas Corpus n. 104.410/RS).



Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, n. 66, ano 22, p. 13-64, sep.-dic./2002) para decidir quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo **princípio da proporcionalidade**. **Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*)**. No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intercessão. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada ('Uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de excesso, para a concretização da proibição de insuficiência, não é, pois, aceitável, ainda que, evidentemente, também aqui considerações de proporcionalidade desempenhem um papel, tal como em todas as soluções de ponderação'. CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedida, 2003). O ato não será adequado caso não proteja o direito de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição deficiente pode ser observada na segunda decisão sobre o aborto (*BverfGE* 88, 203, 1993)<sup>163</sup>. Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade. A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*): a proibição de excesso (*Übermassverbot*) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) como limite mínimo de intervenção legislativa penal. Abre-se, como isso, **a possibilidade do controle de constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal**. Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, **que a mesma Constituição também impõem ao legislador limites do**

<sup>163</sup> O *Bundesverfassungsgericht* assim se pronunciou: "O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência). [...] É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência [...]. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada; Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações sustentáveis [...]". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 104.410 Rio Grande do Sul*. Pacte.(s): Aldori Lima ou Aldori de Lima. Impte.(s) :Defensoria Pública da União. Proc.(a/s)(es): Defensor Público-Geral Federal. Coator(a/s)(es): Relator do Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 984616 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 6 mar. 2013.

**dever de respeito ao princípio da proporcionalidade**<sup>164</sup>, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade

<sup>164</sup> Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade. O Direito Penal é certamente o instrumento mais contundente de que se vale o Estado para disciplinar a conduta dos indivíduos. Na medida em que a pena constitui a forma de intervenção estatal mais severa no âmbito de liberdade individual, e que, portanto, o Direito Penal e o Processual Penal devem revestir-se de maiores garantias materiais e processuais, o controle de constitucionalidade em matéria penal deve ser realizado de forma ainda mais rigorosa do que aquele destinado a averiguar a legitimidade constitucional de outros tipos de intervenção legislativa em direitos fundamentais dotados de menor potencial ofensivo. Em outros termos, se a atividade legislativa de definição de tipos e cominação de penas constitui, *prima facie*, uma intervenção de alta intensidade em direitos fundamentais, a fiscalização jurisdicional da adequação constitucional dessa atividade deve ser tanto mais exigente e rigorosa por parte do órgão que tem em seu encargo o controle da constitucionalidade das leis. Esse entendimento pode ser traduzido segundo o *postulado do princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, o qual, como ensina Alexy, “pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores há de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção” (ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes). A tarefa do Tribunal Constitucional é, portanto, a de fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa em matéria penal, lastreado pelo princípio da proporcionalidade, seguindo, dessa forma, a máxima: *quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional*. Essas são as premissas para a construção de um modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade. Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã. Na famosa decisão (*Urteil*) *Mitbestimmungsgesetz*, do Primeiro Senado, de 1 de março de 1979, prolatada na audiência de 28, 29 e 30 de novembro de 1 de dezembro de 1978 – *BVerfGE 50, 290* –, o Tribunal Constitucional alemão distinguiu os seguintes graus de intensidade do controle de constitucionalidade das leis: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). No primeiro nível, o controle de constitucionalidade realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico. **A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador são visivelmente inidôneas para a efetiva proteção desse bem jurídico.** [...]. No segundo nível, o controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (*Vertretbarkeiteskontrolle*) está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento da promulgação da lei (*BVerfGE 50, 290*). Também na decisão *Muhlenstrukturgesetz* (*BVerfGE 39, 210*), o Tribunal Constitucional alemão fixou esse entendimento, nos seguintes termos: “O exame de constitucionalidade compreende primeiramente a verificação de se o legislador buscou inteirar-se, correta e suficientemente, da situação fática existente à época da promulgação da lei. O legislador tem uma ampla margem de avaliação (discricionariedade) na avaliação na avaliação dos perigos que ameaçam a coletividade. Mesmo quando, no momento da atividade legislativa, parece remota a possibilidade de ocorrência de perigos para um bem coletivo, não é defeso ao legislador que tome medidas preventivas tempestivamente, contanto que suas concepções sobre o possível desenvolvimento perigoso no caso de sua omissão, não se choquem de tal sorte com as leis da ciência econômica ou da experiência prática, que elas não possam mais representar uma base racional para as medidas legislativas [*BVerfGE 25, 1 (17); 38, 61 (87)*]. Nesse caso, deve-se partir fundamentalmente de uma avaliação de relações (dados da realidade social) possível ao legislador quando da elaboração da lei [*BVerfGE 25, 1 (12 s.)*]. Contanto que ele tenha usado os meios de estudo que lhe estavam à disposição, os (eventuais) erros (que vierem a se revelar no futuro, n. org.) sobre o desenvolvimento econômico devem ser tolerados”. Nesse segundo nível, portanto, o controle de constitucionalidade estende-se à questão de se o legislador levantou e considerou diligentemente todas as informações disponíveis e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma, enfim, se o legislador valeu-se de sua margem de ação de “maneira sustentável” (*BVerfGE 88, 203, 1993*). Nesse sentido, uma das decisões mais importantes da Corte alemã pode ser encontrada no famoso caso *Cannabis* (*BVerfGE 90, 145*), em que o Tribunal confirmou a constitucionalidade da tipificação penal da aquisição e porte para consumo de produtos derivados de planta *canabis sativa*. Ao analisar o caso sob o ângulo do **princípio da proporcionalidade**, que incide com maior rigor no exame de um dispositivo penal, a Corte enfatizou que **cabe ao legislador uma ampla margem de avaliação quanto à adequação e à necessidade de certa medida para o alcance do fim almejado**, o que pressupõe também a discricionariedade para a realização de prognósticos quanto às consequências da medida adotada.

dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais (*BVerfGE 88, 203, 1993*).

Não obstante ser partidário da teoria do bem jurídico, o professor espanhol Jesús María Silva Sánchez<sup>165</sup>, em nossa percepção, incute na argumentação jurídica acerca da expansão do Direito Penal os **postulados da proporcionalidade e da razoabilidade**. Segundo Silva Sánchez:

*La doctrina se há ocupado com detalle de estos fenómenos – bienes colectivos, intereses difusos – que ponen de relieve la creciente dependência del ser humano de realidades externas al mismo, como es el caso de la normal actividad de determinados terceros. Aunque también es cierto que en absoluto puede hablarse, de momento, de la existencia de un consenso total sobre cuáles deben ser protegidos penalmente y en qué medida. En cualquier caso, sería ocioso dedicar aquí más espacio a esta discusión. Lo que interesa poner de relieve en este momento es tan sólo que seguramente existe un espacio de **expansión razonable** del Derecho penal. Aunque con la misma convicción próxima a la seguridad deba afirmarse que también se dan importantes manifestaciones de la **expansión irrazonable**. A título puramente orientativo: la entrada masiva de capitales procedentes de actividades delictivas (singularmente, del narcotráfico) en un determinado sector de la economía provoca una profunda desestabilización del mismo con importantes repercusiones lesivas. Es, pues, probablemente razonable que el o los responsables de una inyección masiva de dinero **negro** en un determinado sector de la economía sean sancionados penalmente por la comisión de un delito contra el orden económico. Ahora bien, ello no hace, sin más, razonable la sanción penal de cualquier conducta de utilización de pequeñas (o medianas) cantidades de dinero negro en la adquisición de bienes o la retribución de servicios. La tipificación del delito de blanqueo de capitales es, en fin, una manifestación de expansión razonable del Derecho penal (en su núcleo, de muy limitado alcance) y de expansión irrazonable del mismo (en el resto de conductas, de las que no puede afirmarse en absoluto que, una por una, lesionen el orden económico de modo penalmente relavente).*

É de suma importância que o Direito Penal rompa com o paradigma liberal-individualista<sup>166</sup> e passe a abrir os olhos e a verdadeiramente contribuir para a efetivação dos direitos sociais fundamentais.

<sup>165</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo; Buenos Aires: Ibdef, 2006. p. 12-13.

<sup>166</sup> Se tomarmos o exemplo do Código Penal, não nos será tarefa difícil considerar que entre os sessenta anos que medeiam a edificação de sua Parte Especial e os dias atuais modificou-se, em escala nacional e mundial, a estrutura político-econômica que compõe o pacto da vida em sociedade. Basta lembrar que ao tempo em que elaborada, a parte Especial do Código Penal – que define os crimes e as penas – sofreu inevitavelmente as “luzes” do regime político então vigorante (1941), retratado pelo Estado Novo, de baixa – ou nenhuma – densidade democrática. Demais disso – e provavelmente o aspecto mais importante -, entre aquela data e os dias atuais serpeia um fosso jurídico-político-normativo que acolheu, sucessivamente, novas ordens

A política criminal atual caminha no sentido da expansão ou modernização<sup>167</sup> do Direito Penal. O ramo jurídico Direito Penal tem se modernizado em dois âmbitos de atuação:

---

constitucionais, dentre as quais se notabiliza a atual, em face de seu caráter contemporâneo e democrático. Ao longo desse período, a estrutura normativa sempre esteve voltada ao regramento de direitos de primeira geração, os quais, dentro de uma consideração jurídica, traduzem conflitos de índole interindividual, sobre os quais assentou-se, correlatamente a organização judiciária (aí incluindo o Ministério Público), que se demonstrou preparada exclusivamente à composição de litígios dessa natureza. Todavia, como anotamos em caráter introdutório, paralelamente à evolução política nacional foram sendo concebidos e universalizados, dentre outros, direitos de segunda e terceira geração (sociais, coletivos e difusos), sem que os acompanhasse, entretanto, uma legislação penal adequada tendente a garantir a proteção dos bens e interesses assim considerados fundamentais, a despeito de terem sido constitucionalmente acolhidos. Aliás, o movimento legislativo verificado parece ter trilhado o caminho oposto: quando esboçada uma ação de sentido criminalizante (v.g., Lei n. 8137/90, que define os crimes contra a ordem tributária), não tardou a reação tendente a neutralizá-la, o que de resto já era de se esperar, porquanto atingiu-se potencialmente uma distinta e mais favorecida camada social. Primeiro, produziu-se uma regra, na própria lei, que lhe conferia uma espécie de eficácia condicionada: a revogada (art. 14 da Lei n. 8137/90), porém ripristinada (art. 34 da Lei n. 9249/95) norma que previa/prevê a extinção da punibilidade do sonegado pelo pagamento do tributo. Ao depois, surgiram as (novas) penas alternativas para – objetiva e pragmaticamente – contemplar a totalidade dos crimes do “colarinho branco” (Lei n. 9714/98). Mas os exemplos não param por aí. Vejamos a incompatibilidade lógica e a diferença de tratamento legislativo entre a criminalidade dita *comum* (também chamada *de rua*, ofensiva a bens individuais, notadamente o patrimônio) e a criminalidade que atenta contra os interesses coletivos e difusos. Na hierarquia estrutural do sistema de tipos e sanções penais que corporifica nosso Código Penal, se “a” e “b” (ou Caio e Tício, para prestar vassalagem aos manuais) trombarem contra a vítima “c” (Mévio, certamente), tomando-lhe alguns trocados (art. 157, parágrafo segundo, inciso II, do CP), receberão uma pena mínima (5 anos e 4 meses de reclusão) equivalente ao dobro daquela que seria cabível para a mais estrondosa das sonegações fiscais (2 anos e 8 meses de reclusão, a teor do art. 1 da Lei n. 8137/90, com a majorante do art. 12, inciso I, da mesma lei). Outras incongruências igualmente claras existem às escâncaras em nosso Código Penal ena legislação extravagante. É conhecido o exemplo do latrocínio (art. 157, parágrafo terceiro, do CP: pena de 20 a 30 anos) – em que já se reconheceu que a morte pode ser culposa e a subtração simplesmente tentada (neste particular, o verbete 610 da Súmula do STF) – e sua relação com o homicídio (art. 121, *caput*: pena de 6 a 20 anos; e parágrafo segundo, pena de 12 a 30 anos). Assim também, se a “chave” utilizada para o furto é “falsa”, o delito é apenado com uma sanção de 2 a 8 anos de reclusão (art. 155, parágrafo quarto, III, do CP), mas se “falsa” for a informação que o sonegador presta à Receita Federal com o fim de eximir-se do pagamento do tributo, a pena cominada é de 6 meses a 2 anos de detenção (art. 2, I, da Lei n. 8137/90). Isso sem falar nas benesses legais edificadas exclusivamente em prol dos criminosos do “colarinho branco”, tais o art. 34 da Lei n. 9249/95, o dispositivo da Lei do REFIS que lhes permite o eterno “parcelamento do débito” e a correlata suspensão da ação penal, etc., análise que, de resto, deixamos para mais adiante (*infra* 3.7). (FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 57-58).

<sup>167</sup> Preferimos a terminologia modernização do Direito Penal, tendo em vista que o termo expansão tem sido objeto de inúmeras críticas, algumas fundadas outras não, em virtude da grande receptividade da obra do professor espanhol Jesús Maria Silva Sánchez em nosso país. *Como no podría ser de otro modo, el fenómeno de la globalización se manifiesta también en el mundo del Derecho, y ello no sólo en los segmentos de los ordenamientos que se ocupan de las relaciones comerciales internacionales, o en el plano del Derecho internacional, sino que también llega a lo que puede parecer la esencia de la soberanía del Estado: el Derecho penal. Este proceso de internacionalización se produce sobre todo en dos ámbitos: por un lado, en el plano internacional, en los esfuerzos de armonización de ordenamientos en determinados sectores de regulación que materialmente forman parte de los fenómenos económicos de globalización (por ejemplo, el medio ambiente o el cohecho em transacciones internacionales); por otro, en lo que puede denominarse el plano supranacional – y de modo especialmente destacado, en el caso de la Unión Europea –, en el que la construcción de nuevas formas supranacionales de organización política plantea también – al menos – la necesidad (práctica, en términos de prevención) de armonización de los ordenamientos penales. Sin embargo, también se percibe – con menos claridad, más bien en el transfondo – que no sólo es que haya materiales que necesitan de una aproximación penal global, sino que es la política criminal la que se está globalizando bajo el rótulo de la cooperación entre los Estados en diversas campañas de **lucha** contra determinados fenómenos delictivos. Estamos, entonces – esto es lo que aquí interesa – ante una política criminal globalizada bajo el mismo rótulo: el preventismo fáctico.* (CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO

a) o âmbito formal e b) o âmbito material. O âmbito formal da modernização do Direito Penal refere-se ao fator quantitativo. Cada vez mais o legislador tem se utilizado do Direito Penal, criminalizando novas condutas até então não objeto da intervenção do Direito Penal, bem como revalorando e intensificando a tutela penal em relação à condutas já objeto da preocupação penal. O âmbito material da modernização do Direito Penal vincula-se ao novo instrumental que tem se valido esta disciplina jurídica para atingir suas finalidades. Essa é a dimensão da modernização do Direito Penal que mais interessa ao presente trabalho.

Quando o Estado intervém na sociedade valendo-se do Direito Penal – e é verdade que isto tem ocorrido cada vez mais com maior frequência, como decorrência lógica do surgimento de vários interesses sociais, bem como da necessidade de efetivação de direitos fundamentais sociais -, inúmeros doutrinadores denunciam ser tal atuação ilegítima por violar os princípios do Direito Penal liberal denominados subsidiariedade<sup>168</sup> e fragmentariedade<sup>169</sup>,

---

SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*: seminario com Gunther Jakobs em la UAM. Prólogo de Gunther Jakobs. Madrid: Thomson Civitas. 2008. p. 71-72).

<sup>168</sup> *La subsidiariedad conlleva la exigencia de que se haga uso de la actuación punitiva de Estado sólo cuando se demuestren ineficaces los otros medios con los que cuentan los Estados sociales y democráticos de Derecho en su lucha contra la criminalidad. Desde este punto de vista, el principio de intervención mínima no sólo constituye un límite del ius puniendi del Estado, sino que también sitúa al Derecho penal en el escenario general del Ordenamiento jurídico estatal, adjudicándole el papel de ultima ratio. Este carácter le da libertad y la personalidad individual en el seno de un Estado de macroestructuras, que son las que captan los bienes jurídico-penales supraindividuales, las cuales suelen desarrollar la tendencia a anularlo. Ahora bien, como poden de manifiesto Fiandaca/Musco, la subsidiariedad del Derecho penal puede ser entendida desde un doble punto de vista. Así, desde una concepción estricta o clásica de la subsidiariedad, el recurso al instrumento penal estaría injustificado o sería superfluo cuando la salvaguarda del bien en cuestión sea ya obtenible mediante el recurso a sanciones de naturaleza extrapenal: a igualdad de eficacia de instrumentos de tutela potencialmente concurrentes, el legislador debería optar por aquél que restringe menos los derechos del ciudadano de acuerdo con la máxima jure est civiliter utendum. Por contra, desde una concepción amplia de la subsidiariedad, la sanción penal sería preferible también en los casos de no extremísima necesidad en todas aquellas ocasiones en las que la función estigmatizante propia de la pena en sentido estricto resulte útil a los fines de una más firme reprobación del comportamiento criminal y, en consecuencia, para una más enérgica reafirmación de la importancia del bien tutelado. La adopción de medidas extrapenales idóneas, que supone un menor descrédito para el sujeto destinatario de las mismas ante la opinión pública, podría resultar ineficaz para reforzar en los ciudadanos el respeto a los bienes considerados necesitados de una particular protección. Esta segunda concepción es de la que se suele hacer uso con relación a bienes jurídico-penales colectivos, dando lugar exiur a una funcionalización simbólica o ético-social del Derecho penal. Por eso, pese a la diferenciación llevada a cabo por Fiandaca/Musco, parece confuso aludir a estos dos aspectos en la subsidiariedad del Derecho penal, pues sólo cabe hablar de subsidiariedad en sentido estricto. La entendida desde un punto de vista amplio no es una modalidad de aquélla, sino una negación de la misma al servicio de la prevención general positiva.* (SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, S. L., 2000. p. 117-118).

<sup>169</sup> *El carácter fragmentario del Derecho penal surge como una reacción a las teorías absolutas o retribucionistas de la pena. La idea de la fragmentariedad en la protección de bienes jurídico-penales posibilita una concepción de los fines de la pena adecuados al Estado social y democrático de Derecho, en el sentido de que no cabe acudir a instrumentos penales salvo que éstos sean socialmente imprescindibles. Sin embargo, la pretensión de completar la protección de determinados bienes jurídico-penales colectivos tiene el riesgo de conducir a una absolutización de los mismos, perdiéndose así de vista que la misma elección legislativa de criminalización debe ser fruto del equilibrio y la moderación: frente a la exigencia de tutela de un determinado bien se encuentran en posición equivalente o prevalente intereses contrapuestos, cuya salvaguarda impone una delimitación del ámbito de la tutela penal. Además, no hay que olvidar lo contraproducente que resulta en el ámbito de los bienes jurídico-penales colectivos la “densidad*

que materializam a intervenção mínima<sup>170</sup> do Direito Penal. O princípio da subsidiariedade significa que o Direito Penal, por ser um ramo jurídico violento, seletivo e estigmatizante,

---

*regulación”, pues la misma dificulta la comprensión de los instrumentos de orientación jurídico-penales. De ahí, la importancia de la fragmentariedad del Derecho penal, la cual opera como criterio regulador para la obtención de una “moderada densidad” del Derecho penal. Así, pues, en la propia concepción de la fragmentariedad también hace acto de presencia la diferenciación entre bienes jurídico-penales individuales y colectivos. Mientras que con relación a los primeros la presencia del Derecho penal debe ser más completa y con pocas lagunas, cuando de **bienes jurídico-penales colectivos** se trate la protección penal debe decrecer en relación proporcional a medida que es menos significativa para los fundamentos del ser humano, siendo mayores los ámbitos libres de pena. (SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, S. L., 2000. p. 135-136).*

<sup>170</sup> *EL principio penal de intervención mínima es una especificación del principio de subsidiariedad del Derecho en general. Por ello, no es de extrañar que Arthur Kaufmann afirmara que con el principio de subsidiariedad sucede algo análogo a lo que ocurre con el positivismo y Comte: se asocia a él como fundador y formulador, pero el positivismo ha existido desde la Antigüedad, como mínimo desde Protágoras (KAUFMANN, Arthur, *Subsidiarität*, 1974. p. 89). Del mismo modo, la subsidiariedad del Derecho ha existido desde los tiempos precristianos pero su nombre y especial acunamiento se alcanzó con la nueva teoría del catolicismo social, particularmente en la Encíclica “**Quadragesimo anno**” Pío XI, en conexión con la cual suele ser citada. De ahí se desprende la opinión generalizada de que el principio de subsidiariedad es “el principio representativo del catolicismo social en una sociedad secularizada. Sin embargo, esta concepción ha supuesto que el principio de subsidiariedad haya sido mal entendido y utilizado sin que por ello deba ser descalificado. Lo cierto es que – como advierte Arthur Kaufmann – la afirmación de que el principio de subsidiariedad es una especificación de la teoría del catolicismo social empieza a perder terreno. De un lado, debido a la diferencia de opiniones que existe en relación a lo que se entiende por catolicismo social y, de otro, porque la idea primitiva de este principio está ya generalmente reconocida en los Estados sociales y democráticos de Derecho. Así mismo, ya antes de la mencionada Encíclica, se pueden encontrar – según Arthur Kaufmann – manifestaciones de la idea de subsidiariedad en escritos de Abraham Lincoln y después, aunque de forma independiente a aquella, en la obra de von Hippel y en el Programa de 1959 del partido social-demócrata alemán. Lo cierto es que la necesidad de observar el principio de intervención mínima, independientemente de otros antecedentes históricos – (Luzón Cuesta, *Parte general*, 1997. p. 41, cita en SAN AGUSTÍN el origen más remoto del principio de intervención mínima cuando afirmaba que “la ley humana se propone castigar no más que lo que sea preciso y en la medida que sea preciso, a fin de mantener la paz entre los hombres y sólo en aquellos casos que están al alcance de los hombres”. STRATENWERTH, AT, 1982. p. 59, considera que ha sido una cuestión que se ha planteado desde la Ilustración hasta la actual concepción funcionalista, la de determinar las condiciones mínimas de la vida humana en común sin las cuales no puede existir un orden social. Estos presupuestos mínimos condicionantes de la existencia de la sociedad serán los que tendrá que proteger el Derecho Penal) -, se generaliza en la Doctrina Alemana en diferentes obras a partir de los años sesenta. En todas ellas, se aprecia la tendencia a acentuar los orígenes liberales del Derecho penal lo cual se traduce en la exigencia de preservar mayores ámbitos de libertad para los individuos frente a un Estado con profundas inclinaciones intervencionistas. El telón de fondo de esta construcción es el desarrollo del modelo socio-económico alemán. Así Welzel, en el seno de su concepción ético-social a cuya realización viene encaminada el Derecho penal, concluye que la “**Vielbestraferei**” (abuso de la punición) convertiría las armas del Derecho penal en inoperantes, de tal manera que el Derecho penal se tendría que limitar a la penalización de los **elementales** deberes ético-sociales. El Estado debe utilizar la pena, debido a la grave intervención que la misma conlleva en la vida, la libertad y el honor de la persona, en el ámbito exclusivo del Derecho penal y sólo como consecuencia jurídica del delito (principio de exclusividad de los medios jurídico-penales). Por todo ello, considera Welzel que en la medida que se utilice el Derecho penal para lograr fines económicos, de organización o para luchar contra ideas políticas, en definitiva, para conseguir fines ajenos a los del Derecho penal, se desvía a éste a una vía puramente intimidatoria en la que no se puede cumplir lo que para él es la esencia del Derecho penal: ser una fuerza conformadora e moral [...]. El principio de intervención mínima opera fundamentalmente en el momento de configuración de los tipos penales. Esta afirmación conviene dejarla clara por cuanto existe por parte de un sector doctrinal, sobre todo en los últimos años, la tendencia a confundir, a veces sólo nominalmente, principio de intervención mínima y principio de oportunidad. La diferencia, en nuestra opinión, es clara y se centra en dos aspectos: a) el principio de oportunidad tiene su ámbito de actuación en proceso, mientras que el principio de intervención mínima lo tiene en la tipificación de las conductas; b) el principio de oportunidad se contrapone al de legalidad, mientras que para el principio de intervención mínima el de legalidad es su articulación normal. No sólo no hay contraposición*

somente deve intervir na vida dos cidadãos quando os demais instrumentos de controle social, como, por exemplo, a família, as amizades, a escola, a igreja e outros, mostrarem-se incapazes, insuficientes para a tutela eficaz de algum interesse relevante no âmbito social. Muito próximo do princípio da subsidiariedade, o princípio da fragmentariedade orienta o legislador no sentido de que nem todos os interesses relevantes no âmbito social devem ser objeto da intervenção do Direito Penal. O Direito Penal somente deve intervir quando houver lesão grave a interesse socialmente relevante. A modernização do Direito Penal ou, como os críticos preferem nomear, a expansão do Direito Penal, não se afasta de tais princípios. A intervenção mínima do Direito Penal, modernamente deve ser entendida, não como um obstáculo à expansão formal do mesmo, mas deve ser cotejada com as necessidades do Estado para a efetivação da estrutura principiológica da República, em outras palavras, deve ser permeada pela finalidade de concretude dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil. Se na atual quadra da história, como decorrência da baixa densidade moral e ética do ser humano, bem como da ausência de cimentação dos valores sociais fundamentais perante os indivíduos, torna-se não apenas possível, mas imprescindível e legítima tal expansão. Pedindo licença aos entendimentos em contrário, entende-se não haver inobservância alguma ao princípio do Direito Penal liberal da intervenção mínima. Vislumbra-se, em tese, apenas uma contradição aparente entre a intervenção mínima e a expansão formal do Direito Penal, não obstante se reconhecer que, no caso concreto, ser perfeitamente possível uma expansão ilegítima do Direito Penal, **tendo como parâmetro os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.**

---

*entre ambos sino que son complementários. El principio de oportunidad conlleva la concesión al Ministerio Fiscal u otros órganos encargados de la persecución de los delitos y faltas de una opción, que podrán o no hacer efectiva, de persecución penal. Tal proceder se traduce en una “descriminalización de **facto**”, impropia de un Estado democrático en el que el legislador si estima que la conducta no ha de ser considerada como delictiva debe extraerla del Código penal. Por otro lado tampoco puede considerarse manifestación del principio de intervención mínima la desjudicialización o desjurisdiccionalización, esto es, sustituir los Tribunales penales, que juzgan siempre a través de un proceso penal, por otros instancias: bien de naturaleza jurídica no penal, bien de tipo administrativo o incluso social, como sería el caso de los tribunales en seno de los colectivos profesionales. Este fenómeno, a propósito del Derecho penal alemán, lo ha puesto de manifiesto Tiedemann, ya que la aplicación puntual del Derecho penal “mediante el establecimiento de tipos penales, em contra de la clásica teoría de la **ultima ratio** citada por el Tribunal Constitucional alemán, puede ser más benigna que, por ejemplo, el establecimiento de una red de controles jurídico-administrativos. De aquí se deduce que la aplicación del Derecho penal produce un repliegue parcial del instrumentarium jurídico-administrativo – (TIEDEMANN, *Verfassungsrecht*, 1991. p. 52. Em contra, considerando uma poca concretada utopia la concepción que pretende establecer, además de la regulación económica y la del Derecho civil, la norma penal como medio para reforzar la consciencia del valor o de conformación de la moral, o, más concretamente de la prevención general, VOLKS, *JZ*, 1982. p. 88). (SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dyrkinson, S. L, 2000. p. 105-109).*

### 3.1.1.2 A Institucionalização da Insegurança

Não há dúvida de que a sensação de insegurança seja algo presente na vida de todos nós. O que significa e quais os desdobramentos dessa sensação de insegurança? O professor Jesús María Silva Sánchez<sup>171</sup>, manifesta-se nos seguintes termos acerca do tema:

*De cualquier manera, más importante que tales aspectos objetivos es seguramente la dimensión subjetiva de dicho modelo de configuración social. Desde esta última perspectiva, nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la ‘inseguridad sentida’ (o como la sociedad del miedo). En efecto, uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sensación general de inseguridad, esto es, la aparición de una forma especialmente aguda de vivir el riesgo. Es cierto, desde luego, que los ‘nuevos riesgos’ – tecnológicos y no tecnológicos – existen. Pero asimismo lo es que la propia diversidad y complejidad social, con su enorme pluralidad de opciones, con la existencia de una sobreinformación a la que se suma la falta de criterios para la decisión sobre lo que es bueno o malo, sobre en qué se puede confiar y en qué no, constituye un germen de dudas, incertidumbres ilustrar esta idea. Por un lado, es innegable que la población experimenta una creciente dificultad de adaptación a sociedades en continua **aceleración**. Así, tras la revolución de los transportes, la actual **revolución de las comunicaciones** da lugar a un vértigo derivado de la falta – sentida y probablemente asimismo real – de dominio del curso de los acontecimientos, que no puede sino traducirse en términos de inseguridad. Por otro lado, las personas se hallan ante la dificultad de obtener una auténtica **información** fidedigna en una sociedad – la de la economía del conocimiento – caracterizada por el alud de **informaciones**. Éstas, que de modo no infrecuente se muestran contradictorias, hacen en todo caso extremadamente difícil su integración en un contexto significativo que proporcione alguna certeza. En tercer lugar, debe señalarse que la aceleración no es sólo una cuestión de la técnica, sino precisamente también de la vida. La lógica del mercado reclama individuos solos, móviles, pues éstos se encuentran en mejores condiciones para la competencia mercantil o laboral. De modo que, en esta línea, las nuevas realidades económicas, a las que se han unido importantes cambios ético-sociales, han ido dando lugar a una inestabilidad emocional-familiar que produce un vértigo adicional en el ámbito de las relaciones humanas. Pues bien, en este contexto de aceleración e incertidumbre, de oscuridad y confusión, se produce una creciente desorientación personal (**Orientierungsverlust**) que se manifiesta en lo que se ha denominado el **vértigo de la relatividad**<sup>172</sup>.*

<sup>171</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo; Buenos Aires: Ibdef, 2006. p. 20-22.

<sup>172</sup> *En realidad, sin embargo, sería probablemente más expresivo hablar del vértigo del relativismo. En efecto, el vértigo de la relatividad tiene también – y quizá sobre todo – una dimensión filosófica y ética, por la pérdida de referencias valorativas objetivas. Vivimos en una sociedad en la que se constata la ausencia de referencias de auctoritas o de principios generalizables, mientras prevalece el pragmatismo del caso o la búsqueda de la solución consensuada, sin premisas materiales a partir de las que buscar el consenso. Ahora bien, como se ha dicto, si todo es igualmente verdadeiro, entonces acaba imponiéndose la fuerza como el argumento más poderoso. Y, ante tal constatación, habrá que convenir que resulta difícil no sentir inseguridad. (Ibid., p. 22-23).*



Silva Sánchez<sup>173</sup> relacionando a sensação de insegurança com a expansão do Direito Penal:

*La solución a la inseguridad, además, no se busca en su, por así decirlo, clásico ‘lugar natural’ – el Derecho de policía -, sino en el Derecho penal. Así, puede advertirse que, frente a los movimientos sociales clásicos de restricción del Derecho penal, aparecen cada vez con mayor claridad demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad. Al plantearse esta demanda, ni siquiera importa que sea preciso modificar las garantías clásicas del Estado de Derecho: al contrario, éstas se ven a veces denostadas como demasiado ‘rígidas’ y se abona su ‘flexibilización’. A modo de mero ejemplo, valga aludir a la demanda de criminalización en materia medio-ambiental, económico, de corrupción política, en el ámbito sexual (así, el supuesto del acoso sexual o la pornografía infantil) el de la violencia familiar, etcétera. Y es que, en efecto, en un mundo en el que las dificultades de orientación cognitiva son cada vez mayores, parece incluso razonable que la búsqueda de elementos de orientación normativa – y dentro de éstos el Derecho penal ocupa un lugar significativo – se convierta casi en obsesiva. En efecto, en una sociedad en la que se carece de consenso sobre valores positivos, parece que al Derecho penal le corresponde **malgré lui** la misión fundamental de generar consenso y reforzar a la comunidad.*

A institucionalização da sensação de insegurança nas sociedades complexas significa, sem dúvida, um elemento impulsionador da expansão do Direito Penal. Não obstante a sensação de insegurança sentida não refletir a concreta insegurança social, os indivíduos clamam por respostas estatais com o condão de frear a criminalidade e/ou propiciar uma redução em tal sensação experimentada. O legislador, conhecedor dos anseios sociais, apropria-se, muitas vezes de modo oportunista, desse anseio geral, gerando o que se denomina expansão formal do Direito Penal. Os membros do Poder Judiciário, indivíduos inseridos nessa sociedade, por mais que busquem pautar seus comportamentos profissionais pela técnica jurídica, naturalmente deixam-se sensibilizar por essa quase exigência social, relativizando ou, em outras palavras, conferindo interpretação moderna aos direitos e garantias fundamentais, o que tem sido objeto de intensas críticas dos estudiosos do Direito penal que permanecem atrelados ao paradigma liberal-individualista. Não há dúvida de que a sensação de insegurança atualmente institucionalizada nas sociedades constitui um dos mais relevantes fatores da tendência denominada expansão ou modernização do Direito Penal. Assim, pode-se afirmar que, antes os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito Penal, aparecem cada vez com maior claridade demandas de uma ampliação da proteção

<sup>173</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo; Buenos Aires: Ibdef, 2006. p. 32-33.

penal que ponha fim, ao menos nominalmente, à angústia derivada da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, e aí reside a principal crítica à expansão ou modernização do Direito Penal, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito (Estado Liberal de Direito); ao contrário, elas se veem às vezes tachadas de excessivamente rígidas e se apregoa sua flexibilização ou relativização – o que para nós seria a modernização do Direito Penal, sempre pautada pelos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade.

Silva Sánchez, na obra *A Expansão do Direito Penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*, exemplifica e materializa modalidades legítimas de expansão do Direito Penal: vale aludir a demanda de criminalização em matéria de meio ambiental, econômica, de corrupção política, no âmbito sexual (principalmente nas hipóteses de abuso sexual ou pornografia infantil), ou da violência familiar etc. E é fato que, em um mundo no qual as dificuldades de orientação cognitiva são cada vez maiores, parece mesmo **razoável** que a busca de elementos de orientação normativa – e, entre eles, o Direito Penal ocupa um lugar significativo – se converta em uma busca quase obsessiva. Com efeito, em uma sociedade que carece de consenso sobre valores positivos, parece que corresponde ao Direito Penal *malgré lui* a missão fundamental de gerar consenso e reforçar a comunidade<sup>174</sup>.

### 3.1.1.3 O Descrédito de Outras Instâncias de Proteção

A pergunta que todos tentam responder é a seguinte: Por que o Estado, cada vez mais, tem se valido da estrutura jurídico-penal para tentar minimizar determinados fenômenos sociais? Por que o ordenamento jurídico não utiliza o Direito Administrativo ou o Direito Civil para buscar alcançar objetivos que tem buscado atingir com o Direito Penal? Para se iniciar essa tão importante discussão, que corrobora uma conclusão acerca da (i)legitimidade da expansão do Direito Penal, assim se expressa o professor Jesús María Silva Sánchez<sup>175</sup>:

*Lo anterior, con todo, todavía no explicaría de modo necesario la demanda de punición y la consiguiente expansión precisamente del Derecho penal. En efecto, tales datos podrían conducir ciertamente a una expansión de los mecanismos de protección no jurídicos, o incluso de los jurídicos, pero no necesariamente de los jurídico-penales. Ocurre, sin embargo, que tales opciones u son inexistentes, o parecen insuficientes, o se hallan desprestigiadas. Nos referimos a la ética social, al Derecho civil y al*

<sup>174</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 51-52.

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 58-63.

*Derecho Administrativo. Resulta innegable que, dejando otras consideraciones al margen, las normas de la moral social – como **normas** que son – desempeñan una función de orientación, al permitir predecir en cierta medida la conducta de los demás, de modo que quepa renunciar así al permanente proceso de aseguramiento cognitivo. Pero, enconces, la ausencia de una ética social mínima hace, en efecto, imprevisible la conducta ajena y produce, obviamente, la angustia que corresponde al esfuerzo permanente de aseguramiento fáctico de las propias expectativas o a la constante redefinición de las mismas. Pues bien, las sociedades modernas, en las que durante décadas se fueron demoliendo los criterios tradicionales de evaluación de lo bueno y lo malo, no parecen funcionar como instancias autónomas de moralización, de creación de una ética social que redunde en la protección de los bienes jurídicos. Ello expresa una situación próxima a la **anomia** que teorizava Durkheim [...]. En segundo lugar, en lo que hacer al Derecho civil de danos, es más que discutible que éste, dada su tendencia a la objetivización de la responsabilidad, puede expresar la reprobación que es necesario manifestar ante determinados hecho. Algo que resulta especialmente patente en la evolución del Derecho de danos desde el ‘modelo de la responsabilidad’ al ‘modelo del seguro’. Desde este modelo, en efecto, puede dudarse que el Derecho civil este en condiciones de garantizar dos de los aspectos, a mi juicio, fundamentales de su función político-jurídica clásica. Así, por un lado, si el dano está asegurado, es casi inevitable que disminuyan los niveles de diligencia del agentes; pues el montante de la indemnización habrá de afrontarlo la aseguradora, siendo su repercusión individual, en al peor de los casos, la derivada de un incremento general de primas. Luego el modelo de la eficacia preventiva que frente a conductas individuales danosas podría tenere el Derecho civil de danos. Por otro lado, el modelo del seguro tende a configurar montantes estadarizados de indemnización que se alejan cada vez más de garantizar a los sujetos pasivos una compensación, si no integral (cuya propia posibilidad práctica resulta cuestionable), al menos minimamente próxima a ésta. Todo lo cual, por lo demás, intensifica la perdida de contenido valorativo de la responsabilidad civil que se inicia tan pronto como ésta abandonada la idea de culpa. En tercer lugar, por lo que hace al Derecho administrativo, el recurso al principio da oportunidad, al que se han ido sumando la imparable burocratización y, sobre todo, la corrupción, han sumido en un creciente descrédito a los instrumentos de protección específicos de este sector (ya preventivos, ya sancionatórios). Se desconfía – con mayor o menor razón, según las ocasiones – de las Administraciones públicas en las que, más que médios de protección, se tende a buscar cómplices de delitos sócio-económicos de signo diverso.*

A intervenção jurídico-penal em esferas até então objeto da intervenção do Direito Administrativo, tem recebido a denominação de “administrativização do Direito Penal”<sup>176</sup>. A

<sup>176</sup> *El conjunto de fenómenos sociales y políticos resenados em los apartados anteriores está teniendo en el Derecho penal un cúmulo de efectos, que configuran lo que hemos dado en llamar “expansión”. A algunas de las manifestaciones de la “expansión” ya se há hecho alusión ejemplificativa mpas arriba: así, a la flexibilización de los principios político-criminales o de las reglas de imputación. En otras manifestaciones, en particular las relativas al incremento y ampliación de las sanciones no nos detendremos aqui especialmente. Como es sabido, sin embargo, la modificación de la propia estructura y del contenido material de los tipos penales es la primera expresión de ello. Así, la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo “delito de lesión de bienes individuales” al modelo “delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales, pasando por*

intervenção do Direito Administrativo é pautada por uma atuação *a priori*, ou seja, antes da efetivação do dano a um interesse individual ou social relevante, o Estado intervém, buscando evitar que um mal maior aconteça. O Direito Administrativo é orientado pelo princípio da prevenção, não valendo-se da restrição da liberdade como resposta estatal, o que legitimaria a mitigação ou flexibilização de alguns direitos fundamentais individuais. A modernização ou expansão do Direito Penal, pautada nos **postulados normativos da proporcionalidade e da**

---

*todas las modalidades intermedias. Los legisladores, por razones como las expuestas, han promulgado y promulgan numerosas nuevas leyes penales y las respectivas rationes legis, que obviamente no dejan de guardar relación – al menos indirecta – con el contexto o con las condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales más clásicos, son ascendidas de modo inmediato a la condición de bienes penalmente protegibles (dado que están protegidos). Así, junto a los delitos clásicos, aparecen otros muchos, en el ámbito sócio-económico de modo singular, que en poco recuerdan a aquéllos. En este punto, la doctrina tradicional del bien jurídico pone de relieve – según se señalaba más arriba – cómo a diferencia de lo sucedido en los procesos de despenalización de los años sessenta y setenta su capacidad crítica en el marco de procesos de criminalización como los que caracterizan el presente – y seguramente el futuro – resulta sumamente débil. La protección penal del medio ambiente es uno de los ejemplos más claros de esta tendencia. En efecto, probablemente pocos niegan que la salvaguarda del medio ambiente debe constituir uno de los principios organizativos fundamentales de nuestra civilización, si no el básico. Ciertamente, el medio ambiente constituye el “contexto” por antonomasia de bienes personales del máximo valor. Por tanto, el ordenamiento jurídico en su conjunto tiene ante sí un reto esencial, en la línea de garantizar lo que algunos caracterizan como “desarrollo sostenible”. Sin embargo, resulta temerario situar el Derecho penal en la vanguardia de la “gestión” del problema ecológico en su globalidad. Ello, aunque se reitera, por algunos, la necesaria contextualización del medio ambiente, esto es, la idea de que el medio ambiente no su puede proteger penalmente por sí mismo, sino sólo en tanto que condición necesaria para el desarrollo de la vida humana. Pues al final ha devenido mayoritaria la tesis de que en éste, como otros bienes supraindividuales, la referencia a los intereses individuales que se ven contextualizados por aquéllos es mera **ratio legis**, no sujeta a comprobación en el caso concreto al aplicar el tipo. En otras palabras, lo protegido es sencillamente el contexto, con lo que se asienta progresivamente la tendencia a provocar la intervención del Derecho penal tan pronto como se afecta un cierto ecosistema en términos que superan los **standards** administrativos establecidos. En efecto, esta orientación a la protección de **contextos** cada vez más genéricos (en el espacio y en el tiempo) del disfrute de los bienes jurídicos clásicos, lleva al Derecho penal a entrar en relación con fenómenos de dimensiones estructurales, globales o sistémicas, en los que las aportaciones individuales, autonomamente contempladas, son, por el contrario, de “intensidad baja”. Con ello, se ha producido seguramente la culminación del proceso: el Derecho penal, que reaccionaba **a posteriori** contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha “administrativizado”. Veamos qué se quiere indicar con tal expresión. Como es sabido, las tesis clásicas (o del **aliud**) distinguían entre ilícito penal e ilícito administrativo, atribuyendo al primero el carácter de lesión éticamente reprochable de un bien jurídico, mientras que el segundo sería un acto de desobediencia ético-valorativamente neutro. Posteriormente, sin embargo, fue consolidándose como doctrina ampliamente dominante la tesis de la diferenciación meramente cuantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, según la cual lo característico de este último es un menos contenido de injusto [...]. La perspectiva que se centra sólo en el injusto y su conformación para distinguir el ámbito de lo penal y lo administrativo es, a mi juicio, errónea. Por eso era errónea la teoría clásica de base ética. **Pero también resulta incompleta la moderna teoría de la diferenciación (meramente) cuantitativa.** En efecto, lo decisivo de la referida diferenciación no es (sólo) la configuración del injusto, sino los criterios desde los que se contempla, los criterios de imputación de esse injusto y las garantías de diverso signo (formales y materiales) que rodean la imposición de sanciones al mismo. A este respecto, es evidente que el sometimiento a un juez es una diferencia cualitativa, como lo es la imposibilidad de que la Administración imponga sanciones privativas de libertad. Tales garantías especiales, que rodean lo penal y que tienen que ver con la repercusión comunicativo-simbólica de la afirmación de que concurre una “infracción penal”, más bien abonan la idea de que procede introducir una perspectiva de diferenciación cualitativa que ha de tener reflejo, ante todo, en la forma de entender la lesividad de una y otra clase de infracciones y en los criterios utilizados para su imputación. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales.* Montevideo; Buenos Aires: Ibddef, 2006. p. 131-136).*

**razoabilidade**, segundo os críticos da expansão do Direito Penal que podem ser nominados como integrantes do que se denomina discurso de resistência (nomenclatura utilizada pelo professor espanhol Luis Gracia Martín), vale-se da flexibilização dos princípios político-criminais ou das regras de imputação, assim como do incremento e da ampliação das sanções penais. O Direito Penal tem se valido, cada vez mais, da antecipação das fronteiras da proteção penal liberal, o que tem propiciado uma transição rápida do modelo de “delito de lesão de bens individuais” ao modelo de “delito de perigo (presumido) para bens supraindividuais”. A proteção penal do meio ambiente é um dos exemplos claros dessa tendência. A tendência do Direito Penal na sociedade complexa é atuar já na fase da preparação e não esperar a consumação da infração penal, o que ocorria no Direito Penal do Estado Liberal de Direito. Sobre a administrativização do Direito Penal,

O Direito Administrativo sancionador<sup>177</sup> é essencialmente o Direito do *dano cumulativo* ou, também, do dano derivado da *repetição*, que dispensa uma valoração do fato específico, requerendo somente uma valoração acerca de qual seria a transcendência global de um determinado gênero de condutas que viesse a ser considerado ilícito. A indagação a ser respondida é: o que aconteceria se todos os intervenientes neste setor de atividade realizasse a conduta X – quando existe, ademais, uma série de probabilidade de que muitos deles o façam -, caso fosse considerada lícita? Os críticos da expansão do Direito Penal argumentam ser inadmissível como critério para imputação penal de responsabilidade a um determinado sujeito, pelo concreto significado da conduta isolada que tenha realizado, pois uma sanção assim fundamentada não deixaria de ser, na ótica do Direito Penal, uma sanção *iniuria terii*. Segundo o professor Silva Sánchez<sup>178</sup>, nela não haveria nenhuma possibilidade de introduzir elementos de lesividade concreta: nem lesão, nem perigo concreto, nem perigo abstrato entendido como perigo realmente existente, constatável na conduta em virtude de um juízo *ex ante*; simplesmente, perigo presumido, perigo estatístico ou – ainda melhor – perigo global. Essa diferença é substancial, e explica, em primeiro lugar, que a tipificação de infrações administrativas, ainda que pretenda certamente cumprir funções de proteção social – e de fato as cumpram desde essa perspectiva global, macroeconômica e macrossocial -, muitas vezes somente adquire referido tom material se as infrações se contemplam em conjunto. Continuam os críticos à modernização do Direito Penal, com a devida venia, atrelados ao paradigma liberal-individualista, em contrapartida, contempladas uma a uma revelam-se,

---

<sup>177</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 151-156.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 151-153.

certamente, formais, isto é, muitas vezes nem sequer de perigo abstrato, senão de mero perigo global, estatístico, presumido etc<sup>179</sup>. Não há dúvida de que os tipos penais incriminadores de perigo abstrato não são bem vindos à estrutura garantista do Direito Penal forjada no Estado Liberal de Direito. Os **postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade** devem atuar como vetores na legitimação ou não da criação de tais tipos penais. É preciso

---

<sup>179</sup> Tais afirmações podem ser ilustradas com múltiplos exemplos: a) O limite da infração administrativa em matéria de tráfico de veículos é de 0,5 mg de álcool por litro de sangue, segundo a normativa espanhola. Obviamente, tal limite, ou inclusive um inferior, pode estar plenamente justificado sob perspectivas globais de ordenação do setor, inclusive com base em dados estatísticos. Desde logo, a maioria das pessoas representa um perigo para a circulação se seu sangue apresenta essa concentração de álcool. Mais ainda, em termos de gestão administrativa do risco da circulação – redução das enormes cifras anuais de mortes nas estradas – pode ter inclusive sentido o limite absoluto de 0 mg de álcool por litro de sangue, cuja superação conduziria a infração administrativa. Mas, vejamos, tal critério por si só não é operativo no âmbito jurídico-penal. Pois aí não interessa o aspecto estatístico, senão se a pessoa cuja conduta está sob exame judicial pôs realmente em perigo bens jurídicos ou não. E aqui a apreciação estatística pode somente constituir uma presunção *contra reo*, a qual, em princípio, não constitui base suficiente para imputação (A propósito desse tema, o Supremo Tribunal Federal recentemente extinguiu intensa polêmica instaurada com a edição da Lei 9503, de 23.09.1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro. O *informativo* do STF de n. 230, de 28.05. a 1.06.2001, tornou pública a decisão da mais alta corte de justiça do Brasil, proferida no RHC 80.362/SP, publicação do acórdão no DJ em 04.10.2002, acatando a tese de que o art. 309 do CTB revogara a primeira parte do art. 32 da Lei das Contravenções, tornando exigível a constatação da ocorrência de “perigo concreto” como consequência da conduta descrita no tipo respectivo. No “voto vista” que provocou a mudança do entendimento anterior do STF sobre a matéria, da lavra do Min. Sepúlveda Pertence, constatou o seguinte: “[...] Testemunha Ruy de Barros Monteiro – de notória contribuição intelectual à elaboração do Código, como assessor do relator da matéria no Senado Federal -, com relação ao art. 309, que ‘a integração do tipo, dependentemente de produção de perigo concreto, resultou de proposta de substitutivo do Senado Federal, ao contrário do que preconizara a Comissão Especial da Câmara dos Deputados’”. E explica que a solução atendeu, de um lado, à opção de elevar a crimes “todos os delitos pertinentes (ao trânsito), inexistindo, assim, a dicotomia crime-contravenção” e, de outra banda, à repulsa doutrinária à criminalização de fatos geradores de perigo abstrato); b) Um segundo exemplo pode ser encontrado no âmbito tributário. Uma única fraude tributária, ainda que seja de mais de 15 milhões de pesetas (caso espanhol) – que é o que se julga no âmbito penal -, não põe realmente em perigo relevante o bem jurídico, já se entenda este no sentido do patrimônio da Fazenda Pública, já no das funções sociais dos tributos. O perigoso seria aqui o efeito acumulativo. Logo, não é a conduta individual a lesiva, senão sua acumulação e globalização. Sob perspectivas de lesividade concreta, não há base para a intervenção penal, ainda que o significado global, setorial do “gênero” de condutas, possa justificar claramente a intervenção do Direito Administrativo (e isso a partir de uma fraude de pouca monta que, multiplicada pelo número de contribuintes, poderia já começar a ter um enorme significado: assim, uma fraude por contribuinte de dez mil pesetas – equivalente a R\$ 100,00 – multiplicada por uns 25 milhões de contribuintes, daria a enorme cifra global de 250 bilhões de pesetas (ou 2,5 bilhões de reais). O implica que, obviamente, a fraude de somente 10.000 pesetas deva ser considerada ilícito administrativo e sancionada; c) Um terceiro exemplo pode ser extraído da proteção do meio ambiente. Os resíduos de uma empresa – de apenas uma -, por muito que superem amplamente os graus de concentração de metais pesados estabelecidos na normativa administrativa, não tem como colocar em perigo – por si só – o equilíbrio dos sistemas naturais. Se somente se tratasse dos resíduos de uma empresa, não existiria problema ambiental. O problema se deriva da generalização de resíduos com certos graus de concentração de metais. Nessa medida, é lógico que sob a perspectiva global do Direito Administrativo sancionador se considerem pertinentes a intervenção e a sanção. Pois o somatório de resíduos teria – aliás, tem – um inadmissível efeito lesivo. Mas, novamente, não se mostra justificável a sanção penal da conduta isolada que, por si só, não coloca realmente em perigo o bem jurídico que se afirma proteger; d) Um quarto exemplo, em matéria de entorpecentes, poderia ser dado pelos casos em que a quantidade com a qual se trafica não tem, por si mesma, expressão capaz de pôr em perigo a saúde pública (por isso tem sentido distinguir entre o pequeno traficante e o grande traficante). Aqui também o decisivo para sanção seria a proteção de um determinado modelo de gestão da saúde pública e não o desvalor da ação isoladamente considerada. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 152-155).

pesquisar, com fulcro em tais vetores, assim como no procedimento da ponderação desenvolvido por Robert Alexy, a limitação proporcional ao direito fundamental individual e o ganho proporcional na efetivação de direitos fundamentais sociais. Os direitos fundamentais individuais encontram limites tanto em outros direitos fundamentais individuais quanto e, de modo ainda mais intenso, na estrutura principiológica e constitucional dos direitos fundamentais sociais.

Não se discorda de que o moderno Direito Penal tem se desenvolvido com feições típicas do Direito Administrativo. A sociedade mudou e mais, a criminalidade de hoje é bastante diferente da criminalidade do momento histórico da estruturação do Direito Penal Liberal. Logo, atuar com instrumental diverso do instrumental clássico do Estado Liberal de Direito não descaracteriza, por si só, a legitimidade da intervenção jurídico-penal, pelo contrário. Tal mudança paradigmática torna-se imperiosa para a efetivação dos ditames constitucionais, nos exatos termos da estrutura principiológica contida no ordenamento jurídico-constitucional.

### 3.1.1.4 A Avocação Político-Populista do Discurso Penal

A avocação do discurso jurídico-penal por parte dos parlamentares tem se dado não apenas no Brasil, mas em todo o mundo<sup>180</sup>. Os representantes do povo, conhecedores da demana social por mais segurança pública, por um combate eficiente à criminalidade, tem se apropriado do discurso denominado expansão do Direito Penal. Ocorre que o Parlamento,

---

<sup>180</sup> *La tendencia a la que se acaba de hacer referencia tiene manifestaciones directas en la política cotidiana. En efecto, lo propio del modelo preexistente (esto es, del debate en torno a la ideología de ley y orden) era que los partidos y grupos vulgarmente calificados como “de derechas” asumieran la tesis del incremento de la seguridad a través de una mayor presión punitiva, mientras que los partidos y organizaciones “de izquierdas” defendían aparentemente la postura contraria: la de la dismonución de la precisión punitiva. Así, el cambio fundamental se produce cuando la socialdemocracia europea pasa a asumir, en su totalidad, el discurso de la seguridad. Uno de los eslóganes más populares en el congreso del **Labour Party** británico de septiembre de 1997 fue precisamente éste: **Tough on crime, tough on the causes of crime**. La idea rectora anterior: debe hacerse hincapié en la seguridad a través del Derecho penal, pues ésta favorece ante todo a los más débiles; ciertamente – se manifiesta -, mientras los ricos habitan en barrios tranquilos con seguridad privada, la delincuencia callejera amenaza sobre todo a la gente modesta que vive en los barrios más peligrosos. Esa idea de seguridad (lo que podríamos denominar “ideología de la ley y el orden en versión de izquierda”) fue asumida en su día expresamente ante los medios de comunicación tanto por el entonces ministro del interior del gobierno socialista francés, Chevenement, como por el ministro de interior y justicia británico, el laborista Straw, quien, denunciando el “relativismo moral” y la “cultura de la indulgencia”, se declaraba, por ejemplo, partidario de la “tolerancia cero” frente a la delincuencia juvenil. En realidad, en el ámbito del Derecho penal de Inglaterra y Gales, la tendencia es muy claramente perceptible y no precisamente reciente. El lector escéptico puede acudir a comparar el tenor de la **Criminal Justice Act** de 1991, con la **Criminal Justice and Public Order Act** de 1994. Lo llamativo es que el partido laborista prosiguiera la línea que habían establecido previamente los conservadores. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo; Buenos Aires: Ibddef, 2006. p. 69-70).*

muitas vezes não compromissado com a efetivação como um todo da estrutura principiológica da Constituição da República, elabora projetos de lei e vale-se de discursos destoantes dos ditames constitucionais, o que contribui, decisivamente, para a intensificação das críticas acerca da modernização do Direito Penal. Por outro lado, o Poder Legislativo constitui-se em um dos principais veículos de expressão da vontade coletiva, sendo absolutamente legítima tal avocação. O que precisar estar claro é que, o eco da demanda social no Parlamento, tem o condão de impulsionar o fenômeno denominado expansão ou modernização do Direito Penal, apenas isso. Essa característica da interação entre os representados e os representantes é não apenas legítima, como imprescindível em um Estado Democrático de Direito. A avocação político-populista do discurso penal significa somente um dos fatores que tem contribuído para a publicação de mais leis penais, assim como a modificação do conteúdo das mesmas.

### 3.1.1.5 O Punitivismo e o Direito Penal Simbólico

Os doutrinadores atrelados ao paradigma liberal-individualista do Direito Penal argumentam no sentido de que a expansão ilegítima do citado ramo jurídico vai ao encontro de um punitivismo desproporcional e desarrozoado e do denominado Direito Penal simbólico. Sobre o Direito Penal simbólico, vejamos as palavras do professor Manuel Cancio Meliá<sup>181</sup>:

*Particular relevancia corresponde, en primer lugar, a aquellos fenómenos de neo-criminalización respecto de los cuales se afirma críticamente que tan sólo cumplen efectos meramente simbólicos. Como ha señalado Hassemer desde el principio de esta discusión, quien puede en relación al ordenamiento penal con elementos simbólicos puede crear la sospecha de que no toma en cuenta la dureza muy real y nada simbólica de las vivencias de quien se ve sometido a persecución penal, detenido, processado, acusado, condenado,*

<sup>181</sup> JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 93-96. [...] *Lo que sucede es que en realidad, la denominación Derecho penal simbólico no hace referencia a un grupo bien definido de infracciones penales caracterizadas por su inaplicación, por la falta de incidencia real en la solución en términos instrumentales, sino que, como antes se indicaba, identifica un especial significado simbólico del proceso mismo de criminalización, es decir, la especial importancia otorgada por el legislador a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas. Y estos efectos incluso pueden llegar a estar integrados en estrategias mercadotécnicas de conversación del poder político, llegando hasta la génesis conscientes en la proclación de determinadas actitudes en relación con los fenómenos penales que después son satisfechas por las fuerzas políticas. Dicho con toda brevedad: el Derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado hecho, sino también (o, sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual, sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal – dejando de lado las estrategias a corto plazo de mercadotecnia de los agentes políticos – presigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como otros, como no partícipes de esa identidad. Y parece claro que para ello también son necesarios los trazos vigorosos de un punitivismo exacerbado, en escalada, especialmente, cuando la conducta em cuestión ya se hallaba amenazada de pena. Por lo tanto, el Derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal. A continuación puede examinarse lo que surge de su unión: el Derecho penal del enemigo.* (Ibid., p. 108-110).



*encerrado, es decir, la idea de que se inflinge un dano concreto con la pena para obtener efectos algo más que simbólicos. Por lo tanto, para siquiera poder abordar el concepto, hay que recordar primero hasta qué punto el moderno principio político-criminal de que sólo una pena socialmente útil puede ser justa ha sido interiorizado (en diversas variantes) por los participantes en el discurso político-criminal. Sin embargo, a pesar de ese postulado (de que se satisface con la existencia del sistema penal un fin, que se obtiene un resultado concreto y mensurable, aunque sólo sea – en el caso de las teorías retributivas – la realización de la justicia), los fenómenos de carácter simbólico forman parte de modo necesario del entramado del Derecho penal, de manera que en realidad es incorrecto el discurso del Derecho penal simbólico como fenómeno extraño al Derecho penal. En efecto, desde perspectiva muy distintas, desde la criminología crítica – y, en particular, desde el así llamado enfoque del **labeling approach**<sup>182</sup> –, que pone el acento sobre las condiciones de la atribución social de la categoría delito, hasta la teoría de la prevención general positiva, que entiende delito y pena como secuencia de tomas de posición comunicativa respecto de la norma: los elementos de interacción simbólica son la misma esencia del Derecho penal. Entonces, qué es lo que quiere decirse con la crítica al carácter simbólico, si toda la legislación penal necesariamente muestra características que cabe denominar simbólicas? Cuando se usa en sentido crítico del concepto de Derecho penal simbólico, se quiere, entonces, hacer específica referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido, es decir, que en estos ámbitos predomina una función latente sobre la manifiesta, o, dicho en una nueva formulación, que hay una discrepância entre los objetivos invocados por el legislador – y los agentes políticos que conforman las mayorías de éste – y la agenda real oculta bajo aquellas declaraciones expresas.*

Cancio Meliá<sup>183</sup> manifesta-se no seguinte sentido acerca do fenómeno denominado punitivismo:

*Sin embargo, reconducir los fenómenos de expansión que aqui interesan de modo global a estos supuestos de promulgación de normas penales meramente simbólicas no atenderia al verdadeiro alcance de la evolución.*

<sup>182</sup> O *labelling Approach* é designado na literatura, alternativa e sinonimicamente, por enfoque do interacionismo simbólico, etiquetamento, rotulação ou ainda por paradigma da “reação social”, do “controle” ou da “definição”. Ele surge nos Estados Unidos da América nos finais da década de 50 e início da década de 60 com os trabalhos de autores como H. Garfinkel, E. Goffmann, K. Ericson, A. Cicourel, H. Becker, E. Schur, T. Scheff, Lemert, Kitsuse, entre outros, pertencentes à “Nova Escola de Chicago”, como o questionamento do paradigma funcional até o momento dominante dentro da Sociologia norte-americana. A teoria do *labelling approach* parte da premissa de que a criminalidade não existe na natureza, não é um dado, mas uma construção da sociedade, uma realidade que decorre de processos de definição e de interação social. O crime passa a ser compreendido não como uma qualidade intrínseca, determinada, e sim como uma decorrência de critérios seletivos e discriminatórios que o definem como tal. Segundo Hassemer, o *labelling approach* significa enfoque do etiquetamento, e tem como tese central a ideia de que a criminalidade é resultado de um processo de imputação, a criminalidade é uma etiqueta, a qual é aplicada pela Polícia, pelo Ministério Público e pelo Tribunal penal, pelas instâncias formais de controle social. O *labelling approach* remete especialmente a dois resultados da reflexão sobre a realização concreta do Direito: o papel do juiz como criador do Direito e o caráter invisível do lado interior do ato.

<sup>183</sup> JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thonson Civitas, 2006. p. 99-101.

*Pues el recurso al Derecho penal no sólo aparece como instrumento para producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación de normas evidentemente destinadas a no ser aplicadas, sino que, en segundo lugar, también existen procesos de criminalización a la antigua usanza, es decir, la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión, es decir, procesos que conducen a normas penales nuevas que sí aplicadas o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes. De este modo, se invierte el proceso habido en los movimientos de reforma de las últimas décadas, en el que fueron desapareciendo diversas infracciones – recuérdese sólo la situación del Derecho penal en materia de conductas de significado sexual – que ya no se consideraban legítimas. En este sentido, se advierte la existencia en debate político de un verdadero **clima punitivista**: el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal; un ambiente político-criminal que, desde luego, no carece de antecedentes. Pero estos procesos de criminalización – y esto es nuevo – en muchas ocasiones se producen con coordinadas políticas distintas al reparto de roles tradicional que podría resumirse en la siguiente fórmula: izquierda política-demandas de descriminalización<sup>184</sup>/derecha política-demandas de criminalización. En este sentido, parece que se trata de un fenómeno que supera, con mucho, el tradicional populismo en la legislación penal: la historia no se repite.*

A tentativa de desqualificar a modernização do Direito Penal valendo-se do punitivismo e do Direito Penal simbólico não deve prosperar. Não se discorda do argumento e do fato de que cada vez mais os Estados tem se valido das normas jurídico-penais, fenômeno que se denomina expansão formal do Direito Penal. Porém, é imprescindível a constatação de que condutas extremamente nocivas ao convívio social tem sido cometidas com uma frequência cada vez maior, o que exige uma postura efetiva por parte dos Estados no sentido de combatê-las. Relevante e oportuno ressaltar que é dever do Estado efetivar os direitos fundamentais à segurança pública e à paz, direitos que, quanto mais verticalizada a intensidade de sua efetivação, mais intensa será a possibilidade concreta de efetivação dos

---

<sup>184</sup> *Respecto de la izquierda política resulta especialmente llamativo el cambio de actitud: de una línea – simplificando, claro está – que identificaba la criminalización de determinadas conductas como mecanismos de represión para el mantenimiento del sistema económico-político de dominación a una línea que descubre las pretensiones de neo-criminalización específicamente de izquierdas: delitos de discriminación, delitos en los que las víctimas son mujeres maltratadas, etc. Sin embargo, evidentemente, el cuadro estaría incompleto sin hacer referencia a un cambio de actitud también en la derecha política: en el contexto de la evolución de las posiciones de estas fuerzas, también en materia de política criminal, nadie quiere ser conservador, sino igual de progresista (o más) que todos los demás grupos (= en este contexto: defensiva). En este sentido, la derecha política – en particular, me refiero a la situación en España – ha descubierto que la aprobación de normas penales es una vía para adquirir matices políticos progressistas. Igual que la izquierda política ha aprendido lo rentable que puede resultar el discurso de **law e order**, antes monopolizados por la derecha política, ésta se suma, cuando puede, al orden del día político-criminal que cabría suponer, en principio, perteneciente a la izquierda – una situación que genera un escalada en la que ya nadie está en disposición de discutir de verdad cuestiones de política criminal en el ámbito parlamentario y en la que la demanda indiscriminada de mayores y más efectivas penas ya no es un tabú político para nadie. (JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 101-102).*

demais direitos e garantias fundamentais, principalmente os individuais ou de primeira dimensão. O simbolismo do Direito Penal é algo inerente ao mesmo. O Direito Penal causa medo, temor, característica importante para a efetividade da norma jurídico-penal. É exatamente tal peculiaridade do Direito Penal que faz com que seja necessária a sua intervenção na vida dos cidadãos, tendo em vista que, em muitos casos, outros instrumentos de controle social, bem como outros ramos jurídicos não são fortes o suficiente para se comunicar eficazmente com os atores sociais. O Direito Penal possui um aspecto simbólico que lhe é peculiar. Por outro lado, a atuação de Direito Penal, em regra, nada tem de simbólica, pois atribui ao infrator da norma sanções de privação da liberdade, restrições de direitos e/ou multa, além do estigma pessoal e social que é produzido naquele que é tocado por tal ramo jurídico.

### *3.1.1.6 As Últimas Tendências Mundiais do Poder Punitivo que não podem ser Deixadas de Lado pela Doutrina*

O Poder Punitivo estatal tem se caracterizado, nos dias atuais, pelo fenômeno denominado “expansão do Direito Penal”. Preferimos o termo “modernização do Direito Penal”, pelo fato da expansão ser consequência lógica da adaptação de tal ramo jurídico às peculiaridades da nova criminalidade, bem como à necessidade estatal de efetivação de direitos fundamentais. É inquestionável a presença, nas legislações mundiais, de tal fenômeno.

A modernização do Direito Penal tem se valido de instrumentos jurídico-penais<sup>185</sup> até então de utilização excepcional (Direito Penal liberal), assim como conferido novo conteúdo a

---

<sup>185</sup> *A delincuencia organizada como fenómeno criminal há preocupado y continua inquietando a la mayor parte de los países, no solo por los efectos nocivos que le son propios, sino además por sus consecuencias colaterales en la economía, política y desarrollo social de los Estados que resultan afectados por ésta. En la actualidad no es fácil considerar que un país se encuentra salvo o blindado contra la macrocriminalidad, todo lo contrario, el propio desarrollo de las sociedades actuales vinculado con los efectos de la globalización, há generado paralelamente el expansionismo del fenómeno criminal. La lucha contra la criminalidad de gran escala, no sólo por su carácter organizado, sino además por su dinamismo y dificultad de persecución, descubrimiento y prueba, há motivado a la comunidad internacional a la adopción de diversos instrumentos legales encaminados a prevenir y sancionar las conductas criminales de carácter organizado. Así, los instrumentos internacionales han incidido en los ordenamientos jurídicos internos, los cuales han tenido que impulsar reformas para incorporar recomendaciones encaminadas a la lucha contra la delincuencia de carácter organizado. Es innegable, que la persecución de la criminalidad organizada y en particular el terrorismo han tenido como punto de reflexión los acontecimientos sucedidos en el World Trade Center de New York y el pentágono, el fatídico 11 de septiembre de 2001, a partir de dicho momento se potenciaron las normas internacionales en la lucha contra el fenómeno criminal de efectos globales y consigo, el fortalecimiento de medidas resictivas de derechos y garantías. Lo anterior, se ha adoptado por parte de los Estados con el objeto de posibilitar una efectiva protección de los intereses ciudadanos, en lo que empezó a denominar-se como seguridad ciudadana en el marco de las políticas*

princípios ou a direitos fundamentais de origem no Estado Liberal de Direito. O dever estatal de efetivar normas constitucionais, especialmente as que exigem a proteção e a efetivação de direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, tem exigido do Poder Legislativo (torna-se imprescindível que o Poder Judiciário também compreenda tal necessidade, assim como observe o espaço legítimo de expressão da vontade coletiva externada no Parlamento), a elaboração de textos jurídico-penais pautados por uma estrutura jurídico-normativa que

---

*democráticas. Así por ejemplo, pueden destacarse algunas de las leyes que se han creado para tal fin, la denominada "Patriot Act" norteamericana (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism) de 26 de octubre de 2001. La Ley Británica de Prevención del Terrorismo de 11 de maio de 2005, aplicable tanto a nacionales y extgranjeros, que introduce entre otras cosas, las "ordenes de control", que permiten vigilar a los extranjetos sin una decisión judicial. La legislación antiterrorista italiana de 14 de diciembre de 2001, n. 431, de "Medidas urgentes para reprimir y contrarrestar la financiación del terrorismo internacional" que crea el denominado Comité de Seguridad Financiera ( Comitato di Sicurezza Finanziaria); y la Ley de 15 de diciembre de 2001, n. 438, sobre "Disposiciones urgentes para contrarrestar el terrorismo internacional" la Ley 1121 de 2006 de Financiación al Terrorismo de Colombia, entre otras. Dichas leyes, son solo un reflejo del movimiento legislativo expansionista al anterior de los Estados en la lucha contra el crimen organizado, y en especial contra el terrorismo. A lo anterior, deben sumarse las recomendaciones internacionales contenidas en la Converncción de las Naciones Unidas contra la Delicuencia Organizada Transnaciona, suscrita en Palermo en 2000, y los documentos especializados internacionales. Dentro de estos últimos, se encuentran Reglamento Modelo de la CICAD, la Ley Modelo sobre Blanqueo, decomiso y cooperación intenacional en lo relativo al produto del delito diseñado por la Oficina de Fiscalización de Drogas y Prevención del Delito de las Nacionales Unidas, el Manual de Apoyo para la Tipificación del Delito de Lavadoo de la CICAD, la Directiva del Consejo de Europa contra el Blanqueo de Capitales, las Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, entre otras. Así las cosas, al momento de referirmos a tendências político criminales o de lege ferenda existentes en la lucha contra la criminalidad organizada, estamos aludiendo de una parte, a las medidas de carácter internacional proferidas en el seno de la Organización de Nacionales Unidas y demás instancias internacionales competentes en este ámbito, y de otra, a los instrumentos internos adoptados por los Estados relativos a medidas substantivas, procesales y administrativas. Con relación a las medidas de orden substantivo o material, éstas se vinculan con el catálogo de delitos que prevén las legislaciones par asancionar las modalidades delictivas que se consideran organizadas, el estudio de sus penas y las tendências incriminadoras por parte de los Estados. Las medidas de Derecho procesal por su parte, buscan efectivizar las investigaciones y persecuciones quye se adelantan contra las bandas, redes y criminales organizados; también buscan potenciar los instrumentos de investigación entre países y la práctiva de pruebas, uno de los aspectos más destacados en este grupo de medidas, son las relativas al manejo de bienes provenientes de las atividades delictivas, para lo cual, se crean instrumentos que impossibilitan su manejo y productividad. En cuanto a las medidas administrativas puede destacarse, que éstas comprometen diversas instancias de control de las atividades conexas al crimen organizado, y que en definitiva actúan como instrumentos de supervisión de las atividades criminales a estos tipos de delitos. En lo atane a tendências incriminadoras en el ámnbito del delito organizado en la actualidad, es preciso mencionar que éstas pasan por la adopción del llamado "Derecho penal del enemigo", propio del modelo funcionalista sistémico formulado por el penalista aleán Jkaobs, el cual, ha sido seguido por algunos países. En esta construcción dogmática de alto contenido filosófico y sociológico se restringen las garantías sustanciales y procesales propias de los modelos democráticos contemporâneos, so pretexto de posibilitar la seguridad ciudadana o cívivencia social. A su vez,s e encuentra el modelo incriminador conocido como "Derecho Penal de la tercera velocidad", el cual, ha sido formulado para combatir la delincuencia sexual violenta, la lucha contra la criminalidad organizada, el narcotráfico, la criminalidad de Estado y el terrorismo, y que en definitiva, su aplicación se destina a conductas de especial impacto social. Este último se caracteriza por su carácter excepcional y por la restricción de garantías constitucionales de innegable relevancia, en atención a la peligrosidad de las conductas y al especial impacto que el fenómeno criminal general en la sociedad y que puede repercutir en su estabilidad. (CALLEGARI, André Luís; CANCIO MELIÁ, Manuel; RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. *Crime organizado: tipicidade, política criminal, investigação e processo - Brasil, Espanha e Colômbia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 64-66).*

desborda dos vetores hermenêuticos típicos do Direito Penal liberal. As principais reflexões que devem ver ser realizadas são: A sociedade atual é similar à sociedade do Estado liberal de Direito? A criminalidade atual é similar à criminalidade do Estado liberal de Direito? É legítima a atuação do Direito Penal para efetivar objetivos estatais? Como controlar a legitimidade da intervenção do Direito Penal? Uma das principais e mais intensas críticas à modernização do Direito Penal é a crescente utilização por parte do mesmo dos denominados tipos penais incriminadores de perigo abstrato, antecipando-se, assim, a intervenção jurídico-penal. A modernização do Direito Penal é pautada pelo aumento da tipificação dos crimes de perigo abstrato. O Min. Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 104.410/RS, manifestou-se acerca dos crimes de perigo abstrato no seguinte sentido:

Apesar da existência de ampla controvérsia doutrinária, os crimes de perigo abstrato podem ser identificados como aqueles em que não se exige a efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma nem a configuração do perigo em concreto a esse bem jurídico. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. Assim, os tipos de perigo abstrato descrevem ações que, segundo a experiência, produzem efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico digno de proteção penal, ainda que concretamente essa lesão ou esse perigo de lesão não venham a ocorrer. O legislador, dessa forma, formula uma presunção absoluta a respeito da periculosidade de determinada conduta em relação ao bem jurídico que pretende proteger. O perigo, nesse sentido, não é concreto, mas apenas abstrato. Não é necessário, portanto, que, no caso concreto, a lesão ou perigo de lesão venham a se efetivar. O delito estará consumado com a mera conduta descrita no tipo. Com isso, não é difícil entender as características e os contornos da delicada relação mantida entre os delitos de perigo abstrato e os princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, da lesividade ou ofensividade, ou mesmo da culpabilidade e da presunção de inocência, os quais, não há dúvida, estão intrinsecamente relacionados com o princípio da proporcionalidade. A atividade legislativa de produção de tipos de perigo abstrato, por isso, deve ser objeto de rígida fiscalização a respeito da sua constitucionalidade; especificamente, sobre sua adequação ao princípio da proporcionalidade. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa, ou a medida mais eficaz, para proteção de bens jurídico-penais supra-individuais ou de caráter coletivo, como o meio ambiente, por exemplo. A antecipação da proteção penal em relação à efetiva lesão torna mais eficaz, em muitos casos, a proteção do bem jurídico. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade

legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. Cabe ao Supremo Tribunal Federal exercer o controle de constitucionalidade dessa atividade legislativa em matéria penal, de acordo com os parâmetros a seguir delineados. Em primeiro lugar, no âmbito de análise segundo a **máxima da adequação**, é possível constatar que não serão idôneos para a proteção de determinado bem jurídico os atos legislativos criadores de tipos perigo abstrato que incriminem meras infrações administrativas, as quais não têm aptidão para produzir, sequer potencialmente, qualquer perigo em concreto para o bem jurídico em questão. Isso quer dizer que os crimes de perigo abstrato devem restringir-se aos comportamentos que, segundo os diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador com base em dados e análises científicas disponíveis no momento legislativo – e daí a importância da verificação de fatos e prognoses legislativos – geralmente configuram perigo para o bem jurídico protegido, estando descartados aqueles que apenas de forma excepcional podem ensejar tal perigo. Conforme as lições de Aguado Correa<sup>186</sup>: *‘Como conclusión, podemos afirmar que serán idóneos los delitos de peligro abstracto para la protección de bienes jurídicos cuando, según la forma y la intensidad de los ataques, sea necesaria su protección frente a peligros abstractos; cuando se trate de prohibir comportamientos que no afectan de modo alguno al bien jurídico correspondiente serán inidóneos. Por otra parte, únicamente será idónea la prohibición penal de acciones peligrosas en abstracto cuando las distintas formas de actuación que se prohíben normalmente supongan un peligro para el bien jurídico protegido y no cuando tan solamente en casos excepcionales puede suponer un peligro para el mismo’*. Nesse sentido, segundo a **máxima da necessidade**, quando houver medidas mais eficazes para a proteção do bem jurídico-penal, porém menos gravosas para os direitos individuais em jogo, os crimes de perigo abstrato serão contrários aos princípios da subsidiariedade e da ofensividade e, dessa forma, ao **princípio da proporcionalidade**. Meros ilícitos que são objeto de responsabilização jurídica eficaz por meio do Direito Civil ou do Direito Administrativo tornam desnecessária a intervenção do Direito Penal, que deve ocupar apenas como *ultima ratio*. Assim, como explica Aguado Correa<sup>187</sup>: *‘Para que los delitos de peligro abstracto resulten compatibles con el principio de ofensividad es necesario: por una parte, que a través de los mismos se intente proteger bienes jurídicos merecedores de pena, es decir, constitucionalmente legítimos y dotados de una especial relevancia social, puesto que implican una ampliación muy importante de la tutela penal; por otra parte, que a través de los delitos de peligro abstracto se tipifiquen aquellas conductas que aparezcan como generalmente peligrosas para el bien jurídico que se trata de proteger, y no aquellas conductas que sólo en algunos casos aparecen como peligrosas; en último lugar, que en el caso concreto el comportamiento sea efectivamente peligros para el bien jurídico protegido’*. No âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, deverá ser verificado se a restrição a direitos fundamentais como resultado da incriminação de comportamentos perigosos em abstrato pode manter uma relação de proporcionalidade com a proteção do bem jurídico em questão alcançada pela medida normativa de caráter penal. Em outros termos, quanto maior for a intervenção penal em direitos fundamentais dos afetados, maior deverá ser a efetiva proteção do bem jurídico por ela almejada. Nas palavras

---

<sup>186</sup> AGUADO CORREA, Tereza. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa; 1999. p. 341 e ss.

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 394.

de Aguado Correa<sup>188</sup>: ‘*el tercer nivel del principio de proporcionalidad en sentido amplio pretende ser un control de signo opuesto de aquellas medidas que han sido consideradas idóneas y necesarias, en el sentido de si los medios utilizados, que son los que causan esa restricción de derechos fundamentales en los afectados, se encuentran en una relación de proporción con la protección del bien jurídico que a través de los mismos se pretende alcanzar. Este examen pueden llegar a la conclusión de que un medio en principio idóneo y necesario para la protección del bien jurídico, no debe ser utilizado porque el menoscabo de derechos fundamentales del afectado que conlleva supera el aumento de protección del bien jurídico, de manera que la utilización de dicho medio de protección puede ser reputado desproporcionado. Ello implica que bajo determinadas circunstancias se deja de proteger legítimamente el bien jurídico porque, de lo contrario, se produciría un menoscabo desproporcionado de los derechos fundamentales*’.<sup>189</sup>

<sup>188</sup> AGUADO CORREA, Tereza. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa; 1999. p. 403.

<sup>189</sup> Afigura-me que as razões expostas superam os antes proclamados juízos de controle de evidência e sustentabilidade ou justificabilidade, Afinal, a proposição da política pública em questão encontra ressonância em estudos diversos e ecoa dentro do anseio popular. Em tese, há legitimidade no uso da discricionariedade do legislador. Afinal, são de todos conhecidos e alarmantes os índices de violência no país. A criminalidade atua de modo a subverter os princípios do Estado Democrático de Direito, obrigando os cidadãos, principalmente nos grandes centros, a viverem intramuros, intranquilos e inseguros. Remanescem a verificação do controle de adequação e a necessidade da medida, aferindo-se se o propósito almejado realmente pode ser obtido com a medida proposta, e se ao legislador não caberia selecionar outro meio de igual ou superior eficácia, que não restrinja ou restrinja menos o direito fundamental. Esse juízo valorativo aproxima-se, e muito, ao próprio caráter fragmentário/subsidiário do Direito Penal. Diante desse contexto, cabe renovar a questão inicial: é legítima a criminalização de arma desmuniada? A resposta negativa se impõe, pois a dinâmica dos fatos verificados no cotidiano tem demonstrado que a simples apreensão e a aplicação de sanção pecuniária não são bastante para coibir o uso e o porte da arma de fogo e, por conseguinte, reduzir os índices de violência. Consigne-se que a majoração das penas, mediante qualificação de determinadas condutas tipificadas, quando consumadas com o emprego de arma de fogo (art. 157, §2, I, do CP; art. 158, §1, CP), também, não se mostrou suficiente para proibir suas práticas. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6 e 144 da CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e **psíquica** do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.), *concessa venia*, tem inerente à sua natureza a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. É inquestionável que o resultado morte ou lesão – ou mesmo a ameaça – pode ser obtido pelos mais diversos objetos e formas que a mente humana é capaz de se utilizar, mas, no caso da arma de fogo, pela sua própria natureza, o legislador resolveu distingui-la e erigi-la como tipo autônomo. O legislador, na verdade, antecipou-se aos possíveis e prováveis – isso me parece que deve ficar claro, pois é o ordinário – resultados lesivos. No caso, essa antecipação encontra sustentação no próprio objeto incriminado, pois ninguém se utiliza de arma com outra finalidade senão aquela para a qual foi concebida. E mesmo aqueles que dela se apossam para se defender, comprovam as estatísticas, tem cumprido finalidade diversa, ora sendo de acidentes domésticos, ora servindo para alimentar o comércio clandestino. Inabalável, igualmente, a lesividade à paz social. E o argumento de que ela é ínsita a todo e qualquer delito, não desautoriza seu relevo como bem a tutelar, ao revés, confirma-se e ratifica sua distinção como fato apto a merecer a proteção do Direito Penal. Diversa seria a situação se o objeto, de per si, não causasse qualquer abalo à paz social, como, por exemplo, o caco de vidro, a faca (aceitos socialmente, mormente pela utilidade ordinária diversa). Da mesma sorte e sem deslustramento aos que divergem na linha de raciocínio, penso que seu poder de intimidação sobre as pessoas representa potencial lesão à paz social e à segurança pública. *Ad argumentandum*, ainda, segundo Miguel Reale Junior: “o direito valora e protege os bens segundo as pautas valorativas positivamente configuradas em seus comandos, aos quais se dirigem à vontade dos destinatários da norma. Como o direito, com o fim de proteger bens, exerce função reguladora das vontades individuais, apenas quando há uma possibilidade de relacionamento entre a norma e a vontade a ser regulada, é que pode ocorrer uma contrariedade ao direito (Reale Jr, Miguel. Teoria do Direito. 2 ed, RT, p. 69). Portanto, não há que se falar em responsabilidade penal objetiva, pois ao cidadão remanece espaço de

autodeterminação. A ele é factível, possível e desejável que se abstenha de usar ou portar armas. Podemos, sim, poetizar sobre a arma de foto, mas é inexorável que sua natureza é letal e, com efeito, no plano teórico, respalda uma preocupação legítima do legislador de coibir seu uso, seu porte e sua posse. Não descuro da realidade, inclusive daquela formada por situações possíveis de ocorrer nos mais diversos rincões deste país e que, em tese, ainda que subsumidas à tipicidade formal, são desprovidas de qualquer significado social. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser auferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. Devemos cindir a questão em dois momentos: da elaboração da norma incriminadora e da aplicação do direito ao caso concreto. Aliás, como sói ocorrer em todas as situações abarcadas pelo direito. Assim, a questão, ao meu sentir, não reside na tipificação da conduta, mas na aplicação do direito aos diversos fatos que se verificam no cotidiano. Na avaliação concreta realizada pelo juiz, ao pretensamente realizar um juízo de subsunção do fato à norma. A corroborar, ao menos em linha de princípio, colho a doutrina de Lênio Luiz Streck: “Para exemplificar, chamo a atenção para o caso de uma regra jurídica como a do art. 509 do Código Penal da Espanha, punindo todo aquele que *tuviera en su poder ganzúas y otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación*. Ninguém discutirá que estará sujeito à penalidade aquele que for detido no pátio de uma casa, em circunstâncias que apontem para o fato de que estava colocando em risco bens jurídicos patrimoniais de terceiros (aqui não se está questionando a liberdade de conformação do legislador, isto é, não se coloca em xeque a escolha dos fins e meios para a punição da conduta e também não questiona, no plano geral, as políticas de combate aos crimes contra o patrimônio). Também não se discutirá a hipótese do enquadramento no tipo penal daquele que for detido já em plena utilização dos referidos instrumentos, uma vez que os pré-juízos legítimos, que conformam o modo-de-ser-no-mundo dos juristas, apontam para o sentido – que é trazido pela tradição na qual estamos desde sempre inseridos – do que seja ‘instrumento próprio para o cometimento de furto’, ‘significado de proteção à propriedade privada’, ‘crime’, ‘norma jurídica’, ‘teologia da regra’, ‘função do direito penal’, etc; Está-se diante, assim, da resposta correta para cada uma das hipóteses. Não haverá, portanto, qualquer dificuldade para procurar a resposta, porque, antes disso, já foi encontrada pela intérprete. Antes de procurar, ele já a achou. Mas essa fusão de horizontes pode se mostrar malsucedida, na hipótese de ocorrer a demandada pela superação das insuficiências do que onticamente objetivamos (esta demanda só ocorre para quem tem condições de identificar os falsos pré-juízos como tais). Sendo mais claro, aqui me refiro às ocorrências do mundo prático que superem a situação ou situações consideradas *standard*, o que implica perguntar: estaria correto dizer que qualquer indivíduo que seja detido transportando instrumentos aptos para cometer furtos e não dê conta dessa posse estaria ‘subsumido’ no aludido tipo penal? Antes de tudo, é possível afirmar que, no âmbito das respostas proferidas a partir de raciocínios causais-explicativos, a simples posse dos instrumentos e o ‘não dar conta’ da aquisição ou ‘transporte’ dos mesmos, já seria suficiente para o enquadramento. É o que se chamaria de ‘caso simples’. Entretanto – e aqui aparece o problema da distinção entre casos simples e casos complexos -, uma pré-compreensão forjada no paradigma de um direito penal garantista demandará uma resposta que vá além do que ‘onticamente objetivamos’. Mas isso somente ocorre quando a coisa interpela o intérprete, convoca-o a compreendê-la, em face do estranhamento que lhe provoca, o que não acontecerá nos casos em que sequer nos perguntamos acerca das razões pelas quais a resposta é aquela. Trata-se da hipótese de horizontes distintos, que provocará o ‘choque hermenêutico’, que ocorre quando algo estranho ao seu horizonte se lhe apresenta, circunstância que faz com que o intérprete ponha em questão seus pré-juízos (obviamente, se ele tiver condições pré-compreensivas para tal). Como já referido, esse ‘choque hermenêutico’ faz o intérprete estranhar o que lhe era familiar e, ao mesmo tempo, interpela-o para que torne familiar o que lhe surge como estranho (como demonstrarei mais adiante, é quando um *hard case* se transforma em um *easy case*, o que comprova a inadequação hermenêutica de tal distinção). Pois é nesse exato sentido que deve ser examinado o exemplo anterior, acrescido, agora, desse elemento provocador do estranhamento, isto é, no caso de alguém ser detido na posse de *ganzúas y otros* instrumentos destinados especialmente para *ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación*, em plena via pública, em decorrência de uma blitz feita pela polícia. Parece que, aqui, emerge claramente a ‘insuficiência da regra’, isto é, no caso em tela, está-se diante de uma fusão de horizontes que não encontra guarida na mera objetivação. Está-lse, assim, diante de uma demanda significativa que só pode ser atendida a partir da compreensão da dupla estrutura da linguagem. Estando o intérprete inserido em uma tradição autêntica (legítima) no direito, em que os juristas reintroduzem no mundo jurídico o mundo prático sequestrado pela regra (para utilizar apenas estes componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete), a resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes, envolvendo a principiologia constitucional. O caso concreto demanda uma série de análises, que ultrapassam o raciocínio causal explicativo, buscando no *ethos* principiológico a fusão de horizontes demandada pelo estranhamento que provoca essa nova situação. Antes de qualquer outra análise, deve-se sempre perquirir a compatibilidade constitucional do dispositivo legal com a Constituição (entendida, à evidência, no seu todo principiológico) e



A expansão ou modernização do Direito Penal também tem se valido do recrudescimento das sanções penais. Muitos doutrinadores, vinculados ao paradigma do Direito Penal típico do Estado Liberal de Direito, apontam que tal característica violaria o postulado normativo da proporcionalidade. Pedindo *venia* aos entendimentos em sentido contrário, não concordamos com tal conclusão. Não se vislumbra, em tese, violação alguma a tal postulado normativo, destacando que, em concreto e com fulcro de modo estrito no procedimento da ponderação de Alexy, ser possível a constatação da ilegitimidade da expansão ou modernização do Direito Penal. A mera intensificação, por si só, das sanções penais, não tem o condão de propiciar conclusões acerca da legitimidade ou ilegitimidade da intervenção jurídico-penal. **Os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, assim como a separação de poderes**, devem determinar a melhor decisão a ser extraída da estrutura principiológica prevista no texto constitucional. Deixamos as seguintes reflexões: a criminalidade tem se tornado mais frequente e intensificado o seu grau de violência? O postulado da proporcionalidade pode ser entendido como uma via de mão dupla. Nesse sentido nos parece que a desproporcionalidade está presente na legislação penal da atualidade, que não acompanhou ou não se adequou às peculiaridades da criminalidade da sociedade globalizada e complexa. Para embasar nosso entendimento não faltam argumentos. O postulado da proporcionalidade, na sua dimensão da proibição de proteção deficiente, se amoldaria de modo preciso na insuficiência do instrumental penal atual para combater, de modo eficiente, os novos delitos e a nova criminalidade. Reiteramos o destaque no sentido da necessidade urgente do Direito Penal romper com o paradigma liberal-individualista forjado no Estado Liberal de Direito, expandir-se e modernizar-se, visando ao combate efetivo das infrações penais que, realmente, fragilizam o Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, obstaculizam a efetivação dos direitos e garantias fundamentais de conteúdo coletivo e social.

Uma das tendências da Política Criminal da atualidade é o Direito Penal se valer de imputação denominada geral, em especial nos crimes societários. Uma das principais características do Direito Penal estruturado no Estado Liberal de Direito é a descrição, individualizada e detalhada, da conduta de cada um dos sujeitos ativos da infração. Tal exigência busca, em última análise, a otimização e a efetivação do princípio constitucional da ampla defesa, previsto no art. 5, inciso LV, da Constituição da República Federativa do

---

a existência de eventual antinomia. Deve-se sempre perguntar se, à luz da Constituição, a regra jurídica é aplicável à hipótese (ao caso). (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 309-314) – (Habeas Corpus n. 104.410/RS).

Brasil. A expansão ou modernização do Direito Penal, de modo especial nos delitos societários, mas não apenas neles, tem se valido de imputações genéricas, o que tem sido objeto de inúmeros questionamentos acerca da aptidão da inicial acusatória. Alguns doutrinadores, demonstrando desconhecimento das peculiaridades da criminalidade moderna, de modo injustificável tem externado grande resistência às imputações denominadas genéricas. Reconhece-se que o órgão acusatório deve desprender esforços para, ao máximo e dentro do possível, descrever de modo minucioso a contribuição de cada um dos agentes no evento delituoso. A descrição circunstanciada – e individualizada, em caso de concurso de pessoas – da conduta imputada na inicial acusatória é relevante para que se delimite o *thema descidendum* ou objeto do processo. Há casos, contudo, que essa descrição pormenorizada e individualizada, das condutas a serem imputadas, se mostra inviável. É o que ocorre com os crimes societários (Lei n. 8137/90, Lei n. 7492/86, Lei n. 8078/90, Lei n. 9605/98 etc.), que, por se passarem no âmbito de diretorias e gerências de empresas (praticados por administradores, sócios, mandatários etc.), acabam por dificultar a adequada identificação dos respectivos autores e partícipes. Essa dificuldade também é encontrada nos crimes multitudinários, ou seja, naqueles praticados por influência de multidão (tumulto), tais como linchamentos, saques de mercadorias encontradas em caminhão acidentado etc. Levando em consideração tais peculiaridades, os tribunais passaram a aceitar a denúncia genérica, é dizer, a imputação sem a individualização estrita das condutas de cada um dos acusados. Nesse sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, no julgamento do Habeas Corpus n. 85579/MA<sup>190</sup> – j. 24.05.2005, assim se manifestou sobre o tema:

EMENTA: 1. Habeas Corpus. Crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8137/90). Crime societário. 2. Alegada inépcia da denúncia, por ausência de indicação da conduta individualizada dos acusados. 3. Tratando-se de crimes societários, não é inepta a denúncia em razão da mera ausência de indicação individualizada da conduta de cada indiciado. 4. Configura condição de admissibilidade da denúncia em crimes societários a indicação de que os acusados sejam de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos. Precedentes (HC n. 80812/PA, DJ de 05.03.2004; RHC n. 65369/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27.10.1987; HC n. 73903/CE, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 25.04.1997; HC n. 59857/SP, Rel. Min. Firmino Paz, DJ de 10.12.1982). 5. No caso concreto, a denúncia é apta porque comprovou, de plano, que todos os denunciados eram, em igualdade de condições, solidariamente

---

<sup>190</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 85579/MA*. Pacte.(s) Aldenor Cunha Rebouças. Impte.(s) Bóris Trindade e outro(a/s). Coator(a/s)(es) Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em: 24 de maio de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2276385>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

responsáveis pela representação legal da sociedade comercial envolvida. 6. Habeas corpus indeferido.

O tema versado no Habeas Corpus citado não é pacífico, encontrando vários julgamentos, inclusive do próprio Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário. Nesse sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, no julgamento do Habeas Corpus n. 83554/PR<sup>191</sup>, assim se manifestou sobre o tema:

EMENTA: Habeas Corpus. 2. Responsabilidade penal objetiva. 3. Crime ambiental previsto no art. 2 da Lei n. 9605/98. 4. Evento danoso: vazamento em um oleoduto da Petrobrás. 5. Ausência de nexo causal. 6. Responsabilidade pelo dano ao meio ambiente não-atribuível diretamente ao dirigente da Petrobrás. 7. Existência de instâncias gerenciais e de operação para fiscalizar o estado de conservação dos 14 mil quilômetros de oleodutos. 8. Não-configuração de relação de causalidade entre o fato e o suposto agente criminoso. 9. Diferenças entre conduta dos dirigentes da empresa e atividades da própria empresa. 10. Problema de assinalagmaticidade em uma sociedade de risco. 11. Impossibilidade de se atribuir ao indivíduo e à pessoa jurídica os mesmos riscos. 12. Habeas corpus concedido.

Conforme destacado, o tema acerca da individualização pormenorizada da conduta de cada um dos sujeitos ativos da infração penal não é pacífico. O professor mineiro Eugênio Pacelli de Oliveira, na obra *Curso de Processo Penal*, identifica a relevante diferença entre *acusação geral e acusação genérica*. Segundo Pacelli, se for imputado um mesmo fato criminoso a vários integrantes de uma empresa, independentemente das funções por eles exercidas, ter-se-á uma *acusação geral*, perfeitamente admissível. Saber se cada um dos acusados agiu de uma mesma maneira é questão de prova (de mérito), não dizendo, portanto, com a aptidão da denúncia (validade do processo). Por outro lado, a imputação de vários fatos típicos, genericamente, a todos os membros de uma sociedade, sem que se possa saber quem teria agido de uma ou de outra forma, caracteriza a inadmissível denúncia *genérica*. Percebe-se que, ao menos há um consenso terminológico. O que alguns denominam acusação geral para outros significa acusação genérica. A tendência da Política Criminal atual é a presença de acusações que, em decorrência das características da criminalidade moderna, não tem o condão de descrever, com observância estrita ao postulado da individualização da conduta de cada um dos agentes. O que deve ser observado de modo estrito, é a possibilidade do acusado

---

<sup>191</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 83554/PR – STF*, Segunda Turma, Pacte.: Henri Philippe Reichstul. Impte.: José Gerardo Grossi. Coator(a/s)(es) Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2169746>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

identificar qual a imputação à sua pessoa, sob pena de violação, inaceitável, aos princípios e direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório<sup>192</sup>.

<sup>192</sup> Sobre a impossibilidade de “voltar” ao velho e bom Direito Penal liberal (*Gutes, Altes Liberales Strafrecht*), Silva Sánchez discorre: Ante os fenômenos que vêm sendo constatados e que redundam em uma progressiva expansão do Direito Penal, há quem advogue pela volta ao Direito Penal liberal, um Direito centrado na proteção dos bens essencialmente personalistas e do patrimônio, como estrita vinculação aos princípios de garantia. A intenção que rege tal proposta é, sem dúvida, a de recuperar sua configuração como um Direito estrito de garantia dos cidadãos diante da intervenção repressiva do Estado. Sem embargo, como tem sido afirmado por outros, nessa pretensão se dão elementos não somente anacrônicos, senão precisamente ucrônicos. Efetivamente, o Direito Penal liberal, que certos autores pretendem reconstruir agora, na realidade nunca existiu como tal. Por um lado, porque tal reconstrução ignora a presença de uma rígida proteção do Estado, assim como de certos princípios de organização social. Por outro lado, porque a rigidez das garantias formais que nele era possível observar não representa senão o contrapeso do extraordinário rigor das sanções imponíveis. A verdadeira imagem do Direito Penal do século XIX não é, pois, aquela que alguns pretendem desenhar em nossos dias. Outros, sem chegar a propor uma radical redução do Direito Penal à proteção da vida, da saúde, da liberdade e do patrimônio, parecem de fato sugerir que a maior parte do fenômeno expansivo do Direito Penal teria de ser, sem mais, reconduzido ao Direito Administrativo sanionador. Na realidade, todo o exposto al largo das páginas anteriores poderia ser interpretado como uma argumentação orientada nesse sentido. E assim seria se nos mantivéssemos em um plano abstrato-teórico, sem referências sociais, espaciais e temporais concretas. Mas ocorre que – e convém não esquecer-lo para interpretar o que seguem em seus exatos termos –, no momento atual, o Direito Penal vigente na maioria dos países de nosso entorno propicia a cominação de penas de prisão de gravidade média em hipóteses de fatos “administrativizados”, com regras de imputação de rigidez decrescentes e no campo de princípios político-criminais flexibilizados. E a tendência é prosseguir nessa linha, em termos corrigidos e aumentados. Nesse contexto, deve admitir-se que propor a “devolução” ao Direito Administrativo de todo o “novo” Direito Penal é, sem dúvida, uma postura louvável sob perspectivas acadêmicas, mas evita afrontar as razões pelas quais se prodziu essa inflação penal, assim como buscar soluções que, uma vez atendidas, mostrem a máxima racionalidade possível. Daí que o que se situe, certamente com alguma resignação, em uma proposta mais realista ou, se se preferir, plausível, à medida que, de um Direito Penal com vocação racionalizadora, há de acolherem-se as demandas sociais de proteção precisamente “penal”. A seguir, são expostos os traços essenciais. O ponto de partida que adoto é a direta relação existente entre as garantias que incorpora um determinado sistema de imputação e a gravidade das sanções que resultam de sua aplicação. Com efeito, considero possível sustentar a ideia de que *a configuração dos diversos sistemas jurídicos de imputação do fato ao sujeito, assim como a das garantias gerais de cada sistema, tem uma clara dependência das suas consequências jurídicas, sua configuração e sua teleologia*. Expresso de outro modo: nem em todo o sistema jurídico deve haver as mesmas garantias, nem em todo o sistema do Direito sancionatório tem que haver as mesmas garantias, nem sequer em todo o sistema sancionatório penal há que se exigirem as mesmas garantias, pois as consequências jurídicas são substancialmente diversas (também no seio do próprio sistema do Direito Penal em sentido estrito). Nessa linha, a minuciosidade própria da dogmática do delito, assim como a rigidez dos princípios de garantia tradicionalmente vigentes no Direito Penal, relacionar-se-iam com o fato de que suas consequências jurídicas foram tradicionalmente as penas de morte e corporais – e não ao estar ou ao ter – da pessoa como é a privativa de liberdade. Posto isso, também se torna cabível valorar outra questão: certamente, o problema não é tanto a expansão do Direito Penal em geral, senão especificamente a expansão do Direito Penal da pena privativa de liberdade. É essa última que deve realmente ser contida. Com efeito, a diminuição de garantias e de “rigor” dogmático poderia ser explicada (e inclusive legitimada) no Direito Penal contemporâneo se isso fosse o elemento correspondente a generalização de sanções pecuniárias ou privativas de direitos, ou – mais ainda – da “reparação penal” (nos casos em que esta fosse concebível) em lugar das penas privativas de liberdade. Na realidade, isso não teria que causar preocupação, pois não seria senão manifestação do mesmo fenômeno que faz com que a dogmática no *Ordnungswirkkeitenrecht* (Direito das Infrações da Ordem; Direito Penal Administrativo alemão) seja mais flexível ou que, em todo caso, no Direito Administrativo sancionador espanhol não se manifestem os critérios de imputação e princípios de garantia que reivindicamos para o núcleo do Direito Penal; ou não na mesma medida. Nessa linha, é óbvio, um sistema jurídico que prescindisse por completo da sanção – inclusive da pecuniária –, como é o da responsabilidade civil, puramente reparatória, poderia reduzir ao mínimo as exigências de garantia político-jurídicas. Mas, observe-se, tão pronto como o Direito Civil assume elementos punitivos (como ocorre no *tort law*, o direito de danos anglo-saxão, com os *punitive damages*), admite-se que também este teria que começar a ter mais garantias, assim como ser mais rigoroso na hora de efetuar juízos de imputação. O ponto-chave reside, pois, em admitir essa graduação da vigência das regras de imputação e dos princípios de garantia no

A Política Criminal atual tem sido caracterizada pelo fenômeno conhecido como expansão ou modernização do Direito Penal. A modernização do Direito Penal tem sido impulsionada por inúmeros fenômenos, dentre os quais o surgimento de novos interesses e o aparecimento de novos riscos; a institucionalização da insegurança; o descrédito de outras

---

próprio seio do Direito Penal, em função do concreto modelo sancionatório que este acabe assumindo. Algo que tem muitos pontos de contato com a proposta, certamente ainda muito imprecisa, efetuada por Hassemer e outros, de construir um *Interventionsrecht* (Direito da Intervenção), entre o Direito Penal nuclear e o *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, entre o Direito Civil e o Público, para ilícitos em matéria de drogas, econômicos, ecológicos etc. Tal Direito seria menos pretensioso no que se refere às garantias materiais e processuais, mas, ao mesmo tempo, disporia de sanções menos intensas que as penas tradicionais. Muito expressiva é, a esse respeito, a seguinte frase do próprio Hassemer: “Para combater as formas modernas de causação de danos, se deveria pensar na construção de um sistema jurídico, que tivesse elementos absolutamente penais (*poenale*), mas que estivesse orientado em termos estritamente preventivos e, em todo caso, renunciasse a reprovação pessoa e a imposição de penas privativas de liberdade. Uma classe de Direito de Intervenção assim configurada poderia integrar formas de imputação coletiva. Em minha opinião, contudo, e aparentemente ao contrário da proposta do “Direito da Intervenção”, não haveria nenhuma dificuldade em admitir esse modelo de menor intensidade garantística dentro do Direito Penal, sempre e quando – isso sim – as sanções previstas para os ilícitos correspondentes não fossem de prisão. A opção político-jurídica pelo Direito Penal continua tendo, com efeito, vantagens relevantes, não vinculadas necessariamente a dureza fática da sanção. Diante do Direito Civil compensatório, o Direito Penal aporta dimensão sancionatória, assim como a força do mecanismo público de persecução de infrações, algo que lhe atribui uma dimensão comunicativa superior, inclusive de modo independente da conexão ético-social tradicionalmente inerente a todos os seus ilícitos. Comparativamente ao Direito Administrativo e, portanto, dentro do âmbito do sancionatório, o Direito Penal aporta sua maior neutralidade no que diz respeito à política, assim como a imparcialidade própria do jurisdicional. Isso torna mais difícil para o infrator a utilização das *técnicas de neutralização* do juízo de desvalor (reprovações de parcialidade, politização) de que aquele se serve com frequência diante da atividade sancionadora das administrações públicas. A conclusão de tudo o que foi dito anteriormente – e examinando nos capítulos precedentes – é uma constatação fundamental. Por um lado, como foi sendo demonstrado, que será difícil frear certa expansão do Direito Penal, dadas a configuração e aspirações das sociedades atuais. Por outro lado, que a teoria clássica do delito e as instituições processuais, que por sua vez refletem a correspondente vocação político-criminal de garantia próprias do Direito Nuclear da pena de prisão, não teriam que expressar idêntica medida de exigência em um Direito Penal moderno com vocação intervencionista e “regulamentadora” baseado, por exemplo, nas penas pecuniárias e privativas de direitos, assim como para um eventual Direito Penal da reparação. Tudo isso pode ser encarado a partir de uma configuração dualista do sistema do Direito Penal, com regras de imputação e princípios de garantia em dois níveis. O significado exato de tal proposta pode ser apreendido se se leva em conta que os delitos – muito especialmente socioeconômicos – nos quais se manifesta a expansão do Direito Penal continuam sendo delitos sancionados com penas privativas de liberdade, de considerável duração em alguns casos, nos quais, sem embargo, os princípios político-criminais sofrem uma acelerada perda de rigor. Se nos ativermos ao modelo sugerido, somente há duas opções: a primeira, que tais delitos se integrem no núcleo do Direito Penal, com as máximas garantias (no relativo à legalidade, à proporcionalidade, à lesividade, à prova etc.) e as mais rigorosas regras de imputação (da imputação objetiva, autoria, a comissão por omissão etc.), e a segunda, que se mantenha a linha da relativização de princípios de garantia que hoje já acompanha tais delitos, em cujo caso se deveria renunciar a cominação das penas de prisão que agora existem. **Definitivamente, portanto, a proposta contida nestas páginas parte da constatação de uma realidade a respeito da qual se considera impossível voltar atrás** (grifo nosso). Essa realidade é a expansão do Direito Penal e a coexistência, portanto, de “vários Direitos Penais distintos”, com estruturas típicas, regras de imputação, princípios processuais e sanções substancialmente diversas. A partir da referida constatação, postula-se uma opção alternativa. Considerando improvável (talvez impossível) um movimento de despenalização, propõe-se que *as sanções penais se imponham ali onde tem se flexibilizado as garantias não sejam penas de prisão*. Isso tem duas consequências. Por um lado, naturalmente, dadas as circunstâncias, para as infrações nas quais tem se flexibilizado os pressupostos de atribuição da responsabilidade. Mas, sobretudo, exigir que ali onde se impõem penas de prisão, e especialmente penas de prisão de longa duração, se mantenha todo o rigor dos pressupostos clássicos de imputação de responsabilidade. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 177-186).

instâncias, principalmente a administrativa; a avocação político-populista do discurso expansionista; o punitivismo e o Direito Penal simbólico. Principalmente após a Revolução Industrial, vários novos interesses individuais e sociais surgiram, assim como interesses pré-existentes sofreram uma reavaliação acerca do grau de sua relevância. O intenso desenvolvimento industrial gerou como efeito colateral, porém inerente ao mesmo, a perda do controle racional acerca da relação de causalidade entre inúmeros comportamentos e suas possíveis consequências ou resultados, bem como a intensidade do dano que tais comportamentos poderiam acarretar. Simultaneamente ao descrito efeito colateral da Revolução Industrial, a criminalidade foi se profissionalizando, estruturando-se, tornando-se, também, um fenômeno complexo inserido em uma sociedade complexa. Os integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo, sabedores do anseio social por mais segurança pública, pelo gozo efetivo desse direito fundamental, abraçaram o discurso expansionista do Direito Penal, elaborando, algumas vezes, textos legais destoantes dos **postulados da proporcionalidade e da razoabilidade**, com o claro intuito eleitoreiro.

O Direito Penal, assim como a justiça criminal, possuem o condão de penetrar na personalidade da grande maioria das pessoas de modo eficiente, o que, em regra, não acontece com o Direito Administrativo e outros instrumentos de controle social. Retirar do âmbito jurídico-penal o instrumental que tem caracterizado a modernização do Direito Penal não surtirá o mesmo significado, o que gerará uma intervenção estatal insuficiente, com a consequente fragilização do combate à criminalidade moderna e fomentação da impunidade, o que significa algo inadmissível em Estado que possui o dever de efetivar o direito fundamental à segurança pública e à paz social. Buscando se modernizar ou adequar-se às peculiaridades da sociedade complexa e ao combate à nova criminalidade, o Direito Penal tem se valido de um novo e moderno instrumental de atuação (expansão material do Direito Penal). A expansão ou modernização do Direito Penal, levada ao extremo – em decorrência da utilização de um instrumental jurídico diverso do instrumental típico do Direito Penal liberal-individualista –, tem sido denunciada como sendo Direito Penal do Inimigo, expressão cunhada modernamente por Gunther Jakobs.

### **3.2 Levando a Expansão às Últimas Consequências: o que é direito penal do inimigo**

O professor alemão Gunther Jakobs reacendeu a discussão acerca do inimigo do direito penal. As características do Direito Penal do inimigo coincidem com a Expansão ou Modernização do Direito levada às últimas consequências. No Direito Penal do inimigo, o Estado não se comunica com o infrator da norma, pois o mesmo é destituído de uma mínima

segurança cognitiva, o que constitui obstáculo para que a comunicação entre Estado/infrator seja efetiva. Aos criminosos destituídos dessa segurança cognitiva mínima, o Estado intervém visando a prevenir futuros comportamentos socialmente nefastos, com potencialidade para vulnerar a estrutura estatal e social democraticamente posta. O instrumental jurídico com que o Estado atua no denominado Direito Penal do inimigo tem sido objeto de veementes críticas por parte dos estudiosos das Ciências Penais. Porém, o Direito Penal do Inimigo é uma realidade e, assim, deve ser estudado e compreendido, condição de possibilidade para que se possa criticá-lo, bem como criticar a Expansão ou Modernização do Direito Penal levada às últimas conseqüências. O que seria, então, o Direito Penal do inimigo?

### 3.2.1 Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do inimigo <sup>193</sup>

---

<sup>193</sup> *Se denomina Derecho al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se determina por el Derecho, sino por la coacción. Ahora bien, todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del Derecho penal. En consecuencia, se podría argumentar que cualquier pena, o, incluso, ya cualquier legítima defensa se dirige contra un enemigo. Tal argumentación en absoluto es nueva, sino que cuenta destacados precursores filósofos. Son especialmente aquellos autores que fundamentan el Estado de modo estricto mediante un contrato los que representan el delito en el sentido de que el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios de éste: a partir de ese momento, ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica. En correspondencia con ello, afirma Rousseau que cualquier malhechor que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado, puesto que se halla en guerra con éste, como de muestra la pena pronunciada en contra del malhechor. La consecuencia reza así: al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano. De modo similar argumenta Fichte quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadanos y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos. Fichte atenúa tal muerte civil por regla general mediante la construcción de un contrato de penitencia, pero no en el asesinato intencionado y premeditado: en este ámbito, se mantiene la privación de derechos: al condenado se le declara una cosa, una pieza de ganados. Con férrea coherencia Fichte prosigue afirmando que a falta de personalidad, la ejecución del criminal no (es una) pena, sino sólo instrumento de seguridad. No procede entrar en detalles; pues ya con este breve esbozo cabe pensar que se ha mostrado que el status de ciudadano no necesariamente es algo que no se puede perder. No quiero seguir la concepción de Rousseau y de Fichte; pues en su separación radical entre el ciudadano y su Derecho, por un lado, y el injusto del enemigo, por otro, es demasiado abstracta. En principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su status como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del Derecho. Por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho. Hobbes era consciente de esta situación. Nominalmente, es (también) un teórico del contrato social, pero materialmente es más bien un filósofo de las instituciones. Su contrato de sumisión – junto al cual aparece, en igualdad de derecho la sumisión por medio de la violencia – no debe entenderse tanto como un contrato como una metáfora de que los (futuros) ciudadanos no perturben al Estado en su proceso de autoorganización. De manera plenamente coherente con ello, Hobbes en principio deja al delincuente en su rol de ciudadano: el ciudadano no puede eliminar por sí mismo su status. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una rebelión, es decir, de alta traición: Pues la naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión, lo que significa una recaída en el estado de naturaleza... Y aquellos que incurrían en tal delito no son castigados en cuando súbditos, sino como enemigos. Para Rousseau y Fichte todo delincuente es de por sí un enemigo, para Hobbes al menos el reo de alta traición. Kant, quien hace uso del modelo contractual como idea regulativa en la fundamentación y en la limitación del poder del Estado, ubica el problema en el tránsito entre el estado*

Na evolução do Direito Penal, principalmente sob o influxo das revoluções liberais, verificou-se que o principal papel a ser exercido por este ramo jurídico sempre foi o de limitar a intervenção do Estado na vida dos cidadãos, vale dizer, legitimar o uso da força pelo Estado. Neste sentido, surgem os direitos e garantias fundamentais de todo e qualquer acusado, as regras de imputação e as características do Direito Penal Liberal.

No marco histórico pós-revolução industrial, presenciamos o surgimento de riscos aos novos bens jurídicos e o incremento do risco aos bens jurídicos tradicionalmente existentes. Com a mudança dos paradigmas sociais, o Direito Penal passa a experimentar mutações em sua estrutura, mutações imprescindíveis para atingir suas finalidades, principalmente a de reafirmar a vigência da norma violada pelo comportamento delituoso. Ocorre que, em situações extremas, o Direito Penal e a pena não conseguem penetrar na comunicação em relação ao criminoso, tornando-se, assim, ineficientes.

---

*de naturaleza (ficticio) y el estado estatal. En la construcción de Kant, toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana. Inmediatamente se plante la siguiente cuestión: qué disse Kant a aquellos que no se dejan obligar? Em su escrito Sobre la paz eterna dedica una larga nota a pie de página al problema de cuándo se puede legítimamente proceder de modo hostil contra un ser humano, exponiendo lo siguiente: Sin embargo, aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva... (de la) seguridad (necesaria), y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (**facto**), sí por la ausencia de legalidad de su estado (statu iniusto), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad. En consecuencia, quien no participa en la vida en un estado comunitario-legal debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad); en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede tratar, como anota expresamente Kant, como un enemigo. Como acaba de citarse, en la posición de Kant no se trata como persona a quien me amenaza constantemente, quien no se deja obligar a entrar en un estado ciudadano. De manera similar, Hobbes despersonaliza al reo de alta traición; pues también éste niega por principio la constitución existente. Por consiguiente, Hobbes y Kant conocen un Derecho penal del ciudadanos – contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio – y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el **status** de persona. El Derecho penal del ciudadano es Derecho también en lo que se refiere al criminal; éste sigue sendo persona . Pero el Derecho penal del enemigo es Derecho no otro sentido. Ciertamente, el Estado tiene Derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más apun: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad, con base en el cual Hobbes fundamenta y limita al Estado: **finis obedientiae est protetio**. Pero en este derecho no se halla contenido en Hobbes el reo de alta traición, en Kant quien permanentemente amenaza; se trata del derecho de los demás. **El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigos; frente al enemigo; es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra.** Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, em segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz. Pero esto en nada caambia el hecho de que la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino sólo coacciona. **El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (em sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros** – con toda certeza existen múltiples formas intermedias. (JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thonson Civitas, 2006. p. 27-34).*



Surge o Direito penal do inimigo<sup>194</sup> ao lado do Direito penal do cidadão<sup>195</sup>, no sentido de dois tipos ideais<sup>196</sup> que dificilmente aparecerão trasladados à realidade de modo puro, isto é, “[...] no processamento de um fato delitivo cotidiano que provoca um pouco mais que tédio – Direito penal do cidadão – se misturará ao menos uma leve defesa frente a riscos futuros”<sup>197</sup> – Direito penal do inimigo -, e inclusive o criminoso mais deslocado da esfera cidadã será tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe ser concedido no processo penal os

<sup>194</sup> A noção de Direito penal do inimigo proposta por Gunther Jakobs em 1985 é consideravelmente mais ampla (incluindo setores de regulação mais próximos ao Direito penal da colocação em risco, delitos dentro da atividade econômica) que o da segunda fase, a partir de 1999, mais orientada nos delitos graves contra bens jurídicos individuais (terrorismo). (JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Coordenador e supervisor Luiz Moreira; Tradutores Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 70).

<sup>195</sup> *La autonomía conceptual que la distinción entre ciudadano e individuo ha otorgado a ciertos delincuentes, considerados enemigos sociales, y a las actividades ilícitas que llevan a cabo, se traslada de forma inmediata a una determinada estructura jurídicopenal. La idea motriz de todas las modificaciones que se proponen o se avalan para ese derecho penal de enemigos gira en torno a la idea de la peligrosidad de tales delincuentes, y a su consiguiente colorido de que no hace falta esperar para intervenir penalmente a la producción de un dano o al surgimiento de un peligro identificable. En el plano material ello supone, ante todo, dar el aval de la ciencia jurídicopenal, bajo el calificativo de legislación de guerra o de emergencia, a las numerosas iniciativas legislativas que en ámbitos muy diversos, mediante modificaciones del código penal o la aprobación de leyes penales especiales, han corporeizado la llamada expansión securitaria. En sentido más específico, se considera oportuno proseguir con la anticipación de la punición a fases alejadas de la comisión del delito, como la conspiración o la mera pertinencia a organizaciones criminales, cuyas penas deberían ser equiparables a las de intervenciones posteriores más próximas a la conducta lesiva o peligrosa. Se propugna igualmente un decidido aprovechamiento de los efectos inocuidadores de la pena, a cuyo fin se ha de proceder a una generalización e incremento sustancial de las penas de prisión; su cumplimiento debe tener restringida al máximo de obtención de beneficios penitenciarios, para prevenir una reducción de su duración o un aligeramiento del régimen de cumplimiento. Simultáneamente se han de potenciar medidas sancionadoras específicamente destinadas a combatir la peligrosidad más allá de lo que pueda hacerlo la pena misma. Se propugna la revitalización de un derecho de medidas asegurativo para este tipo de delincuentes, con la vuelta a la acumulación y cumplimiento sucesivo de pena y medida y la potenciación de los internamientos de seguridad antes y después del cumplimiento de la pena.* (BACIGALUPO, Silvina; CANCIO MELIÁ, Manuel (Coord.). *Derecho penal e política transnacional*. Barcelona: Atelier, 2005. p. 267-268).

<sup>196</sup> “Ahora bien, cerca de ciento cincuenta años antes hubo un ilustrador que ya presentó una concepción más diferenciada, y no es extraño que fuera menos un teórico del contrato em Hobbes, al que aquí me refiero, es más bien una metáfora de que los futuros ciudadanos no perturbarán la autoorganización del poder central: contrato o sumisión u outra cosa, lo principal es que genere un poder central. Hobbes distingue entre el delincuente ciudadano y el autor de alta traición; aquél es condenado conforme a las leyes promulgadas, éste, em cambio, es combatido em cuanto enemigo, y la razón de esa diferencia es palmaria, puesto que aquél busca una ventaja particular, lo que desde luego no debe tolerarse, pero no cuestiona el todo, mientras que éste, el traidor, combate el principio em Hobbes queda corporizado em el dominio concreto. Ciertamente, no cabe esperar que los pensamientos de Hobbes, formulados hace más de trescientos cincuenta años, pudieran trasladarse a la actualidad em escala uno a uno, a pesar de que sigue siendo correcta la posición de que un adversário por principio debe ser tratado de modo distinto que um ciudadano com defectos más bien pasajeros, es decir, debe ser tratado precisamente como enemigo. Lo único es que hoy no debe entenderse por adversário de principio (sólo) um adversário del poder establecido, sino que debe ser entendido como adversário de la sociedade constituída em um régimen de libertades. Con toda certeza será difícil determinar quiénes son exatamente los sujetos que deben incluirse em esta categoria, pero no es imposible: quien se há convertido a sí mismo em una parte de estructuras criminales solidificadas, diluye la esperanza de que podrá encontrarse um modus vivende comun a pesar de algunos hechos criminales aislados, hasta convertirla em una mera ilusión, es decir, precisamente, um una expectativa infinitamente contrafática [...]. (CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidade: seminario com Gunther Jakobs em la UAM*. Prólogo de Gunther Jakobs. Madrid: Thonson Civitas. 2008. p. 41-43).

<sup>197</sup> JAKOBS, op. cit., 2008. p. 21.

direitos de um acusado cidadão. Não se objetiva contrapor duas tendências isoladas do Direito penal, mas de descrever e legitimar dois pólos de um só mundo presentes em um único contexto jurídico-penal. Qual seria, portanto, o papel a ser exercido pela reprimenda penal em cada um dos pólos abstratamente delimitados pelo Direito Penal?

### 3.2.2 A Pena como Contradição ou como Segurança

Na esteira do raciocínio e coerência de Gunther Jakobs no tocante à teoria da pena, precisamente desde a teoria da *prevenção geral positiva*, afloram as perspectivas da pena como contradição ou como segurança<sup>198</sup>. Quando alguém viola o bem jurídico norma penal,

<sup>198</sup> *Cuando en el presente texto se hace referencia al Derecho penal del ciudadano y al Derecho penal del enemigo, ello en el sentido de dos tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro: aún en el enjuiciamiento de un hecho delictivo cotidiano que provoca poco más que tedio – Derecho penal del ciudadano – se mezclará al menos una leve defensa frente a riesgos futuros – Derecho penal del enemigo –, e incluso el terrorista más alejado de la esfera ciudadana es tratado al menos formalmente como persona, al concedérsele en el proceso penal los derechos de un acusado ciudadano. Por consiguiente, no puede tratarse de contaponer dos esferas aisladas del Derecho penal sino de describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico-penal. Tal descripción revela que es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros. Quede esto dicho como primera consideración. En segundo lugar debe acotarse con carácter previo que la denominación Derecho penal del enemigo **no en todo caso** pretende ser **peyorativa**. Ciertamente, un Derecho penal del enemigo es indicativo de una pacificación insuficiente; sin embargo, ésta no necesariamente debe achacarse siempre a los pacificadores, sino puede que también a los rebeldes. Además, un **Derecho** penal del enemigo al menos implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva. Hechas estas reflexiones previas, comenzará con la parte intermedia de los conceptos, con la **pena**. La pena es coacción; es coacción – que aquí sólo será abordada de manera sectorial – de diversas clases, mezcladas en íntima combinación. En primer lugar, está la coacción en cuanto portadora de un significado, portadora de la respuesta al hecho: el hecho, como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por la tanto, la configuración de la sociedad. En esta medida, tanto el hecho como la coacción penal son medios de interacción simbólica, y el autor es tomado en serio en cuanto persona; pues si fuera incompetente, no sería necesario contradecir su hecho. Sin embargo, la pena no sólo significa algo, sino que también produce físicamente algo: así, por ejemplo, el preso no puede cometer delitos fuera del centro penitenciario – una prevención especial segura – durante el lapso efectivo de la pena privativa de libertad. Cabe pensar que es improbable que la pena privativa de libertad se hubiera convertido en la reacción habitual frente a hechos de cierta gravedad si no concurriera en ella este efecto de aseguramiento. En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino pretende ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligros. Esto quizás se advierta con especial claridad si se pasa del efecto de aseguramiento de la pena privativa de libertad a la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad: en ese caso, la perspectiva no sólo contempla retrospectivamente el hecho pasado que debe ser sometido a juicio, sino que también se dirige – y sobre todo hacia delante, al futuro, en el que una tendencia a (cometer) hechos delictivos de considerable gravedad podría tener efectos peligrosos para la generalidad. Por lo tanto, en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede – en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena – de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal del enemigo (en este contexto, Derecho penal al menos en sentido amplio: la medida de seguridad tiene como presupuesto la comisión de un delito) en vez de Derecho penal del ciudadano, y la voz Derecho significa en ambos conceptos algo claramente diferente, como habrá de mostrarse más adelante. Lo que cabe encontrar en la discusión científica de la actualidad respecto de este problema es poco, con tendencia a nada. Y es que no ca*

transcende à lesão de um mero bem jurídico clássico, como a vida, honra, dignidade sexual etc., produzindo uma comunicação perante os membros sociais no sentido de que a norma violada não necessita ser observada, ou seja, expressa um esboço de mundo no qual a norma não vige, gerando, em última instância, uma frustração das expectativas normativas, desestabilizando-as. A sanção criminal também produz uma comunicação social, no sentido de ser portadora de um significado, portadora da resposta ao fato; o fato como ato de uma pessoa racional significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo, significa que a afirmação do delinquente é irrelevante e que a norma permanece vigente inalteradamente. Deste modo são reforçadas as expectativas normativas bem como a configuração social, na medida em que o fato delituoso como a coação penal são meios de interação simbólica. Importante destacar que, com fulcro na dialética infração penal e pena, o autor é considerado pessoa, pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato.<sup>199</sup>

Ocorre que, em virtude de não possuírem uma segurança cognitiva mínima, alguns indivíduos não possibilitam a irradiação da comunicação da pena, o que, para eles a perspectiva da sanção em uma dialeticidade contrafática é ineficaz, necessitando da intervenção penal em outra perspectiva para que o Estado consiga produzir segurança em um nível minimamente aceitável.

O professor Gunther Jakobs<sup>200</sup> manifesta-se no seguinte sentido:

*Sin embargo, puede llegar a ser lícito este tratamiento de un delincuente, es decir, no como persona plena, sino más bien como enemigo al menos parcial? Qué passa com la proposición mencionada al principio de que todos tienen en todo momento derecho a ser tratados como personas? La proposición em vigor, pero lo que passa es que no se puede aplicar de modo unilateral, como antes se há supuesto y ahora se acaba de mostrar. Cuidar de la base de la presunción de un futuro comportamiento legal es una obligación de hacer elemental de todos los ciudadanos, pues sólo com el mantenimiento fundamentado de esta presunción –y esta fundamentación sólo pude ofrecer los propios ciudadanos – es posible un trato libre y sin temor. Lo que sucede es que una personalidad real, que dirija la*

---

*be esperar nada de aquellos que buscan razón en todas partes, asegurándose a sí mismos tenerla directamente y proclamándola siempre en tono altivo, en lugar de imponerse la labor de configurar su subjetividad examinando aquello que es y puede ser. Sin embargo, la filosofía de la Edad Moderna ensena lo suficiente como para por lo menos estar en condiciones de abordar el problema. (JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 23-26).*

<sup>199</sup> JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Coordenador e supervisor Luiz Moreira; Tradutores Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 22.

<sup>200</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidade*: seminario com Gunther Jakobs em la UAM. Prólogo de Gunther Jakobs. Madrid: Thomson Civitas. 2008. p. 44-46.

*orientación, no puede alcanzarse mediante meros postulados, sino que, al contrario, quien deba ser persona debe participar, y eso significa que debe hacer su parte, esto es, garantizar suficiente fidelidad al ordenamento jurídico. Por consiguiente, la proposición debe ser completa: todo áquel **que prometa de modo más o menos confiable fidelidad al ordenamento jurídico** tiene derecho a ser tratado como persona em Derecho. Quien no preste esta promessa de modo creíble será tendencialmente heteroadministrado; se le priva de derechos. Sus deberes siguen incólumes (aunque cognotivamente ya no se cuente con el cumplimiento del deber); de lo contrario no sería delincuente, em ausência de infracción de deber. En la medida em que se le prive de derechos no es tratado – por definición – como persona em Derecho. Éste es el núcleo, mi tesis se derrumba; si se mantiene, todo lo demás sólo afecta a cuestiones de detalhe, no al principio.*

“Nesta medida, a coação não pretende significar nada, mas quer ser efetiva, isto é, que não se dirige contra a pessoa em Direito, mas contra o indivíduo perigoso”.<sup>201</sup> Surge, assim, a noção do inimigo para o Direito Penal<sup>202</sup>.

<sup>201</sup> JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Coordenador e supervisor Luiz Moreira; Tradutores Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 22-23.

<sup>202</sup> *En la mayoría de las ocasiones, el sujeto em cuestión probablemente se encuentre sólo parcialmente em la posición de un enemigo, dicho com mayor exactitud, él se colocará em tal posición; pues la exclusión em una sociedade de libertades siempre es autoexclusión: cambiando su conducta, el enemigo podría volver a convertirse em ciudadano. Por lo tanto, no es que la sociedad no deje entrar al enemigo, es él mismo el que obstaculiza su entrada porque no presta su obligación de hacer, es decir, no se ocupa de que respecto de él pueda presumirse un comportamiento fiel al ordenamento jurídico. Con esta constatación – exclusión más bien parcial y, además, desencadenada por el próprio sujeto -, sin embargo, no se pretende quitarle hierro al problema, y, sobre todo, no se quiere desviar la atención de la **cuestión**, que cae por su próprio peso, de si el trato com el enemigo. – por mucho que sea parcial y se **haya** convertido em ello por sí mismo – siquiera es un trato **jurídico**. La respuesta es palmaria: **em la medida em que** al enemigo se le trate como enemigo, estará ausente, a falta de sinalagma, el vínculo jurídico que anuda la sociedade civil; em consecuencia, el trato com ele enemigo no es un trato em Derecho. Por lo tanto, Derecho Penal del enemigo no puede significar que **al enemigo** se le incluya em cuanto partícipe de la comunidad jurídica también em la medida em que precisamente sea enemigo. El enemigo, por lo tanto, queda excluido, dicho com mayor exactitud, excluido de alguno de sus derechos. Este podría malinterpretarse em el sentido de que estaria em manos del delincuente abandonar la sociedade, convirtiéndose em enemigo. Esto, sin embargo, no es así: es la propia sociedade la que decide quién está incluido em ella y quién no, y – dicho sea de paso – el enemigo probablemente por regla general preferiría quedar incluido. Además, la sociedade decide em qué medida incluye o excluye, y no libera ni al delincuente recalcitrante de su deber de no cometer delitos. Em lo que se refiere a la exclusión de derechos, y, em este sentido, el despojo de derechos, sin embargo, la sociedade no puede tomar su decisión de modo desvinculado de lo que se practica cotidianamente, esto es, de su propia realidad, si se pretende que el resultado sea útil para la orientación precisamente em aquella praxis cotidiana. Hablando de modo informal, una sociedade pensada em abstracto puede declarar persona em Derecho a quién, o más exactamente, a lo que quiera, pero precisamente esta arbitrariedad le priva de la fuerza de orientación em la praxis diaria. Una sociedade que realmente acontece no puede prescindir de una exclusión más o menos amplia de sus adversarios recalcitrantes. Sin embargo, el Derecho penal del enemigo sigue siendo **Derecho** em la medida em que vincula a su vez a los ciudadanos, más exactamente, **al Estado**, sus órganos y funcionarios em la lucha contra los enemigos. Lo que sucede es que el Derecho penal del enemigo no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino, em un Estado de Derecho administrado com inteligência, una **ultima ratio** que es aplicada conscientemente em cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso permanente. Em todo caso, para llegar a esta autorrestricción, primero ha de saberse qué es lo que se tiene em manos con las reglas del Derecho penal del enemigo. La suposición, quizás bien intencionada, pero desde luego no buena, de que todo Derecho siempre es Derecho frente a todos porque esto no **debe** ser de otro modo, oculta em su dibujo simplista de la situación de exclusión del enemigo – más o menos amplia – em lo que se refiere a sus **derechos**, y con ele encubre la*

### 3.2.3 Decomposição: cidadãos como inimigos

O ato jurídico de furtar uma bicicleta não tem a potencialidade de sucumbir o Estado. O ato não se dirige contra a permanência do Estado, e nem sequer contra a de suas instituições. Por isso o Estado moderno vislumbra no autor de uma infração penal, o cometimento de um ato normal, diferentemente do que ocorre nos teóricos do contratualismo de Rosseau e de Fichte, não um inimigo que há de ser destruído, mas um cidadão, uma pessoa que, através da externalização de sua personalidade, tem danificado a vigência da norma e que, em virtude do respectivo comportamento, é chamado – de modo coativo, mas como cidadão – a equilibrar o dano, na vigência da norma.<sup>203</sup>

Pretendendo-se que a norma determine a configuração de uma sociedade, o comportamento em conformidade com a norma realmente deve ser esperado em sua totalidade. Isso significa que as pessoas, em suas interações sociais, confiam que as demais irão atuar com observância ao ordenamento jurídico, possibilitando, assim, a vida em uma sociedade complexa. Sem uma suficiente segurança cognitiva, a vigência da norma se desborda e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente suscetível de ser vivida.<sup>204</sup> Como desdobramento da ausência de segurança cognitiva mínima necessária ao convívio social na qual a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, as legislações penais dos países, principalmente dos países ocidentais, diminuí a disposição de dialogar com o delinquentes como pessoa. No Brasil, relevante parcela da doutrina, cita as legislações relativas ao crime organizado (Lei n. 9034), ao tráfico de drogas (Lei n. 11343/06), aos crimes hediondos (Lei n. 8072/90)<sup>205</sup>, regime disciplinar diferenciado (Lei n. 10792/03)<sup>206</sup> e várias outras, como

---

*senal de alarma de la excepción.* (CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*: seminario com Gunther Jakobs em la UAM. Prólogo de Gunther Jakobs. Madrid: Thomson Civitas. 2008. p. 46-48).

<sup>203</sup> JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal*: teoria do injusto penal e culpabilidade. Coordenador e supervisor Luiz Moreira; Tradutores Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 32-33.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 33-34.

<sup>205</sup> A Lei n. 8072/90, regulamentou os crimes hediondos e os equiparados à hediondo, nos termos do artigo 5, inciso XLIII, da Constituição da República. O artigo 2 definiu que os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça e indulto; a pena por crime hediondo ou equiparado será cumprida integralmente em regime fechado. Durante a década de 1990, muitas discussões surgiram acerca da constitucionalidade da vedação de progressão de regime na execução da pena privativa de liberdade pela condenação em tais infrações penais. O Supremo Tribunal Federal, no habeas corpus n. 82.959, Tribunal Pleno, DJ 01.09.2006, Rel. Min. Marco Aurélio – entendeu pela inconstitucionalidade de tal vedação, o que geral a edição, por parte do Congresso Nacional, da Lei n. 11464/07, regulamentado a progressão de regime para as execuções penais por tais delitos nos seguintes termos: a progressão de regime, no caso dos condenados por crime hediondo ou equiparado, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado for primário, e de 3/5, se reincidente.

exemplos da atuação do Direito Penal com o instrumental típico do denominado Direito Penal do inimigo. Discordamos do entendimento no sentido de que o conhecido Direito Penal do inimigo seja uma intervenção jurídico-penal ilegítima. A nossa convicção possui por premissa o fundamento de que a resposta estatal frente à criminalidade, necessariamente deve ser proporcional e razoável à intensidade e ao grau de reprovabilidade social gerada pela mesma. A atuação do Direito Penal com as características do Direito Penal do inimigo, por si só, não retira da mesma a legitimidade. Para as pessoas que são destituídas de uma segurança cognitiva mínima, o Direito Penal atua com um arcabouço principiológico diverso do arcabouço do Direito Penal Liberal.

**Tanto no Direito Penal clássico ou liberal quanto no Direito Penal do inimigo, extrai-se a sua legitimação e limitação nos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade e, em última análise, no procedimento da ponderação (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), nos moldes com que Robert Alexy o estrutura.**

O Estado, portanto, pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que cometem um equívoco, não colocando o Estado e suas instituições numa posição de vulnerabilidade, isto é, que tais condutas não se dirigem contra a estrutura estatal;

<sup>206</sup> Motivada pela organização de facções criminosas, atuantes em presídios, principalmente nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, a Lei foi criada com argumentos motivacional de buscar dificultar as ações organizadas e supostamente lideradas por internos dos presídios, tais como o Comando Vermelho (CV), no Rio de Janeiro, e o Primeiro Comando da Capital (PCC), em São Paulo. A Lei passou a vigorar a partir de 02 de janeiro de 2003 no Brasil, instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Baseou-se em experiências efetuadas no Estado de São Paulo, nas penitenciárias de Avaré, Taubaté e no presídio de segurança máxima de Presidente Bernardes. A Lei prevê a aplicação do RDD para o reeducando que estiver cumprindo pena por condenação ou estiver cautelarmente preso. No RDD o preso é mantido em cela individual 22 horas por dia, podendo ser visitado por até duas pessoas em uma semana, tomando um banho de sol por dia de duas horas no máximo. Não é permitido ao preso receber jornais ou ver televisão, enfim qualquer contato com o mundo externo. O preso poderá ficar sob este regime por 360 dias, renováveis por mais dias, mas não poderá exceder 1/6 da pena a ser cumprida, tendo que retornar ao regime prisional tradicional. O art. 52 da Lei de Execução Penal foi alterado, determinando a aplicação do RDD caso haja práticas, por parte do detento, de fatos previstos como sendo crimes dolosos e que ocasione a subversão da ordem ou disciplina interna. A Lei prevê ainda a possibilidade de isolamento preventivo do preso, 10 dias antes da autorização judicial para que o preso seja submetido ao regime. Os defensores da medida arguem, além de defenderem a constitucionalidade da lei, para a necessidade social da medida, como inibidora e punitiva da prática delituosa – prevenção geral negativa. Reclamam que no Brasil vem sendo substituída, com enorme prejuízo para a segurança pública, por penas cada vez mais brandas e muitas vezes os juízes substituem a pena de privação da liberdade por restrição de direitos (Direito Penal mínimo). Porém, muitos estudiosos do Direito brasileiro consideram inconstitucional o RDD. O penalista Roberto Delmanto, por exemplo, em artigo publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, proclamou que o RDD fere a Constituição da República, que dispõe, em cláusulas pétreas que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante e que não haverá penas cruéis”. Não há dúvida de que o RDD significa um recrudescimento por parte do Estado em relação ao combate à criminalidade, visando, ao fim e ao cabo, efetivar o direito fundamental à segurança pública. Entendemos que a questão crítica não é a constitucionalidade ou não do RDD, mas sim o modo como tal instrumental jurídico tem sido utilizado em concreto. Não vislumbramos inconstitucionalidade alguma na previsão do instituto do Regime Disciplinar Diferenciado no ordenamento jurídico brasileiro.

ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, para as quais o Estado atuaria mediante mera coação. Nesse sentido Jakobs<sup>207</sup> se manifesta:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.

Importante destacar que, em princípio, nem todos que infringem a norma penal são considerados um adversário do ordenamento jurídico e, portanto, são titulares do direito fundamental de responderem a um processo penal com ausência de fragmentos do Direito Penal do Inimigo. Fechar os olhos para a realidade do Direito Penal do Inimigo é o maior dos equívocos que se pode cometer. Delinear quando será legítima a intervenção do Direito Penal do inimigo é fundamental para afastarmos a sua incidência, ainda que discreta e inconsciente, na *persecutio criminis* em face daqueles que não pretendem destruir o ordenamento jurídico, ou seja, protagonistas de condutas que não vulneram o Estado e suas instituições. Chegada a hora de enfrentar as características do denominado Direito Penal do Inimigo. Então, qual o conteúdo do tão criticado Direito Penal do Inimigo?

### 3.2.4 As Peculiaridades da Intervenção do Direito Penal do Inimigo

Segundo Jakobs<sup>208</sup>, o Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, a intervenção jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as sanções penais cominadas desbordam de uma proporcionalidade clássica: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena em abstrato

<sup>207</sup> JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Coordenador e supervisor Luiz Moreira; Tradutores Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 42.

<sup>208</sup> Quem, como se tem assinalado, introduziu – em duas fases em 1985 e 1999-2000 – o conceito na discussão mais recente (Jakobs, *Estudios de Derecho judicial* 20 (nota 1), pág. 137 e ss.; idem, em Eserhassemer-Burkhardt (ed), *Strafrechtswissenschaft* (nota 1), p. 47 e ss., 51 e ss.; idem, *ZStW*, 97 (1985), p. 753 e ss.; idem, AT2, 2-25.c). Certamente se poderia identificar – como sublinha Silva Sánchez, *La Expansión* (nota 2), pág. 165 com nota 388 – muitos antecedentes materiais da noção de Direito penal do inimigo, em particular, em determinadas orientações da prevenção especial anteriores á segunda guerra mundial; cfr. MUNOZ CONDE, *DOXA* 15-16 (1994), p. 1031 e ss. Desde uma perspectiva temporal mais ampla, e com orientação filosófica, *vid.*, a análise correspondente de Pérez del Valle (CPC 75 – 2001, p. 597 e ss.), relativamente às teorias do Direito penal contidas nas obras de Rosseau e Hobbes. Em todo caso, é possível pensar que este aspecto – os antecedentes históricos – pode ser deixado de lado desde o ponto de vista da política-criminal atual – não no plano global-conceitual, claro – considerando as diferenças estruturais entre os sistemas políticos daqueles momentos históricos e o atual.

cominada ao tipo penal incriminador. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Com fulcro no Direito Penal iluminista, liberal, a intervenção jurídico-penal se dá após a manifestação da personalidade do agente, ou seja, primeiro o agente pratica o comportamento delituoso para, em seguida, o Direito penal atuar (tipos penais incriminadores de dano ao bem jurídico-penalmente tutelado). Ao analisar o *iter criminis*, constata-se que o evento delituoso é composto por quatro ou cinco fases: a) cogitação, b) preparação, c) execução, d) consumação e e) exaurimento. A regra do Direito Penal liberal é que a punibilidade somente ocorra a partir da fase da execução, vale dizer, as fases de cogitação e de preparação, em regra, não são puníveis. Excepcionalmente a estrutural liberal do Direito Penal utiliza-se dos denominados crimes de perigo abstrato<sup>209</sup>, ou seja, infrações penais em

---

<sup>209</sup> *La progressiva inclusión en la legislación de delitos de peligro en relación a bienes suprapersonales no há dejado de representarse, como ya hemos visto, como la transformación del Derecho penal en un instrumento que va más allá de lo propiamente jurídico. La exigencia de que el comportamiento punible que se dirige contra intereses colectivos suponha, además, un determinado riesgo para las personas, tomado como criterio político-criminal, reduce la zona abarcada por la conminación penal, pues con ello se viene a requerir la presencia de bienes suprapersonales vinculados y necesariamente cercanos a bienes individuales y que el comportamiento comprometa, aunque en distintogrado, simultaneamente la seguridad de los mismos, evitando la utilización por el legislador de fórmulas vagas, abstractas y demasiado generales, no susceptibles de lesión o puesta en peligro, inabarcables generalmente por el dolo del autor y que pueden ser vehículos para la introducción de ilícitos formales propios del derechos administrativos. Así Lackner senala que, para el caso de los delitos contra el medio ambiente, la limitación de los bienes del ambiente a la puesta en peligro potencial o concreta o el dano para personas o cosas, consigue prevenir una excesiva criminalización. Em definitiva, todas estas consideraciones se mueven em el terreno propio del principio de intervención mínima, que trata de evitar la extensión de los límites penales más allá de lo estrictamente necesario em atención a la gravedad de las consecuencias derivadas de las medidas jurídico-penales – (Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, Munchen 1995, ante pgfo. 324, nm 7. Constata también esta consecuencia Cerezo Mir, aunque se muestra crítico com la misma para el campo de los delitos contra la seguridad del tráfico. Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico, Problemas fundamentales del Derecho penal, Madrid 1982, p. 291. De otra manera, pero em definitiva em el mismo sentido, Tiedemann indica que la configuración de supuestos de peligro abstracto supone el ensanchamiento de la punibilidad. Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht, JuS 1989, p. 697.) – Em este terreno, los firmes partidarios del empleo de los delitos de peligro abstracto argumentan con insistência la mayor eficacia em la lucha contra estos comportamientos que de esta técnica legislativa parece obtenerse, planteándose entonces una situación de tensión dialéctica entre el logro de una mayor eficacia y el mantenimiento de la dimensión garantista del Derecho penal. Sin embargo, olvidan quienes así se manifiestan que no contemplar determinados comportamientos em la legislación penal no equivale a indiferencia del ordenamento jurídico, pues éste dispone de mucho más eficaces -, singularmente el derecho administrativo y, em todo caso, uno de los mayores riesgos que amenazan al Derecho penal con convertirlo em un instrumento ineficaz y falta de autoridade es su exceso de tamanho. (MATA Y MARTIN, Ricardo M. Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro. Granada: editora Comares, 1997. p. 76-78). Os delitos de perigo abstrato, um dos instrumentos utilizados pela expansão material do Direito Penal, tem sido bastante criticado pela doutrina. Muitos doutrinadores entendem que tal artifício legislativo não encontra respaldo no texto constitucional e, para tal conclusão, se valem dos princípios da ofensividade ou lesividade. Discordamos de tal entendimento, pois não estamos atrelados à teoria do bem jurídico e, portanto, não haveria que se falar em ofensividade ou lesividade, mas sim se o conteúdo do tipo penal incriminador está observando a proporcionalidade ou razoabilidade para a efetivação das normas constitucionais. Sobre os princípios da lesividade e ofensividade o professor Ricardo M. Mata y Martin assim discorre: *el principio de lesividade u ofensividade, nullum crimen sine iniuria, la exigencia de exclusiva protección de bienes jurídicos mediante el Derecho penal. Sin embargo, como há puesto de relieve Hassemer, la exigencia de lesión de un bien jurídico**



que a punibilidade avança para a fase da preparação. No Direito penal do inimigo a antecipação da intervenção jurídico-penal torna-se regra e não medida excepcional. Tal intervenção é justificável e encontra lastro legitimador na própria função que pretende exercer o Direito Penal do Inimigo. Combate-se não a infração penal cometida, busca-se não negar a comunicação produzida pelo ato delituoso, mas sim combater perigos, neutralizar comportamentos futuros que, pela ausência de uma cimentação cognitiva de alguns indivíduos, estão na iminência de serem perpetrados. **A punibilidade da preparação como regra é medida não apenas desejável, mas principalmente, necessária para a efetivação do direito fundamental individual e coletivo à segurança pública.** A essência deste conceito de Direito penal do inimigo está, então, na atuação Estatal como reação de combate do ordenamento jurídico contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam<sup>210</sup>. Com este instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, pelo simples fato de que a sanção criminal não encontra oxigenação para irradiar sua comunicação, significando absolutamente um nada jurídico, surgindo a necessidade e a legitimação da atuação da pena como instrumento de combater perigos e ameaçar seus inimigos, pois todos os membros integrantes da sociedade são titulares do direito fundamental de desenvolverem suas histórias de vida em um contexto minimamente seguro e previsível.

A exigência da presença da **razoabilidade e da proporcionalidade** nos exatos contornos em que são aplicáveis ao Direito penal liberal constitui em grande equívoco. O Direito penal, ramo jurídico que encontra sua legitimação no exato momento em que sua

---

*a través del comportamiento punible posee una significación ambivalente, lo que se ha manifestado especialmente en las última décadas. En el momento inicial de la teoría del bien jurídico, la exigencia de lesión de un bien sustancial suponía la oposición a la criminalización de determinadas conductas. Como reacción frente al Derecho penal del Antiguo Régimen, el movimiento iluminista trata de transformar la visión del delito, solapada en aquel momento histórico con la perspectiva teológica, la idea de pecado y la desobediencia a la voluntad divina, así como excluir del mismo las conductas meramente inmorales. Dentro del contexto del movimiento liberal, el Derecho penal experimentó una tendencia a la despenalización, como consecuencia principal de la exigencia de fundamentación sustancial de los comportamientos punibles. Con base el mismo principio de lesividad para bienes jurídicos, en los últimos años se ha ido pasando imperceptiblemente de una tendencia crítica frente al Derecho penal, y despenalizante, a un contexto criminalizante. En consonancia con profundos cambios sociales, el Derecho penal ha experimentando una creciente acogida de nuevos intereses de signo supraindividual desconocidos por la tradición liberal de la Ciencia penal. Así, en la actualidad, aparecen en primer plano, la expansión de la protección penal en ámbitos como el medio ambiente, la economía, el tráfico de drogas, los consumidores, o los delitos contra la seguridad colectiva. La mayor complejidad de la vida social y la expansión de los procedimientos de tecnificación de todos los ámbitos de la vida traen consigo la transformación de los problemas frente a los que que el Derecho debe plantear soluciones y, para nuestro campo, cambios sustanciales en las características de la criminalidad clásica. La incorporación de estos nuevos intereses trae como consecuencia, en ocasiones, la fricción con principios vertebradores del Derecho penal.* (MATA Y MARTIN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: editora Comares, 1997. p. 1-3).

<sup>210</sup> JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Coordenador e supervisor Luiz Moreira; Tradutores Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 70-71.

intervenção na vida dos cidadãos torna-se imprescindível para estabilizar expectativas normativas fundamentais à redução da complexidade da sociedade atual, não pode simplesmente negar as características do século XXI, bem como ignorar o grau de profissionalização da criminalidade atual, o seu poderio em desafiar o ordenamento jurídico democraticamente existente, as instituições estatais e o próprio Estado. Ao buscar instrumentos de repressão e prevenção a tais comportamentos humanos, o Direito penal iluminista é permeado por técnicas necessárias e politicamente indesejadas com o escopo de responder eficazmente aos modernos ataques ao bem jurídico norma penal. A relativização de direitos e garantias fundamentais torna-se medida imprescindível ao combate de determinados e específicos comportamentos, necessitando, sempre, de uma intensa argumentação constitucional no sentido de que, quanto mais intensa for a relativização de um direito fundamental individual, maiores deverão ser os motivos determinantes de tal flexibilização. O direito fundamental individual cederá, de modo excepcional, porém consciente e em situações determinadas e definidas no ordenamento jurídico-penal, para a observância e a concretização minimamente necessária do direito fundamental individual dos demais membros da sociedade, assim como do direito fundamental coletivo de estarem inseridos em uma estrutura normativa capaz de garantir uma segurança cognitiva necessária ao desenvolvimento da própria sociedade. Realizando um cotejo entre as peculiaridades do Direito Penal liberal e a expansão do Direito Penal, o professor Silva Sánchez, inova na argumentação jurídica trazendo as denominadas velocidades do Direito Penal, pautadas, a nosso ver, de modo indubitável, **pelos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade**.

### 3.2.5 Direito Penal do Inimigo (Jakobs) como Terceira Velocidade do Direito Penal (Silva Sánchez)

Na Espanha, de modo materialmente equivalente ao Direito penal do inimigo, Silva Sánchez<sup>211</sup> tem fundamentado as concepções político-criminais em velocidades. De acordo

---

<sup>211</sup> *Lo específico del Derecho penal vigente en nuestro ámbito cultural es, sin duda, la sanción de privación de libertad. En efecto, éste es el único tipo de sanción que no puede imponer la Administración (al menos en el sistema español). Ello, naturalmente, dejando al margen el significado simbólico-comunicativo que tiene la intervención de los tribunales penales (y que en principio mantendría incluso aunque la consecuencia jurídica impuesta fuera una muy distinta de aquélla, como por ejemplo la reparación). Por eso, cabría que en un Derecho penal más alejado del núcleo de lo criminal en el que se impusieran penas más próximas a las sanciones administrativas (privativas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas) se flexibilizaran los criterios de imputación y las garantías político-criminales. La característica esencia de dicho sector seguiría siendo la judicialización (y la consiguiente máxima imparcialidad), a la vez que el mantenimiento del significado “penal” de los injustos y de las sanciones, sin que estas, con todo, tuvieran la repercusión personal de la pena de prisión. El conflicto entre un Derecho penal amplio y flexible*

(convertido en un indeseable **soft law**) y un Derecho penal mínimo y rígido – seguramente imposible – debe hallar así una solución en el “punto medio” de la configuración dualista. En efecto, no parece que la sociedad actual este dispuesta a admitir un Derecho penal orientado al paradigma del “Derecho penal mínimo”. Pero ello no significa que la situación nos aboque a un modelo de Derecho penal máximo. La función racionalizadora del Estado **sobre la demanda** social de punición puede dar lugar a un producto que resulte, por un lado, funcional y, por otro, suficientemente garantista. Así, se trata de salvaguarda el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tienen asignada una pena de prisión. Por contra, a propósito del Derecho penal económico, por ejemplo, cabría una flexibilización controlada de las reglas de imputación (así, responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliación de los criterios de la autoría o de comisión por omisión, de los requisitos de vencibilidad del error, etc) como también de los principios político-criminales (por ejemplo, el principio de legalidad, el mandato de determinación o el principio de culpabilidad). Tales principios son susceptibles, en efecto, de una acogida gradual y, al igual que sucede hoy entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, no tendrían por qué ser integrados en idéntica medida en los dos niveles de Derecho penal, con o sin penas de prisión. Ahora bien, sentado lo anterior, debe insistirse en que, hoy por hoy, también los nuevos delitos socioeconómicos tienen asignadas en nuestros cuerpos legales penas de prisión (y no precisamente leves); asimismo, que resulta una incógnita el pronosticar la fuerza comunicativa (de definición y estigmatización) de un submodelo de Derecho penal en el que se excluyan las penas de prisión. En relación con lo primero, debe significarse que, en tanto en cuanto los delitos sócio-económicos tengan asignadas penas de prisión, no cabe sino estimarlos incursos en el núcleo duro del Derecho penal y rechazar en línea de principio cualquier intento de flexibilizar en este ámbito reglas de imputación o principios de garantía. En cuanto a lo segundo, probablemente sea lo cierto que la fuerza definitoria del Derecho penal proviene de su clásica incidencia personal, y no sólo patrimonial, así como de la asociación de sus ilícitos a los hechos más reprochables en términos ético-sociales. En este punto no cabe negar taxativamente la posibilidad de que la distancia de ilícitos y sanciones vaya produciendo también una mayor facilidad de neutralización de la imputación penal en los casos ajenos al núcleo. Pero ello es una hipótesis de futuro con la que no cabe descalificar un presente en el que la fuerza comunicativa del Derecho penal, aunque no lleve aparejada la pena de prisión, parece firme. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo; Buenos Aires: Ibddef, 2006. p. 178-181). En lo anterior han quedado caracterizadas las que, a mi juicio, serían las “dos velocidades” del Derecho penal. Una primera velocidad, representada por el Derecho penal “de la cárcel”, en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede, en la que el **Derecho penal de la cárcel concurre con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales**. Como puede fácilmente derivarse de lo expuesto en páginas anteriores, un Derecho penal de la “terceira velocidad” **existe ya**, en amplia medida, en el Derecho penal sócio-económico. Y, como puede también desprenderse de lo manifestado más arriba, mi punto de vista es que, en este caso, su ámbito debe reconducirse ya a la primera, ya a la segunda velocidad mencionadas. Ahora bien, significa esto que no debe quedar espacio alguno para un Derecho penal de terceira velocidad? Esto es ya más discutible, si tenemos en cuenta la existencia, al menos, de fenómenos como la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada, o fenómenos como la criminalidad organizada y el terrorismo, que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado. Sin negar que la “terceira velocidad” del Derecho penal describe un ámbito que debería ser deseablemente reducido a la mínima expresión, aquí se acogerá con reservas la opinión que la existencia de un espacio de Derecho penal de privación de libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas que las del Derecho penal de la primera velocidad es, seguramente, en algunos ámbitos **excepcionales** y por tiempo limitado, inevitable. La cuestión anterior guarda una estrecha relación con el denominado, desde la difusión de esta terminología por Jakobs, “Derecho penal del enemigo” (**Feindstrafrecht**), que se contrapone al de los ciudadanos (**Bürgerstrafrecht**). Sin nos atenemos a la definición de este autor, el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental. En todo caso, es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta. Las características del Derecho penal de enemigos serían entonces, siempre según Jakobs, la amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha, y el socavamiento de garantías procesales. Sen embargo, probablemente el

ámbito de los “enemigos”, caracterizado hasta ahora por la ausencia de la “seguridad cognitiva mínima” de las conductas, muestra además en algunos casos una dimensión adicional, complementaria, de negación frontal de los principios políticos e sócio-económicos básicos de nuestro modelo de convivència. A la vez, en casos de esta naturaleza (criminalidad de Estado, terrorismo, criminalidad organizada) surgen dificultades adicionales de persecución y prueba. De ahí que, en estos ámbitos, en los que la conducta delictiva no sólo desestabiliza una norma en concreto, sino todo el Derecho como tal, pueda plantearse la cuestión del incremento de penas de prisión, a la vez que la de la relativización de las garantías substantivas y procesales. Ahora bien, en todo caso, conviene subrayar que el Derecho penal de la tercera velocidad no puede manifestarse sino como el instrumento de abordaje de hechos “de emergência”, siendo expresión de una especie de “Derecho de guerra” en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción. Constatada la existencia real de un Derecho penal de tales características – sobre lo que no parece que pueda plantearse duda alguna –, la discusión fundamental versa sobre la legitimidad del mismo. Ciertamente ésta habría de basarse en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia, en un marco de emergência. Pero queda en pie la cuestión conceptual de si, entonces, el Derecho penal del enemigo sigue siendo “Derecho” o es ya, por el contrario, un “no-Derecho”, una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos “excluidos”. Tratándose de reacciones cenidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves, que puedan justificarse en términos de proporcionalidad y que no ofrezcan peligro de contaminación del Derecho penal “de la normalidad”, seguramente cabría admitir que, aunque en el caso del Derecho penal de la tercera velocidad nos hallemos ante un “mal”, éste pueda ser el “mal menor”. Pero es evidente que esta justificación obliga a una revisión permanente y especialmente intensa de la concurrencia de los presupuestos de regulaciones de esa índole. Pues bien, en mi opinión eso no está sucediendo, sino que los Estados, por el contrario, van acogiendo con comodidad la lógica, que Moccia criticara con agudeza, de la “perene emergência”. A la vista de dicha tendencia, no creo que sea del todo aventurado pronosticar que el círculo del Derecho penal de los “enemigos” tenderá, ilegítimamente a estabilizarse y a crecer. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo; Buenos Aires: Ibddef, 2006. p. 183-188). Lo que Silva Sánchez ha denominado el derecho penal de tercera velocidad constituye una propuesta politicocriminal fácilmente vinculable al concepto de derecho penal del enemigo analizado en el subapartado anterior, algo de lo que es consciente su propio creador. Sin embargo, sería equivocado pasar por alto algunos matices relevantes: El primero de ellos reside en que esa tercera velocidad exasperadora de la intervención penal en ciertos ámbitos sociales se produce dentro de un discurso sobre el derecho penal de la sociedad del riesgo que acaba de proponer para las nuevas formas de delincuencia ligadas a la sociedad tecnológica y a la criminalidad de los poderosos una retirada significativa de la intervención penal. Esa retirada, concretada en el derecho penal de la segunda velocidad, habrá de posibilitar que, a cambio de una flexibilización de las garantías por cierto, escasamente precisada –, se saque del catálogo de penas previstas para tales comportamientos a la pena de prisión. Que el derecho penal de la tercera velocidad está pensado para una criminalidad muy distinta se confirma fácilmente en cuanto se atiende a las áreas preferentes de intervención de ese derecho penal más riguroso: Ante todo, su defensor pone especial cuidado en excluir expresamente a la delincuencia sócio-económica de la influencia de esa tercera velocidad punitiva, ya que aquella sería un sector de la criminalidad que pertenecería a la dulcificada segunda velocidad o, todo lo más, a la primera. En este nuevo derecho penal se integrarían, por el contrario, la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta o reiterada, la criminalidad organizada, el narcotráfico, la criminalidad de Estado y el terrorismo. El segundo matiz relevante tiene que ver con el relativo distanciamiento de la idea matriz de la lucha contra la peligrosidad del individuo, que caracteriza al derecho penal del enemigo. Sin, desde luego, renunciar a ella, el derecho penal de la tercera velocidad introduce como motivos determinantes de su existencia, por un lado, la conveniencia de reaccionar energicamente frente a conductas especialmente graves por suponer una negación frontal de los principios políticos e socioeconómicos básicos de nuestro modelo de convivència, y por otro y en estrecha relación, la necesidad de asegurar la efectividad de la reacción penal a esas conductas superando las dificultades adicionales de persecución y prueba que presentan. Es, por tanto, la sobresaliente lesividad de estos comportamientos la que explica que la sociedad en estos casos esté dispuesta a renunciar a ciertas cotas de libertad a cambio de reforzar la seguridad. Con esas salvedades, las propuestas de estructuración del derecho penal de la tercera velocidad apenas difieren de las del derecho penal del enemigo: Se da también por inevitable y asumible la conformación de un nuevo derecho penal de esas características, y se concentra la atención en hacer menos estrictas las reglas de imputación de responsabilidad, en anticipar la intervención penal a fases previas a la ejecución e incluso a la preparación del delito, en el incremento de las penas de prisión, y en la eliminación o reducción de las garantías penales y procesales en general. Si cabe destacar en Silva Sánchez una reiterada preocupación por los abusos a que pudiera dar lugar el uso normalizado del derecho penal de la

com sua posição, no momento atual estão se diferenciando duas velocidades no marco do ordenamento jurídico-penal: a primeira velocidade seria aquele setor do ordenamento em que se impõem penas privativas de liberdade, e no qual, segundo Silva Sánchez, devem manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade seria constituída por aquelas infrações penais em que, ao impor-se somente penas restritivas de direitos ou pecuniárias, **seria legítima a flexibilização de modo proporcional desses princípios e regras clássicos**. No tocante ao Direito penal do inimigo, em que coexistem pena privativa de liberdade e relativização das garantias do Direito penal liberal, o professor espanhol denomina tal tendência político-criminal de terceira velocidade do Direito penal. Importante destacar que Silva Sánchez vislumbra a possibilidade e legitimidade do Direito Penal de segunda velocidade. No Brasil podemos destacar o procedimento sumaríssimo aplicável às infrações penais de menor potencial ofensivo como exemplo de Direito penal de segunda velocidade, isto é, os institutos descarcerizadores da suspensão condicional do processo e transação penal (artigos 89 e 76 respectivamente da Lei n. 9099/95)<sup>212</sup> afastam a possibilidade da fixação em concreto de pena privativa de liberdade em contrapartida a flexibilização de princípios clássicos como os do contraditório, ampla defesa e estado de inocência (artigo 5, incisos LV e LVII, da

---

*tercera velocidad: Tal inquietud te lleva en primer lugar a insistir en su carácter excepcional, tanto por lo que respecta a los sectores sociales abarcados, como en lo concerniente a su periodo de vigencia. En segundo lugar, estima necesario imponer límites a sus contenidos, que habrían de inspirarse singularmente en el principio de proporcionalidad, sin olvidar la comprobación de si necesidad, eficacia y respecto del principio de subsidiariedad. Por último, debería prevenirse la contaminación del derecho penal normal, el de la primera velocidad, por este guerrero derecho penal.* (BACIGALUPO, Silvina; CANCIO MELIÁ, Manuel (Coord.). *Derecho penal e política transnacional*. Barcelona: Atelier, 2005. p. 269-270).

<sup>212</sup> O instituto jurídico da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei n. 9099/95, significa, nos crimes e que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 ano, abrangidas ou não pela citada Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, por 2 a 4 anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizem a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo-se o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: a) reparação do dano, salvo impossibilidade fazê-lo; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; d) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades; e) o juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. O instituto da transação penal, regulamento no art. 76 da Lei n. 9099/95, normatiza que, havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o juiz poderá reduzi-la até a metade. Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: a) ter sido o autor da infração condenado pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; b) ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos do art 76; c) não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 anos.

Constituição da República). Além da relativização ou flexibilização de direitos e garantias fundamentais de conteúdo Liberal, o Direito Penal de segunda velocidade se caracterizaria pela permanência da judicialização – e conseqüente imparcialidade – assim como com a manutenção do significado “penal” dos ilícitos e sanções, sem que estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena privativa de liberdade. Não é possível aderir ao entendimento de que a construção da fundamentação do Direito Penal de segunda velocidade de Silva Sánchez seja a mais adequada, não obstante ser forçosa a identificação da presença dos **postulados da proporcionalidade e da razoabilidade** na essência da respectiva fundamentação. Não é porque o Direito Penal vale-se de sanções diversas da pena privativa de liberdade que seria legítima a relativização ou flexibilização de direitos e garantias fundamentais. Pedindo a máxima licença ao professor Silva Sánchez e aos que aderem ao seu entendimento, a presente Tese defende que o paradigma legitimador da relativização ou flexibilização dos direitos e garantias do Direito Penal liberal seja o ganho na efetivação de outros direitos e garantias fundamentais, precipuamente os de conteúdo social. Não discordamos que os **postulados da proporcionalidade e da razoabilidade** constituem-se condição de possibilidade para a realização legítima de tal análise, muito pelo contrário.

A terceira velocidade do Direito Penal possui como principal característica a presença da pena de prisão concomitantemente com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. Não há dúvida que o Direito Penal de terceira velocidade tem permeado as legislações penais de todos os países. Muitos estudiosos do Direito Penal, na linha desenvolvida pelo professor Silva Sánchez, defendem a urgente necessidade do Direito Penal de terceira velocidade se adequar, ou ao Direito Penal de primeira ou ao Direito Penal de segunda velocidades. Mas a indagação a ser respondida é: O Direito Penal de terceira velocidade possui um espaço legítimo de atuação? Não obstante a intensidade das críticas ao Direito Penal de terceira velocidade, defendemos que há sim um espaço legítimo de atuação. A existência de um espaço de Direito Penal de privação de liberdade com regras de imputação e processuais menos estritas que as do Direito Penal de primeira velocidade é, em alguns momentos, legítima e necessária, porém deve ser uma resposta estatal excepcional e absolutamente imprescindível na efetivação de determinados direitos e garantias fundamentais. O Direito Penal do inimigo, identificado e estruturado por Gunther Jakobs, guarda relação próxima com o Direito Penal de terceira velocidade desenvolvido por Silva Sánchez. Segundo Silva Sánchez<sup>213</sup>:

---

<sup>213</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 194.

Se nos restringirmos à definição desse autor (Jakobs), o inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta-se esse déficit por meio de sua conduta. As características do Direito Penal do inimigo seriam então, sempre segundo Jakobs, a ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança de perspectiva do fato passado a vim porvir; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e o solapamento de garantias processuais.

O professor Gunther Jakobs jamais foi partidário de arbitrariedades por parte do Estado, como tortura ou qualquer outra espécie de violência no combate à criminalidade. A antecipação da proteção penal, a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação e a flexibilização de alguns princípios e garantias fundamentais individuais, seriam providências excepcionais, porém necessárias, para que outros direitos e outras garantias fundamentais fossem efetivados. Todo esse arcabouço normativo do denominado Direito Penal do Inimigo estaria orientado pelos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como pelo procedimento da ponderação estruturado por Robert Alexy. Os fundamentos da República Federativa do Brasil – artigo 1 da CR/88 -, bem como os objetivos a serem atingidos pelo Brasil – artigo 3 da CR/88 -, atuarão de modo cogente na definição dos limites da mitigação de direitos e garantias fundamentais individuais e, conseqüentemente, no grau de efetivação dos direitos fundamentais à segurança pública e à paz. Assim sendo, não é possível, em abstrato, concluir pela (i) legitimidade do denominado Direito Penal do Inimigo, pedindo licença aos que pensam em contrário.

### 3.2.6 O Direito Penal do Inimigo como Contradição em seus Termos

É legítima a presença do Direito Penal do inimigo como parte do ordenamento jurídico-penal? Para afastar a legitimidade de tal vertente do Direito Penal a doutrina recorre aos pressupostos de legitimidade mais ou menos externos ao sistema jurídico-penal no sentido estrito: não deve haver Direito Penal do inimigo porque é politicamente errôneo ou inconstitucional<sup>214</sup>. Argumentam que o Direito penal do inimigo não deve ser porque não contribui à prevenção policial-fática de delitos<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> Vid., sinteticamente, JAKOBS, *Estudios de derecho judicial*, num. 20 (nota 1), p. 138 e ss. Os trabalhos de Jakobs têm desencadeado uma incipiente discussão nos âmbitos de fala alemã e espanhola na qual se constata sobretudo vozes marcadamente críticas. Nesta linha, atribuem a Jakobs uma posição afirmativa a respeito da

Segundo o professor Munoz Conde<sup>216</sup>, em virtude do grande eco da teoria de Jakobs na América Latina, torna-se necessário sublinhar que tal aproximação teórica não é ideologicamente inocente. O Direito Penal do inimigo não cumpriria seu escopo de estabilizar expectativas normativas (*prevenção geral positiva*), mas sim seria um instrumento de perseguição de determinados grupos de infratores. Em consequência, o Direito Penal do inimigo desbordaria de um Direito Penal do fato, adquirindo corpo de um Direito Penal do autor. Consta-se que o doutrinador espanhol, assim como grande parcela da doutrina mundial, não se atentam para o fato de que a teoria do Direito Penal do inimigo vai ao encontro da efetivação dos direitos fundamentais e não no sentido de inobservância dos mesmos. O comportamento humano violador da norma é o objeto da intervenção do Direito Penal. O ser humano não existe descolado de seus atos. É exatamente a partir da manifestação

---

existência do Direito penal do inimigo, por exemplo, SCHULZ, ZStW, 112 (2000). p. 659 e ss.; SCHUNEMANN, GA, 2001. p. 210 e ss.; MUNOZ CONDE, *Edmund Mezger e Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 3 edição, 2002, pág. 63 e ss., 63 e ss.: outorga a futuros regimes injustos uma legitimação teórica; *ibidem*, nota 135 inclusive afirma que Jakobs, com estes desenvolvimentos, se aproxima constantemente ao pensamento coletivista-dualista de CARL SCHMITT; PORTILLA CONTRERAS, entretanto num. 83 (2002), p. 78 e ss.; 81; *idem*, *El Derecho penal y procesal del "enemigo"*. As velhas e novas políticas de segurança frente aos perigos internos-externos, no prelo para: *Libro em homenaje a Enrique Bacigalupo: ... justifica e tenta legitimar a estrutura de um Direito penal e processual sem garantias* (texto correspondente à nota 3); diferenciando o significado político-criminal da primeira (1985) e da segunda (1999-2000) aproximação, PRITTWITZ, ZStW 113 (2001), p. 774 e ss., 794 e ss. com nota 106. Por outro lado, além de SILVA SÁNCHEZ, fizeram referência à concepção de JAKOBS em termos preferencialmente descritivos ou afirmativos (em alguns casos) KINDHAUSER, *Gefabrderung als Straftat*, 1989. p. 177 e s.; FEIJÓ SÁNCHEZ, RJUAM, 4 (2001).p. 9 e ss., 46 e ss.; PÉREZ DEL VALLE, CPC, 75 (2001). p. 597 e ss.; POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal, Parte Geral, t. I: Fundamentos científicos del Derecho penal*, 4 edição, 2001. p. 185 e ss.; CANCIO MELIÁ, JpD, 44 (2002). p. 19 e ss.; GRACIA MARTÍN, Prolegómenos (nota 2), p. 120 e ss *apud* JAKOBS, 2008. p. 67-68.

<sup>215</sup> No plano empírico, parece que se pode afirmar que a experiência em outros países de nosso entorno, a respeito de organizações terroristas endógenas, mostra que a aplicação deste tipo de infrações não tem evitado delitos, mas tem contribuído para atrair novos militantes às organizações em questão (esse parece ser o caso, em particular, na passagem, na Alemanha, da primeira geração da fração do exército vermelho (RAF, *Rote Armee Fraktion*) às sucessivas avalanches de membros desse grupo terrorista). De sorte que, é difícil que se possa isolar para efeito de análise, só a questão da efetividade preventiva: pois dentro deste balanço deveria ter-se em conta, de modo muito especial, que as normas destas características tendem a contaminar outros âmbitos de incriminação – como mostram múltiplos exemplos históricos -, de modo que há boas razões para pensar que é ilusória a imagem de dois setores do Direito penal (o Direito penal do cidadão e o Direito penal do inimigo) que possam conviver em um mesmo ordenamento jurídico. Aparte disso, no balanço de efetividade há que se considerar, como antes se tem dito, que a mera existência do Direito penal do inimigo pode representar, em alguma questão, um êxito de propaganda política parcial, precisamente, para o inimigo; sobre a falta de efetividade, cfr. Somente FEIJÓ SÁNCHEZ, RJUAM, 4, (2001). p. 50 e ss.; a respeito do caso concreto da introdução do chamado terrorismo individual no CP de 1995, cfr. m por exemplo, a análise das consequências contraproducentes levadas a efeito por ASPUA BATARRITA (em: ECHANO BASALDÚA (Coord.). *Estudios jurídicos na memória de José M. Lidón*, 2002. p. 69. nota 39 *apud* JAKOBS, 2008. p. 73.

<sup>216</sup> Em: BARQUÍN-SANZ-OLMEDO CARDENETE, Conversações: Dr. Francisco Munoz Conde, RECPC 04-c2 (2002) <http://criminet.ugr.es/recpc>. A Corte Constitucional colombiana tem declarado recentemente inconstitucional – aplicando, expressamente, o conceito de Direito penal do inimigo, desenvolvido por Jakobs – vários preceitos penais promulgados pelo Presidente (Acórdão C-939-02 de 31/10/2002, relator Montealegre Lynett. Uma questão distinta é, naturalmente, que efeito prático terá isto no desenvolvimento da atual guerra civil na Colômbia; provavelmente, exatamente o mesmo que uma solene proclamação do princípio da ultima ratio *apud* Jakobs, 2008. p. 75 (Direito penal do inimigo: noções e críticas).



da personalidade no plano empírico por intermédio da conduta, que aflora ou não a necessidade da atuação do Direito Penal do cidadão ou do Direito Penal do inimigo. O comportamento do indivíduo integra a sua pessoa, não sendo faticamente possível estabelecermos uma análise absoluta apenas do ser ou apenas de seus comportamentos. Como defender que o Direito Penal clássico, fruto das revoluções iluministas, não é permeado por um Direito Penal do autor quando a culpabilidade normativa pura<sup>217</sup> (teoria finalista da ação – Welzel – por volta de 1930) é composta apenas e tão-somente de elementos que dizem respeito à pessoa infratora e não ao seu comportamento? O ponto fulcral da discussão reside na mudança de paradigma introduzida por Jakobs quando estrutura sua Teoria do Direito Penal a partir da função a ser exercida pela sanção criminal. É preciso tentar compreender o Direito Penal do inimigo não com as premissas liberais, mas sim com a noção de que a estabilização das expectativas normativas é condição para a sociedade moderna e que o ordenamento jurídico-penal cumpre, precipuamente, o papel de garantir tais expectativas. Se determinado indivíduo, habitualmente, manifesta sua personalidade inobservando normas penais, significa que a resposta estatal não está interferindo em tal personalidade no sentido de incrementar a segurança cognitiva mínima necessária ao convívio social. A sanção criminal não está tendo o condão de gerar a comunicação pretendida pelo Estado de Direito, não atuando contrafaticamente. É preciso, portanto, uma nova estrutura de Direito Penal para dar respostas eficientes ao combate à criminalidade e, em última instância, garantir confiança nas expectativas normativas, o que é imprescindível na sociedade atual. Afirmar que o Direito Penal do inimigo seria um Direito Penal de autor é uma crítica rasa, superficial, que não resiste a poucas linhas de argumentação jurídica.

Na obra *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*, tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, o professor Manuel Cancio Meliá, discorrendo sobre o Direito penal do inimigo como contradição em seus termos, assim se manifesta:

Quando se aborda uma valoração do Direito penal do inimigo como parte do ordenamento jurídico-penal, sobretudo se pergunta se deve ser aceito como inevitável segmento instrumental de um Direito penal moderno. Para responder esta pergunta de modo negativo, em *primeiro lugar*, pode-se recorrer aos pressupostos de letigimidade mais ou menos externos ao sistema jurídico-penal no sentido estrito: não deve haver Direito penal do inimigo

---

<sup>217</sup> A culpabilidade na Teoria Finalista da Ação foi denominada culpabilidade normativa pura. Em decorrência do conceito final de ação (exercício de uma atividade final), verdadeira fonte de alimentação de toda a Teoria Finalista, dolo e culpa que eram elementos da culpabilidade (Teoria Causal Neoclássica), abandonam a culpabilidade e migram para o fato típico, em seu elemento conduta. A atributo culpabilidade do conceito analítico ou dogmático de infração penal passa a ser integrado pelos elementos imputabilidade penal, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

porque é politicamente errôneo (ou: inconstitucional). Em *segundo lugar*, pode argumentar-se dentro do paradigma de segurança ou efetividade no qual a questão é situada habitualmente pelos agentes políticos que promovem este tipo de normas penais: o Direito penal do inimigo não deve ser porque não contribui à prevenção policial-fática e delitos. Estes são, naturalmente, caminhos transitáveis, que de fato se transitam na discussão e que se devem transitar. Porém aqui se pretende – em *terceiro lugar* – esboçar uma análise prévia, interna ao sistema jurídico-penal, em sentido estrito: o Direito penal (faticamente existente) integra, conceitualmente, o Direito Penal<sup>218</sup>?

<sup>218</sup> Quando se argumenta que os fenômenos, frente aos quais reage o Direito penal do inimigo, são perigos que põem em xeque a existência da sociedade, ou que é a auto-exclusão da condição de pessoa o que gera uma necessidade de proporcionar uma especial segurança cognitiva frente a tais sujeitos, ignora-se, em primeiro lugar, que a percepção dos riscos – como é sabido em sociologia – é uma construção social que não está relacionada com as dimensões reais de determinadas ameaças. Os fenômenos, frente aos quais reage o Direito penal do inimigo, não tem essa especial periculosidade terminal (para a sociedade), como se apregoa deles. Ao menos entre os candidatos a inimigos das sociedades ocidentais, não parece que possa apreciar-se que haja algum – nem a criminalidade organizada nem as máfias das drogas, e tampouco o ETA – que realmente possa pôr em xeque – nos termos militares que se afirmam – os parâmetros fundamentais das sociedades correspondentes em um futuro previsível. Isto é especialmente claro quando se compara a dimensão meramente numérica das lesões de bens jurídicos pessoais experimentadas por tais condutas delitivas com outro tipo de infrações criminais que se cometem de modo massivo e que entram, em troca, plenamente dentro da normalidade. Então, o que tem de especial os fenômenos frente aos quais corresponde o Direito penal do inimigo? Que característica especial explica, no plano fático, que se reaja precisamente desse modo frente a essas condutas? Que função cumpre a pena neste âmbito? A resposta a esta pergunta está em que se trata de comportamentos delitivos que afetam, certamente, os elementos essenciais e especialmente vulneráveis da identidade das sociedades questionadas. Porém, não no sentido entendido pela concepção antes examinada – no sentido de um risco fático extraordinário para esses elementos essenciais –, mas antes de tudo, como antes se tem adiantando, em um determinado plano simbólico. É sabido que precisamente Jakobs representa uma teoria do delito e do Direito penal na qual ocupa um lugar proeminente – dito de modo simplificado, é claro – o entendimento do fenômeno penal como pertencente ao mundo normativo, dos significados, em oposição ao das coisas. Desta perspectiva, toda infração penal criminal supõe, como resultado especificamente penal, a quebra da norma, entendida esta como a colocação em dúvida da vigência dessa norma: prevenção geral positiva. A característica especial das condutas frente às quais existe ou se reclama Direito penal do inimigo está em que afetam elementos de especial vulnerabilidade na identidade social, a resposta jurídico-penalmente funcional não pode estar na troca de paradigma que supõe o Direito penal do inimigo. Precisamente, a resposta idônea, no plano simbólico, ao questionamento de uma norma essencial, *deve estar na manifestação de normalidade*, na negação da excepcionalidade, isto é, na reação de acordo com **critérios de proporcionalidade e de imputação** (grifo nosso), os quais estão na base do sistema jurídico-penal normal. Assim, se nega ao infrator a capacidade de questionar, precisamente, esses elementos essenciais ameaçados. Dito desde a perspectiva do inimigo, a pretendida auto-exclusão da personalidade por parte deste – manifestada na adesão à sociedade mafiosa em lugar da sociedade civil, ou no rechaço da legitimidade do Estado em seu conjunto, tachando-o de força de ocupação no país Basco – não deve estar a seu alcance, posto que a qualidade de pessoa é uma atribuição. É o Estado que decide, mediante seu ordenamento jurídico, quem é cidadão e qual é o *status* que tal condição comporta: não é possível admitir apostasias do *status* do cidadão. A maior desautorização que pode corresponder a essa defecção tentada pelo inimigo é a reafirmação do sujeito em questão pertencer à cidadania geral, isto é, a afirmação de que sua infração é um delito, não um ato cometido em uma guerra, seja entre quadrilhas ou contra um Estado pretendidamente opressor. Portanto, a questão de poder existir Direito penal do inimigo se resolve negativamente. Precisamente, da perspectiva de um entendimento da pena e do Direito penal, com base na prevenção geral positiva, a reação que reconhece excepcionalidade à infração do inimigo, mediante uma troca de paradigma de princípios e regras de responsabilidade penal, é disfuncional, de acordo com o conceito de Direito penal. (JAKOBS, Gunther; CÁNCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 76 a 79). Discordamos de tal conclusão. Entendemos que tal argumentação pode ser interpretada no sentido da legitimação, como instrumental excepcional a ser utilizado pelo Direito Penal, do Direito Penal dotado das características que o fazem ser conhecido por Direito Penal do Inimigo.

Não há dúvida de que o Direito Penal, com as características que o fazem conhecido como Direito Penal do inimigo, desborda, de modo absoluto, da estrutura garantista liberal-individualista forjada no Estado Liberal de Direito. Buscar a legitimação do Direito Penal do inimigo tendo por paradigma os princípios norteadores do Direito Penal liberal constitui equívoco científico crasso, *data venia*. A legitimação do Direito Penal do Inimigo deve ser extraída da necessidade e dever das sociedades complexas de efetivar o direito fundamental à segurança pública, condição de possibilidade para a tutela dos bens jurídicos individuais vinculados aos direitos fundamentais de primeira dimensão. A intensidade da limitação ao direito fundamental individual deve observar estritamente os **postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade**, tendo por escopo um ganho significativo, proporcional e razoável, na efetivação de direitos fundamentais sociais. Concluir ser o Direito Penal do Inimigo uma contradição em seus termos, valendo-se de argumentos típicos do paradigma liberal-individualista, próprio do Estado Liberal de Direito, significa um estudo míope da Política Criminal na atualidade. Os críticos do Direito Penal do inimigo ainda argumentam que o Direito Penal, com tal instrumental, geraria um Direito Penal do autor e não um Direito Penal do fato, o que seria inadmissível.

### 3.2.7 O Direito Penal do Inimigo como Direito Penal do Autor

A doutrina crítica do Direito Penal do inimigo afirma a incompatibilidade do Direito Penal do inimigo com o princípio do direito penal do fato. O professor Manuel Cancio Meliá, sobre o tema assim se manifesta:

Como é sabido, o Direito Penal do inimigo jurídico-positivo vulnera - assim se afirma habitualmente na discussão -, em diversos pontos, o princípio do direito penal do fato. Na doutrina tradicional, o princípio do direito penal do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechando-se um Direito penal orientado na atitude interna do autor. Considerando-se este ponto de partida coerentemente até suas últimas consequências - mérito que corresponde a Jakobs -, fica claro que numa sociedade moderna, com boas razões funcionais, a esfera de intimidade atribuída ao cidadão não pode ficar limitada aos impulsos dos neurônios - algo mais que a liberdade de pensamento -. Isto cristaliza na necessidade estrutural de um fato como conteúdo central do tipo (Direito penal do fato em lugar de Direito penal do autor). Ao examinar-se, por este prisma - por exemplo, no Direito penal espanhol relativo ao terrorismo, depois das últimas modificações legislativas havidas -

a ampla eliminação iuspositiva das diferenças entre preparação e tentativa, entre participação e autoria, inclusive entre fins políticos e colaboração com uma organização terrorista, dificilmente pode parecer exagerado falar de um Direito penal do autor: mediante sucessivas ampliações se tem alcançado um ponto no qual estar aí de algum modo, fazer parte de alguma maneira, ser um deles, ainda que só seja em espírito, é suficiente. O professor Cancio Meliá<sup>219</sup> ilustra o tema valendo-se do Código Penal espanhol de 1995 – por mencionar um só exemplo – se tenha produzido a figura do terrorista individual, uma tipificação que não se encaixa de nenhum modo com a orientação da regulação espanhola neste setor, estruturada em torno à especial periculosidade das organizações terroristas. Esta segunda divervência é, como ocorre com a função da *pean* que a produz, estrutural: não é que haja um cumprimento melhor ou pior do princípio do direito penal do fato – o que ocorre em muitos outros âmbitos de antecipação das barreiras de punição – mas que a regulação tem, desde o início, uma direção centrada na identificação de um determinado grupo de sujeitos – os inimigos – mais que na definição de um fato<sup>220</sup>.

Ora, concluir que o Direito Penal, com o instrumental que o fez ser conhecido por Direito Penal do inimigo, significa uma aproximação ao princípio do direito penal do autor e um distanciamento ao princípio do direito penal do fato constitui um argumento superficial e destituído de cientificidade, *data venia*. Qualquer vertente da atuação jurídico-penal sempre esteve permeada pelas circunstâncias e condições pessoais do autor da infração penal. Ou a infração penal é produto do além? O instituto da reincidência penal, previsto nos arts. 63 e 64 do Código Penal brasileiro, não seria um claro exemplo do direito penal do autor? A análise de várias circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do diploma penal também não seriam exemplos irrefutáveis de direito penal do autor? O Supremo Tribunal Federal sempre entendeu pela constitucionalidade de tais institutos jurídicos, chancelando, a nosso ver, a atuação do Direito Penal em conformidade com o denominado princípio do direito penal do autor. Por que no atual momento histórico, quando o Direito Penal objetiva se modernizar, adequando-se às peculiaridades da nova criminalidade, visando ao combate eficiente das condutas delituosas cometidas pelas classes sociais privilegiadas, argumentam que se trata de direito penal do autor? E o Direito Penal liberal, sempre Direito Penal em relação à quais autores? Entende-se que o instrumental característico do Direito Penal do inimigo, em regra, não viola o princípio do direito penal do fato e, sempre que orientado pelos **postulados**

---

<sup>219</sup> JAKOBS, Gunther; CÁNCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81.

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 81.

**normativos da proporcionalidade e da razoabilidade**, constituirá uma atuação legítima por parte do mesmo.

A essência da discussão acerca da expansão ou modernização do Direito Penal e Direito Penal do inimigo reside na distinção entre pessoas portadoras de uma suficiente segurança cognitiva e pessoas destituídas dessa mínima segurança cognitiva. Ser portador de uma mínima segurança cognitiva é condição de possibilidade para que a intervenção jurídico-penal e a respectiva sanção penal atuem contrafaticamente, no sentido de ressaltar a vigência da norma violada, assim como resgatar a credibilidade da mesma, em outras palavras, propiciar que a vontade da coletividade contida na norma prevaleça em detrimento da vontade individual contida no comportamento delituoso. Quando o indivíduo não possui uma segurança cognitiva mínima, significa que está em guerra com o Estado, o que refletirá em uma atuação estatal proporcional ao comportamento criminoso. Nem toda expansão ou modernização do Direito Penal significa Direito Penal do inimigo. Os instrumentos jurídico-normativos de que se vale o Direito Penal do inimigo constituem peculiaridades da expansão ou modernização do Direito Penal levadas ao extremo, no sentido de limitar direitos e garantias fundamentais individuais para a observância e efetivação de direitos e garantias fundamentais sociais. A expansão ou modernização do Direito Penal, Direito Penal do inimigo ou não, necessariamente extrai sua legitimação ou não nos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo tal análise ser realizada em concreto, observando a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, nos termos do procedimento da ponderação de Robert Alexy. Em outras palavras, a essência da discussão acerca da expansão ou modernização do Direito Penal reside na colisão de direitos fundamentais e na efetivação de direitos fundamentais sociais, como a saúde, a moradia, a educação e outros, assim como na efetivação dos direitos fundamentais à segurança pública e à paz. Quais seriam os critérios racionais para delimitarem as restrições ou limitações dos direitos e garantias fundamentais individuais?

## **4 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PONDERAÇÃO COMO “METODOLOGIA” ESTRUTURANTE PARA SUBSTANCIAR A “MODERNIZAÇÃO” DO DIREITO PENAL**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 insculpiu um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. O constitucionalismo atual é pautado pelo compromisso com a efetivação dos direitos fundamentais, o que vem sendo denominado de neoconstitucionalismo. Os direitos humanos postos no ordenamento jurídico brasileiro pelo Poder Constituinte Originário não possuem hierarquia em abstrato, sendo todos eles, portanto, direitos fundamentais (constitucionais). Em um texto constitucional democrático, plural e inclusivo, com fulcro nas especificidades do caso, torna-se perfeitamente possível a colisão de direitos fundamentais. A discussão acerca da (I)Legítima Expansão do Direito Penal possui como essência a colisão entre direitos fundamentais individuais do investigado ou acusado e direitos fundamentais sociais. Com o escopo de se gerar racionalidade e de se controlar a decisão diante de colisão de direitos fundamentais, a presente tese vale-se do procedimento da ponderação de Robert Alexy, bem como pelos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade.

### **4.1 Dos Direitos Fundamentais**

Os direitos humanos positivados no ordenamento jurídico-constitucional significam princípios constitucionais que devem ser efetivados em seu grau máximo, de acordo com as peculiaridades do momento histórico. A estrutura principiológica insculpada da Constituição de 1988 vincula a todos – tanto no âmbito vertical (eficácia vertical dos direitos fundamentais), quanto no âmbito horizontal (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Para uma adequada compreensão da relevância dos direitos fundamentais, necessário se faz um estudo acerca das dimensões ou gerações dos direitos fundamentais.

#### **4.1.1 Evolução dos Direitos Fundamentais**

Os antecedentes históricos dos direitos fundamentais fazem referência a um direito superior, não estabelecido pelos homens, mas dado a este pelos deuses, o que guarda consonância com as obras teológicas, como a *Suma Teológica* de Tomás de Aquino, no século XII, na qual suprema é a lei eterna de Deus, abaixo dela vigentes duas leis: de um lado a lei

divina revelada ou declarada pela Igreja e do outro lado a lei natural gravada na natureza humana que o homem descobre por meio da razão. Abaixo de todas acima, a lei humana positivada pelo legislador.<sup>221</sup>

A primeira declaração de direitos fundamentais da modernidade foi a *Virgínia Bill of Rights* ou a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12/11/1776, que era uma das treze colônias inglesas no então atual país dos Estados Unidos. É considerada pela doutrina como a primeira Declaração dos Direitos propriamente dita, porque estruturava o regime democrático e a limitação do poder estatal.

Contudo, na França, em 26/08/1789, a Assembléia Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 17 artigos, entre eles os da IGUALDADE, LIBERDADE, PROPRIEDADE, SEGURANÇA, RESISTÊNCIA À OPRESSÃO, ASSOCIAÇÃO POLÍTICA, PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E ANTERIORIDADE EM MATÉRIA PENAL, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, LIBERDADE RELIGIOSA, LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, resultando consagrada na França a tutela dos direitos humanos e fundamentais.

Importante ressaltar que a Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 10/12/1948, pontua a necessidade dos direitos da pessoa humana serem protegidos pelo império da lei.

Norberto Bobbio discorre que os direitos fundamentais são direitos acerca dos quais a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou aquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado, de não sofrer tortura). Porém, até entre os chamados direitos fundamentais, são bem poucos os que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação à determinada categoria de sujeitos, uma opção.<sup>222</sup>

Para Cançado Trindade, a idéia de direitos humanos e sua manifestação é tão antiga quanto as civilizações, tendo ocorrido em diferentes culturas e em movimentos históricos sucessivos na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra as formas de dominação, exclusão, despotismo e arbitrariedade.<sup>223</sup>

---

<sup>221</sup> TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 8-10.

<sup>222</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Camus, 1992. p. 20.

<sup>223</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. p. 485.

A respeito do que fala Cançado Trindade, vale lembrar que Sócrates (427 a. C.), desenvolvia uma filosofia cujo ponto alto era justamente a dignidade humana, tendo Platão, em apologia à Sócrates, revelado que o seu mestre lutava não por um regime político, mas por um princípio mais alto, o da dignidade humana.<sup>224</sup>

O caráter analítico, pluralista e pragmático dirigente da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, refletiu no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais -, projetando vários artigos e incisos, além de outros direitos fundamentais contidos nos demais títulos da Constituição, sem prejuízo de outras disposições infraconstitucionais que possuam a mesma natureza. O desdobramento analítico imprimido na Constituição de 1988, mormente no que diz respeito aos direitos fundamentais, revela uma certa desconfiança do legislador infraconstitucional e uma vontade de salvaguardar reivindicação e interesses contra possível desconstituição dos Poderes.<sup>225</sup>

A relevância da proclamação dos direitos fundamentais entre nós pode ser sentida pela leitura do Preâmbulo da atual Constituição. Ali se proclama que a Assembléia Constituinte teve como inspiração básica dos seus trabalhos o propósito de “instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança”. Esse objetivo, nas palavras do professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, há de erigir-se como o pilar ético-jurídico-político da própria compreensão da Constituição. O domínio das considerações técnicas que os direitos fundamentais suscitam, por isso, é indispensável para a interpretação constitucional.<sup>226</sup> Toda e qualquer interpretação/aplicação do ordenamento jurídico deve, portanto, estar compromissada com a máxima efetivação dos direitos e das garantias fundamentais, que devem ser orientados pelos objetivos a serem concretizados pela República Federativa do Brasil.

---

<sup>224</sup> PLATÃO. *Apologia a Sócrates*. São Paulo: Escala, 2005. p. 35. (Coleção mestres pensadores).

<sup>225</sup> Em decorrência de ter sido a Constituição da República de 1988 elaborada logo após um período de forte autoritarismo do governo militar que vigorou no país por 21 anos, e ainda sob a lembrança das restrições as liberdades, o legislador constituinte deu relevância e reforço aos aspectos dos direitos fundamentais, como igualmente acontece nas demais Constituições pós período de opressão, ditadura, na superação de regimes autoritários, como aconteceu com a Constituição italiana de 1947, a Lei Fundamental da Alemanha de 1949 e, mais recentemente com a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Espanhola de 1978, que, em verdade, exerceram grande influência no Constituinte Nacional na elaboração da Carta em vigor. Neste sentido, vide SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>226</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 153.



#### 4.1.2 Direitos Fundamentais: teorias

Os direitos fundamentais podem ser visualizados em três teorias:

##### - Teoria jusnaturalista:

Mediante a qual estes direitos são superiores, imutáveis e inderrogáveis e não são criados pelo legislador, são inerentes à consciência humana. Essa teoria parte da idéia de que na sociedade há valores e pretensões humanas legitimadas pela própria circunstância e aspectos puramente humanos e naturais, convalidados em si mesmos, não decorrentes de atos normativos pela autoridade estatal, mas funcionam como verdadeiros limitadores desta.<sup>227</sup>

O jusnaturalismo está associado à cultura grega, onde uma justiça inata, universal, necessária já era propalada por Platão na sua obra *Da República*, também divulgada por Cícero em Roma, considerada como a razão decorrente da natureza das coisas, por já estar na consciência humana no sentido do bem. Seria, então, uma lei imutável, irrevogável, e não anulável.<sup>228</sup>

Na Idade Média o jusnaturalismo significava conteúdos teológicos da vontade divina. Na época medieval continuou a prevalecer o direito natural, mas objetivo e material, imanente à pessoa, misturado aos princípios morais consagrados ou não na legislação, perceptíveis pela inteligência humana, abrangendo os deveres das pessoas para consigo mesmas, para com os outros e para com Deus. O fundamento é o bem que a consciência determina, não devendo lesar ao próximo. O direito natural não depende do legislador, pois reconhece por si mesmo os comandos, como, por exemplo, o dever de preservar a própria vida e de não matar outrem. Essa concepção inicial teológica cedeu lugar a uma doutrina jusnaturalista formal, a partir do século XVII, fundada na razão humana.

O direito natural constituiu a base filosófica para dar justificação ao direito positivo de modo a assim servir de vetor ao legislador a encontrar seus primeiros fundamentos. Entretanto, não de forma a interferir no pensamento jurídico genuíno diante dos problemas reais da política jurídica, independentemente de considerar os postulados de que o direito deveria estar conforme a natureza da pessoa.<sup>229</sup> Alf Ross afirma que os direitos naturais estariam por detrás dos direitos subjetivos positivados.

---

<sup>227</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 19.

<sup>228</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>229</sup> ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução por Genaro Carrió. 4. ed. Argentina: Universitária de Buenos Aires, 1977. p. 258.

O direito natural conduzia à idéia de uma virtude suprema na qual centrava-se a justiça e a verdadeira realização do direito e que os problemas de justiça seriam de distribuição, equivalendo à demanda da igualdade na distribuição de vantagens e obrigações ou encargos. Tal pensamento foi desenvolvido por Pitágoras, no século IV antes de Cristo, a partir do que, então, a justiça passou a ser visualizada no sentido da igualdade apresentada sob inúmeras variantes.<sup>230</sup> A compreensão da igualdade é no sentido de que os iguais devem ser tratados da mesma maneira. Esta idéia está dirigida a todos e a cada um segundo seus méritos, a cada um segundo sua contribuição, segundo suas necessidades e sua capacidade. Entretanto, de forma correlata, deve ser reconhecido o tratamento desigual aos desiguais na vertente do pensamento aristotélico, sendo justo que se faça aí distinção para atender a pautas da desigualdade entre as pessoas diferentes, sempre marcadas na história da humanidade, como uma exigência racional, um trato diferenciado mas igual a todos os que pertençam a classes diferenciadas, mediante critérios objetivos e regras dadas, para impor limites a quem toma a decisão no caso concreto, obedecendo aos princípios de justiça que repudiam a arbitrariedade.<sup>231</sup>

John Locke propõe a instauração de um governo civil, ao efeito de sanar as deficiências do direito natural, projetando o poder político dividindo-o em três: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, fundado num pacto social a transferir ao Estado a garantia dos direitos naturais e das liberdades pelo regime liberal-democrático.<sup>232</sup>

No século XIX, há fortes reações contra o jusnaturalismo em face do historicismo, sociologismo e positivismo. Contudo há um retorno ao naturalismo com Del Vecchio, Helmut Coing e outros antipositivistas.<sup>233</sup>

Del Vecchio considerava que a natureza é o real empírico, onde se realizam os fenômenos ligados por vínculos causais, sendo o ser humano uma partícula da natureza a interagir com o todo, e se visualizada a concepção teleológica dos fenômenos resultará como uma ordem valorativa a dar vida à matéria. Assim o direito deve levar em conta a concepção metafísico-teleológica da natureza da pessoa e não seu caráter fenomênico. Para este autor, a natureza humana funda-se na moral e o jusnaturalismo colabora no aperfeiçoamento das normas de sua interpretação como elemento integrador do direito positivo.<sup>234</sup>

---

<sup>230</sup> ROSS, Alf. Sobre *el derecho y la justicia*. Tradução por Genaro Carrió. 4. ed. Argentina: Universitária de Buenos Aires, 1977. p. 261.

<sup>231</sup> Ibid., p. 263-269.

<sup>232</sup> LOCKE, John. *Essays on the law of Nature*. Oxford-Clarendon: Leyden, 1954. p. 40.

<sup>233</sup> MACHADO NETO. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1875. p. 84.

<sup>234</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução de Antônio José Brandão. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1972. p. 36.

Hugo Cótius teria formulado a mais célebre distinção de direito natural e direito positivo, na sua obra *DE JURE BELLI ET PACIS*, sendo o primeiro destinado a demonstrar o que é moralmente correto ou incorreto, necessário por si mesmo só o comando divino como arquiteto da natureza, de modo que natural é a lei inscrita por Deus no coração do ser humano, como base ao segundo que tem como finalidade a sua regulamentação como o propósito da consecução do bem-estar coletivo.<sup>235</sup>

### **- Teoria positivista:**

A Teoria Positivista explica que estes direitos devem estar necessariamente consolidados na norma, devendo estar positivados no ordenamento jurídico, resultado da discussão do regime democrático através da soberania popular. Segundo esta Teoria a idéia de direito é daquele que declarado pela autoridade, desprendido do direito natural ou mesmo a este ignorando, originada da Teoria da Norma Posta de Hans Kelsen, considerando estranhos ao objeto do direito os valores inseridos na norma.<sup>236</sup>

O pressuposto da prevalência do positivismo ancorava-se no pensamento de que os cidadãos devem obediência às leis de seu país, ainda que não estejam de acordo com as leis naturais, por força do contrato social e do princípio *pacta sunt servanda*, pensamento que está em consonância com a Teoria Política Absolutista da época.<sup>237</sup> Por este pensamento, o direito positivo alicerça-se em si mesmo e pelos seus próprios meios, independentemente de moral. Esta separação entre direito e moral também se desenvolve na Constituição, afirmando Kelsen que a validade da ordem jurídica positiva não depende de sistema de moralidade e que a norma jurídica é válida independentemente da ordem moral.<sup>238</sup> Pergunta-se: Qual seria o papel da moral?. A moral então, serve para o controle interno comportamental da própria consciência, não institucionalizada.<sup>239</sup> Nas palavras do Ministro Eros Roberto Grau, na verdade a moral não paira mais sobre o direito.

O direito positivo estaria estigmatizado pela dualidade, embasado em normas sociológicas e normas estatais, funcionando de maneira simultânea: a primeira consistente nos conteúdos materiais que permeiam a sociedade e as segundas como proposições ideológicas

---

<sup>235</sup> BOBBIO, Norberto. *Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icove, 1990. p. 20-25.

<sup>236</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 22.

<sup>237</sup> ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução por Genaro Carrió. 4. ed. Argentina: Universitária de Buenos Aires, 1977. p. 259-260.

<sup>238</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 104-106.

<sup>239</sup> HABERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Luiz Fabris, 1997. p. 99.

introduzidas na ordem jurídica pelo Estado, uma vez que detentor do império da lei.<sup>240</sup> Entretanto, como ao direito não cabe apenas atuar conforme a realidade, mas também de modo a transformá-la, o direito não poderia ser apenas um dado, mas também uma criação, de modo a estabelecer as condutas sociais do dever ser para equilibrar as relações e garantir a paz na sociedade.<sup>241</sup>

A Inglaterra contribuiu para a formação da Teoria Positivista através de idéias desenvolvidas por Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, este último influenciado pelo italiano Beccaria no sentido da soberania da lei e a subordinação do juiz à mesma. Para Bentham a moral não revela verdades eternas sendo apenas opiniões tradicionais e que o direito deveria estar alicerçado no empirismo. O direito tem um objetivo em si mesmo e a política jurídica é a doutrina que ensina como alcançar este objetivo. A autoridade que administra o direito deve sentir-se obrigada pelas palavras da lei e pelas outras fontes do direito. Interessante notar que a Inglaterra, apesar de ter contribuído para a elaboração da Teoria Positivista através de alguns de seus filósofos, notadamente Hobbes e Bentham, não fundou o seu direito nas codificações.<sup>242</sup>

Os franceses pretenderam a construção de um ordenamento ou um sistema com base nas normas da natureza, contudo, uma vez inscritas no direito positivo este estaria sediado então nos códigos, o direito estaria na lei. Estava estabelecida a escola da exegese, que era quase uma unanimidade na França. Os critérios eram quase mecânicos e sem perquirição de valores.

Oliver Wendel Holmes afirma ser a ciência positiva a única válida para conceber-se o direito, mostrando-se descrente quanto à observação de valores. É contrário às convicções de John Austin, de que a lei é feita pelos juízes e pelos seus próprios princípios e de acordo com a opinião da comunidade, não pelo soberano.<sup>243</sup> Segundo Bobbio, o juspositivismo define-se pelo elemento coação e considera a norma como o comando do Direito, e que o Ordenamento Jurídico é o berço do Direito, de onde o juiz deve extrair sua decisão, segundo o dogma da coerência e da completude.<sup>244</sup>

---

<sup>240</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação-aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 82.

<sup>241</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 19.

<sup>242</sup> ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução por Genaro Carrió. 4. ed. Argentina: Universitária de Buenos Aires, 1977. p. 67.

<sup>243</sup> HOLMES, Oliver Wendel. *The common law*. Boston: Little & Brown, 1945. p. 157.

<sup>244</sup> *Ibid.*, p. 132.

O direito positivo está ligado à formação do Estado moderno, com o reconhecimento de uma estrutura monista concentrando no Estado todos os poderes, entre eles o de ser o elaborador do direito. Anteriormente, na sociedade medieval, o direito era estabelecido e reconhecido pela sociedade civil delineado pelo costume, na manifestação reiterada e consensual de comportamentos uniformes, constantes.<sup>245</sup> Thomas Hobbes funda a teoria do Estado moderno na qual afirma o poder exclusivo do soberano para pôr o direito como forma de assegurar o poder absoluto do Estado. O Autor faz um paralelo entre o direito positivo e o direito natural, reconhecendo que existem leis naturais, mas questiona se tais leis são obrigatórias, vez que a pessoa pode respeitar ou não as leis naturais por uma questão de consciência perante si mesmo, perante Deus, mas não teria obrigatoriedade diante dos outros.<sup>246</sup> Hobbes afirma que no estado da natureza haveria uma anarquia e que para sair desse estado seria necessário criar um Estado com força, soberano sobre todos, que estabelecesse regras, onde todos estariam obrigados mediante coação imposta pelo Estado, numa afirmação categórica de que a não é a sapiência, mas sim a autoridade que cria a lei.<sup>247</sup> O pensamento de Hobbes é no sentido de que o direito é proferido por quem tem o poder para isso, negando valor à *Common Law*.

Assim, o Positivismo pretendeu ser a filosofia da regulação para colocar ordem no caos da natureza e da sociedade.<sup>248</sup>

### **- Teoria Moralista:**

Segundo esta teoria os valores morais dariam a direção ao agir pelo reconhecimento do outro igualmente como ser de direito, ser dotado de dignidade de maneira a tornar possível e correta a convivência na sociedade, tendo por base um conteúdo humanista que deve ser refletido pela própria norma jurídica que verdadeiramente a fundamente e que garanta consequência positiva na sua aplicação, afirmando Chain Perelman que as leis e os regulamentos politicamente justos são os que não são arbitrários porque correspondem às crenças, às aspirações e aos valores da comunidade política.<sup>249</sup> Considera ainda a teoria moral que está cada vez mais ultrapassado o antagonismo entre o direito positivo e o direito natural,

---

<sup>245</sup> HOLMES, Oliver Wendel. *The common law*. Boston: Little & Brown, 1945. p. 27.

<sup>246</sup> HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Tradução de Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 204-205.

<sup>247</sup> *Ibid.*, p. 206.

<sup>248</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1, p. 141.

<sup>249</sup> PERELMAN, Chain. *Ética e direito*. Tradução de Maria E. Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 192.

e que a busca pela aplicação do direito ao caso concreto vai além dessas considerações, observando os aspectos humanistas, morais e econômicos.<sup>250</sup>

A filosofia do direito é parte integrante da filosofia prática, ou seja, da moral e o ideal de direito outra coisa não é senão um ideal do bem que é objeto da moral, razão pela qual os direitos encontram sua legitimidade na medida em que observados os aspectos da moral de um povo, e particularmente, os direitos fundamentais que devem ser observados universalmente, abrangem a moral.<sup>251</sup>

Tal teoria assenta a crença de que o direito nasce da moral e a ela se destina e que as normativas devem estar impregnadas de conteúdos da moralidade historicamente concretizada e em transformação nas vivências humanas, que se solidificam em uma lei certa, abstrata, rígida, que é a lei jurídica, na medida em que deve ter em consideração que o exercício ilimitado de um direito pode constituir-se em uma injustiça, exigindo a observação da finalidade daquele que pretende o exercício de um determinado direito, e se tal ação não é ilícita, de modo a romper com a boa fé e efetivar-se como prática maliciosa e fraudulenta, o que é inaceitável no direito. Dessa forma, a teoria reconhece a autoridade do direito como uma concepção positivada na norma, mas que necessariamente observe a moral na sua elaboração pelo legislador ou no momento de sua aplicação pelo juiz ou administrador como idéia geral de justiça, legitimando a sanção que só a moral não concebida dentro dos contextos jurídicos normativos não pode impor.<sup>252</sup>

A incomparável importância dos direitos humanos fundamentais não consegue ser explicada por qualquer das teorias existentes, que se mostram insuficientes. É importante destacar que, em nosso entendimento, as teorias se complementam, devendo conviver, do modo complementar e harmônico. O que seria, então, direito fundamental?

#### 4.1.3 Núcleo dos Direitos Fundamentais

É inviolável o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5, caput, *in fine*, CR/88). Eis o rol que extrema o núcleo dos direitos fundamentais positivados na Constituição da República. Não são esses os únicos direitos, mas são aqueles nos quais se fundam os demais.

---

<sup>250</sup> PERELMAN, Chain. *Ética e direito*. Tradução de Maria E. Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 392.

<sup>251</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução de Antônio José Brandão. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1972. p. 23-93.

<sup>252</sup> BERGEL, Jean-Louis. *Méthodes Du droit-théorie générale du droit*. Marseille: Dalloz, 1995. p. 48.

O direito à vida digna constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada valeria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, intimidade, segurança, liberdade, propriedade, se não erigisse a vida humana digna num desses direitos.

Os direitos fundamentais classificam-se em direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, conforme foram sendo reconhecidos pelo direito positivado, sendo tais, respectivamente, os direitos e garantias individuais de liberdade, igualdade e de fraternidade que vem a ser, precisamente, o histórico lema da Revolução Francesa. Assim, temos: I) direitos de primeira dimensão: liberdades civis e políticas; são direitos negativos, pois exigem a abstenção do Estado em não invadir a esfera das liberdades públicas; II) direitos de segunda dimensão: igualdade de direitos econômicos, sociais e culturais; são direitos positivos, pois exigem a ação do Estado no sentido de promover a igualdade de oportunidades; III) direitos de terceira dimensão: denominados direitos de solidariedade ou fraternidade, protegem os direitos relativos ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade; são direitos que se referem à fraternidade e à solidariedade humana, direitos difusos e coletivos.

Paulo Bonavides fala, ainda, de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, os da democracia, do pluralismo e da informação, que protegeriam os cidadãos a despeito da nacionalidade que detenham. Trata-se da teoria que defende a universalização de direitos em face da globalização dos direitos fundamentais, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência, segundo a qual a soberania de um país pode ser relevada quando se constata que o mesmo não respeita os direitos fundamentais da pessoa humana, numa espécie de limitação à idéia de soberania nacional.<sup>253</sup> Afirma, ainda, o constitucionalista, que os direitos de segunda, terceira e quarta dimensões não se interpretam, concretizam-se. E que é exatamente na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política.<sup>254</sup>

A globalização seria entendida não apenas com vias a interesses econômicos, mas também no de universalidade da pessoa em todos os aspectos, como meio para atingir valores supremos como a justiça social e a dignidade da pessoa humana. A globalização que interessa verdadeiramente é a que coloca o homem no centro de tudo, base axiológica como razão primordial da sociedade e do Estado, fincado nos direitos fundamentais, eis que estes, como afirma Paulo Bonavides, são a bússola das Constituições.<sup>255</sup>

---

<sup>253</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 529.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 529.

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 553.

Etienne-Richard Mbaya, da Universidade de Koln, defende, na mesma linha de Bonavides, a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, exemplificando a democracia, visualizada como a democracia direta, como o principal desses direitos, ressaltando ser este um princípio contemporâneo a conferir legitimidade a todas as relações, desde a cidadania à internacionalidade, de forma a que, internamente, possa servir como resistência à opressão e, externamente, possibilitar uma intervenção militar lícita supranacional ao efeito de banir na esfera internacional as ditaduras e os regimes antidemocráticos, focada a democracia como direito de todos os povos e nações.

Desta forma, a democracia que o Estado Democrático de Direito realiza diz respeito a uma convivência social plantada numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3, inciso II da CR/88) em que todo o poder emana do povo e em proveito do mesmo deve ser exercido, destacado pelo respeito ao pluralismo de ideias (art. 5, inciso IX), culturas (art. 215/216) e etnias (art. 5, inciso IV) divergentes e sendo possíveis formas diferenciadas de organização e interesses diferentes, o pluralismo político (art. 14), partidário (art. 17), dos meios de informação (IV) econômico (art. 170), com respeito à livre iniciativa sem que haja opressão, conferindo liberdades, viabilizando-se condições econômicas para seu pleno exercício.

No preâmbulo da Carta Magna Pátria, está consignado este compromisso com a sociedade nacional e internacional, pois é tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito instaurar o regime democrático, *verbis*:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Seja na ordem Nacional ou Internacional, pois que os direitos fundamentais da pessoa humana estão estabelecidos nas Constituições da maior parte das nações, a preocupação não é tanto mais com o reconhecimento desses direitos, mas sim com a sua proteção. Conforme salienta Norberto Bobbio, o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-los.<sup>256</sup>

---

<sup>256</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Camus, 1992. p. 24.



O Direito Fundamental, como um direito supranacional, revelando-se pelo reconhecimento internacional e pelo postulado de sua efetivação por garantias de proteção encontra eco em muitos documentos internacionais, como o Tratado de Roma, que fala do Tribunal Penal Internacional, por exemplo. Pode-se falar, também, do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, sediado em Luxemburgo, além do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, na cidade de Estrasburgo (estes últimos fazem parte do processo de internacionalização do sistema constitucional), sendo um fenômeno a constitucionalização no continente europeu, bem como salienta José Vieira Ribas que “a consolidação do processo da União Européia, através do Tratado de Maastricht, exemplifica uma internacionalização do sistema constitucional em detrimento dos próprios textos de Constituição nacionais.”<sup>257</sup>

Tal fato aponta para o surgimento de uma constelação de proteção dos Direitos Fundamentais. Essa rede protetiva vem-se firmando por meio das diretivas desse citado bloco econômico, como também pelas decisões judiciais resultantes dos Tribunais Europeus de Justiça e de Direitos Humanos. Esse caráter aberto do Direito Comunitário possibilitará um grande grau de adaptação no campo dos Direitos Fundamentais diante das demandas da modernização reflexiva como foi imaginado por Beck.<sup>258</sup>

Nos direitos fundamentais de primeira dimensão podem ser compreendidos os direitos a liberdades individuais, na obrigatoriedade de abstenção do Estado frente aos mesmos. Os de segunda dimensão são chamados direitos prestacionais, aqueles do Estado perante o indivíduo, tais quais a assistência social, a educação, a saúde.

Na Constituição da República Federativa do Brasil os direitos fundamentais de segunda geração encontram-se a partir do seu artigo sexto. Dessa forma, a segurança pública é um direito de segunda geração que cabe ao Estado prover, mediante ações positivas para garantir sua efetividade.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são aqueles que tem a finalidade de proporcionar à pessoa as devidas condições de vida em paz, em um meio ambiente equilibrado, a comunicabilidade, podendo assim considerá-los como direitos difusos universalizados, asseverando Ingo Wolfgang Sarlet que podem ser incluídos nos direitos de terceira dimensão aqueles de garantia contra a manipulação genética, do direito de morrer

---

<sup>257</sup> RIBAS, José Vieira. A Constituição Federal de 1988 e um modelo de direitos fundamentais incompleto. In CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 98.

<sup>258</sup> *Ibid.*, p. 98.

com dignidade e do direito à mudança de sexo. Os direitos de quarta dimensão, por sua vez, são os direitos relacionados ao exercício da democracia, do pluralismo e da informação.<sup>259</sup>

Em suma, os direitos fundamentais são ligados a valores como a vida, a liberdade, a igualdade, a fraternidade, a solidariedade, a segurança, a propriedade, a dignidade da pessoa humana, ao pluralismo e a democracia. Esses direitos, na atual quadra da história, devem ser visualizados e considerados mediante a globalização como universalizados, portanto, imponíveis na e perante a comunidade internacional. Com isto, assumem estes o caráter de direitos negativos, que importam uma restrição à ação do Estado para, posteriormente assumirem uma postura ativa, exigindo ações positivas do Estado na promoção dos mesmos. Desta forma, os direitos fundamentais são os direitos da pessoa humana e devem ser universalmente reconhecidos, não importa em que ordem constitucional faça parte.

Para que se estabeleça o Estado Democrático de Direito, é essencial o respeito aos direitos fundamentais. Por conta deste princípio ou postulado é que são características relevantes dos direitos fundamentais os seguintes elementos: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, universalidade, inviolabilidade, efetividade, interdependência e complementaridade.

A imprescritibilidade significa que os direitos fundamentais não se perdem por decurso de prazo; a inalienabilidade, diz respeito à impossibilidade de transferência dos direitos fundamentais, eis que inerente a cada ser humano, não podendo ser transferido onerosa ou gratuitamente; a irrenunciabilidade é a característica realmente marcante, posto que inadmissível a renúncia à vida e a práticas que atentem contra dignidade da mesma; a universalidade compreende a ampla abrangência desses direitos de cada indivíduo, independentemente de sua origem, nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica; a inviolabilidade ligada ao sentido de que esses direitos devem ser respeitados pelas autoridades e por todos comandos legais infraconstitucionais, sob pena de responsabilidade civil, penal e administrativa daquele que violar direito fundamental; desdobra-se aí, na característica da efetividade, posto que tão importante quanto o reconhecimento dos direitos fundamentais é a sua garantia e concretização, através de mecanismos até mesmo coercitivos com esse fim; a interdependência, relacionada a previsões constitucionais para atingirem as finalidades de garantias ao exercício dos direitos fundamentais, como por exemplo, para o exercício do direito de liberdade de locomoção, a garantia do *habeas corpus*, e sendo somente permitida a constrição física em caso de flagrante

---

<sup>259</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 49.

delito ou determinação por autoridade competente; e, por derradeiro, a complementaridade, significando que o intérprete deve conferir sentido aos direitos fundamentais em conjunto e não isoladamente, de modo que alcancem a fruição harmônica dos mesmos e dos fins previstos pelo legislador constituinte.

Segundo o constitucionalista José Afonso da Silva, os direitos fundamentais: “[...] correspondem a situações jurídicas subjetivas de vantagem, sem as quais a pessoa humana não sobrevive, convive ou se realiza, dotada de eficácia jurídica mediante reconhecimento formal e efetividade material em favor de seu titular”.<sup>260</sup>

Para Ingo Wolfgang Sarlet os direitos fundamentais são sempre direitos humanos, tendo-se em conta que o seu titular será sempre um ser humano, mas que, embora direitos humanos e direitos fundamentais sejam utilizados como sinônimos, os direitos fundamentais são os positivados nas Constituições dos Estados e os direitos humanos aqueles reconhecidos internacionalmente em documentos internacionais, como segue sua lição infra:

[...] o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempo de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.<sup>261</sup>

Norberto Bobbio relaciona os direitos fundamentais com a prática da democracia, afirmando que:

[...] direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia, sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas o mundo.<sup>262</sup>

---

<sup>260</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 176-177.

<sup>261</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 33.

<sup>262</sup> BOBBIO, Norberto. *Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icove, 1990. p. 15.

José Afonso da Silva afirma que é recente o reconhecimento dos direitos fundamentais em textos explícitos e declaração de direitos e que os mesmos embora catalogados não se esgotam aí, e que com a evolução da humanidade surgem novos direitos a compor os desdobramentos dos direitos fundamentais.<sup>263</sup>

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais tem como base a dignidade da pessoa humana, consubstanciando-se na verdade em limite material a ação legislativa. Desta forma, vê-se que a proteção aos direitos existem, mas a forma de condução desta proteção atualmente tem se mostrado uma zona cinzenta passível de todo tipo de hermenêutica, ou seja, o intérprete tem conferido qualquer sentido a qualquer coisa, desvirtuando real efetivação de inúmeros direitos fundamentais.

#### 4.1.4 A Compreensão “Principiológica”: uma teoria a favor dos direitos fundamentais

A compreensão principiológica dos direitos fundamentais demonstra ser uma postura teórica em favor dos direitos fundamentais, no momento em que permite a visualização sistêmica e integral de todos os direitos fundamentais, com a superação de critérios diferenciatórios entre os direitos que, ao final, tem todos como objetivo essencial, a proteção da dignidade da pessoa humana, traduzindo comandos de potencialização no que se refere à proteção concreta dos respectivos núcleos essenciais. Nesse sistema, as normas jurídicas são subdivididas em princípios<sup>264</sup> e regras.

Identificada a indeterminação do Direito e da (in)evitabilidade de discricionariedades judiciais, o conceito de princípio surge com o propósito de superar as insuficiências do

---

<sup>263</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 153-154.

<sup>264</sup> É essa distinção uma distinção estrutural, epistemológica, ou nela se esconde algo mais que a simples determinação do objeto a ser conhecido int. De plano, é importante deixar claro que regras e princípios são fenômenos que povoam o ambiente jurídico e os juristas se referem constantemente a cada um deles pretendendo atingir diferentes dimensões argumentativas. O problema aparece no momento em que há uma banalização dos princípios e o uso do conceito passa a sofrer uma indicação aleatória – daí a necessidade de uma crítica do conceito de princípio ou no mínimo para dizer o “que não é princípio”. Também se faz necessário olhar para a origem da distinção entre regra e princípio. Uma distinção estrutural – que predomina nas teorias do direito atuais – pode estar no cerne do problema no que tange a entender os princípios como “cláusulas de abertura” ou de “fechamento hermenêutico” no momento da decisão. No fundo, os princípios são normas e as normas são princípios, não há como determinar uma condição apodíctica que especifique quando começa um e termina o outro. De todo modo, uma coisa é definitiva: não há um conceito a priori de norma que determine antecipadamente o que são princípios e o que são regras. A norma é o produto da interpretação do texto e, por isso, ela só se realiza na concretude. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 504-505).

modelo positivista. Diante de tal contexto, os princípios passaram a exercer diversas funções, sempre na tentativa de mitigar o poder discricionário do juiz no momento da decisão<sup>265</sup>.

A distinção entre regras e princípios não possui nada de novo. Não obstante tratar-se de um dos temas mais debatidos no âmbito jurídico, pairando sobre o mesmo falta de clareza e intensas divergências. No cenário jurídico brasileiro as teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy conquistam adeptos, tendo esta maior irradiação em *terrae brasillis*. Para Alexy<sup>266</sup>, regras e princípios são espécies de normas. Ambas são normas porque dizem o que deve ser, estando num plano deontológico e podem ter o condão de ordem, permissão ou proibição. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

---

<sup>265</sup> [...] “O conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade. Faz sentido falar do poder discricionário de um sargento que deve submeter-se às ordens de seus superiores ou do poder discricionário de uma autoridade esportiva ou de um juiz de competição que são governados por um regulamento ou pelos termos da competição. Tal como o espaço vazio no centro de uma rosca, o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições. Algumas vezes empregamos ‘poder discricionário’ em um sentido fraco, apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar. Usamos este sentido fraco quando o contexto não é por si só esclarecedor, quando os pressupostos de nosso público não incluem esse fragmento de informação. Assim, podemos dizer: ‘as ordens do sargento deixaram-lhe uma grande margem de poder discricionário’ a todos aqueles que desconhecem as ordens do sargento ou algo que tornou essas ordens vagas ou difíceis de serem executadas. Para fins de esclarecimento, faria perfeitamente sentido acrescentar que o tenente ordenara ao sargento que levasse em patrulha seus cinco homens mais experientes, mas fora difícil determinar quais eram os mais experientes. Às vezes usamos a expressão em um segundo sentido fraco, apenas para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário. Chamo esses dois sentidos de fracos para diferenciá-los de um sentido mais forte. Às vezes usamos ‘poder discricionário’ não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão. Nesse sentido, podemos dizer que um sargento tem um poder discricionário quando lhe for dito para escolher quaisquer cinco homens para uma patrulha ou que um juiz de uma exposição de cães tem o poder discricionário de avaliar os *airedales* antes dos *boxers*, caso as regras não estipulem uma ordem para esses eventos. Se o sargento recebe uma ordem para escolher os cinco homens mais experientes, ele não possui o poder discricionário neste sentido forte, pois a ordem pretende dirigir a sua decisão. Pela mesma razão, o árbitro de uma luta de boxe, que deve decidir qual o lutador foi mais agressivo, não possui poder discricionário no sentido forte da Expressão”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 50-52). “Dworkin fala em três sentidos para o termo discricionariedade: um sentido fraco; um sentido forte; e um sentido limitado. O sentido limitado oferece poucos problemas para sua definição. Significa que o poder da autoridade à qual se atribui poder discricionário determina-se a partir da possibilidade de escolha ‘entre’ duas ou mais alternativas. A esse sentido, Dworkin agrega a distinção entre discricionariedade em sentido fraco e discricionariedade em sentido forte, cuja determinação é bem mais complexa do que a discricionariedade em sentido limitado. A principal diferença entre os sentidos forte e fraco da discricionariedade reside, segundo Dworkin, no fato de que, em sentido forte, a discricionariedade implica incontrolabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido. Desse modo, alguém que possua poder discricionário em seu sentido forte pode ser criticado, mas não pode ser considerado desobediente. Não se pode dizer que ele cometeu um erro em seu julgamento. É neste sentido forte da discricionariedade que Dworkin assenta sua crítica ao positivismo hartiano quando este afirma ter o juiz poder discricionário toda vez que uma regra clara e pré-estabelecida não esteja disponível. (OLIVEIRA, Rafael Tomáz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 27).

<sup>266</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

Pode-se dizer que as normas jurídicas servem de direção do bom convívio social, por ditarem regras de conduta em que se determinam alguns valores escolhidos pela própria coletividade, para uma melhor organização social e para promover a ordem social, o Direito deve ser prático, revelar-se mediante normas orientadoras das condutas interindividuais.

As regras exigem, proibem ou permitem que alguma coisa seja feita de forma definitiva, sendo resolvidas com base na validade. Os princípios, por sua vez, diferem das regras, não proibem, exigem ou permitem algo definitivo. Eles são normas que, conforme a realidade dos fatos, resolverão algo da melhor maneira possível, questões elucidadas com base no peso. Segundo Canotilho:

Os princípios interar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas ou seja, regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-nos-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não cumprida [...]; a convivência entre os princípios é conflitual [...], a convivência entre as regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se [...].<sup>267</sup>

Existem diversos critérios para se diferenciar regras de princípios<sup>268</sup>. Talvez aquele utilizado com mais frequência seja o da generalidade, isto é, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Robert Alexy<sup>269</sup> ilustra da seguinte maneira: “um exemplo de norma de

<sup>267</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 1087.

<sup>268</sup> É possível destacar três teses inteiramente diversas acerca da distinção entre regras e princípios. A primeira sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso. Isso seria perceptível, por exemplo, na possibilidade de que os critérios sejam combinados da maneira que se desejar. Assim, não seria difícil imaginar uma norma que tenha um alto grau de generalidade, não seja aplicável de pronto, não tenha sido estabelecida expressamente, tenha um notório conteúdo axiológico e uma relação íntima com a idéia de direito, seja importantíssima para a ordem jurídica, forneça razões para regras e possa ser usada como um critério para a avaliação de argumentos jurídicos. Some-se a isso o fato de que, isoladamente considerados, aquilo que esses critérios distinguem é algo extremamente heterogêneo. Diante disso, é necessário atentar para as diversas convergências e diferenças, semelhanças e dessemelhanças, que são encontradas no interior da classe das normas, algo que seriam mais bem captado com a ajuda do conceito Wittgensteiniano de semelhança de família que por meio de uma divisão em duas classes. A segunda tese é defendida por aqueles que, embora aceitem que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, salientam que essa diferenciação é somente de grau. Os adeptos dessa tese são sobretudo aqueles vários autores que vêem no grau de generalidade o critério decisivo para a distinção. A terceira tese, por sua vez, sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa. Essa tese é correta. Há um critério que permite que se distinga, de forma precisa, entre regras e princípios. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90).

<sup>269</sup> *Ibid.*, p. 87.

grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença”. O professor<sup>270</sup> alemão continua: o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, os princípios são mandados de otimização<sup>271</sup>, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas<sup>272</sup>. O professor Wilson Engelmann, na obra *Crítica ao Positivismo Jurídico: Princípios, Regras e o Conceito de Direito*<sup>273</sup>, adere ao entendimento de Robert Alexy com as seguintes palavras:

Por outro lado, Robert Alexy visualiza de uma maneira bastante peculiar a relação entre regras e princípios. Para se este jurista alemão os princípios são uma espécie de norma que ordenam a realização de algum ato da melhor maneira possível, observando as condições jurídicas e fáticas. Desta forma, rotula os princípios como ‘*mandatos de otimização*’, que se caracterizam pelo fato ‘*de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida de seu cumprimento não depende apenas das condições reais, mas também das jurídicas*’. Já as regras são normas que podem ser cumpridas ou não. Desta forma, se a norma é válida deve ser respeitada na exata dimensão das suas palavras. ‘Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau’. Alexy refere a existência de duas teses – uma fraca e outra forte – que podem ser utilizadas para esclarecer a relação entre regras e princípios. Segundo a ‘*tese fraca*’ a distinção está centrada no seu estudo da existência de uma diferença de grau entre regras e princípios. Tomando-se em conta, é possível dizer que os princípios

<sup>270</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

<sup>271</sup> O conceito de mandado de mandamento é aqui utilizado em um sentido amplo, que inclui também as permissões e as proibições.

<sup>272</sup> É necessário distinguir dois casos de restrição à realização ou à satisfação dos princípios por meio das regras: (1) A regra R, que restringe o princípio P, vale estritamente. Isso significa que vale uma regra de validade R’, que diz que R tem precedência em relação a P, independentemente de se saber o quão importante é a realização de P e o quão desimportante é a realização de R; (2) R não vale estritamente. Isso significa que vale um princípio de validade P’, que permite, em determinadas situações, que P supere ou restrinja R. Essas condições não podem ser satisfeitas com a simples constatação de que o cumprimento de P é, no caso concreto, mais importante que o cumprimento do princípio PR, que materialmente sustenta R, pois isso faria com que P’ não desempenhasse nenhum papel. Tudo seria uma questão de relação entre P e PR. P’ desempenha um papel se para a determinação da precedência de P não somente se exija que P preceda o princípio PR, que materialmente sustenta R, mas também que P seja mais forte que PR em conjunto com o princípio P, que exige o cumprimento de regras e que, nesse sentido, sustenta formalmente Robert Alexy. (Ibid., p. 91).

<sup>273</sup> ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 108-110.

representam normas com um grau de generalidade relativamente elevado, e as regras, por sua vez, apresentam-se como normas de um grau de generalidade baixo. A *'tese forte'* da distinção entre regras e princípios aponta para uma diferença qualitativa. Desta forma, as regras apresentam um campo de aplicação bem mais definido, ou seja, se o fato for enquadrável nos contornos de uma regra considerada como válida, devem ser aceitas as consequências jurídicas que traz consigo. Por outro lado, caso a norma não seja válida, não acrescenta nada para o caso concreto. Haja vista que as regras se seguem ou não. As regras, assim, podem ser consideradas como *'mandatos definitivos'*. Já os princípios, como não são formulados em linhas específicas, apenas apontam para razões a serem observadas na produção da decisão judicial, dada a sua dimensão de peso. Assim, os princípios podem seguir-se mais ou menos. Ao aportarem critérios para a decisão judicial, apresentam-se como *'mandatos de otimização'*, na medida em que se deve ser edificada a melhor solução jurídica possível. Tomando-se em conta estes argumentos, cabe observar que não são os princípios que apresentam a *'dimensão de peso'*, mas as razões e os fins aos quais eles fazem referência. Assim sendo, será a decisão *'que lhes atribui um peso em função das circunstâncias do caso concreto'*. Tal aspecto é decorrência da importância que a decisão judicial representa para a conformação dos princípios, onde é possível aferir a melhor dimensão emergente dos mesmos.

Por outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos. Por isso, as regras contêm determinações (definitivas) no âmbito do fático e juridicamente possível. Enquanto é possível utilizar o método subsuntivo para a aplicação de uma regra, esse método será inadequado para a aplicação de um princípio. Daí a necessidade de outros métodos hermenêuticos para a aplicação dos princípios. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau.

Dworkin<sup>274</sup>, por sua vez, argumenta no sentido de que quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, especificamente nos denominados *hard cases* (quando o sistema de regras não abarca a hipótese de aplicação) eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas funcionam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Todo esse conjunto de padrões que não são regras é denominado princípio (noção genérica), podendo fragmentar-se, mais precisamente, em princípios e política. Quando o juiz se utiliza de um padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral um ganho em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, está se valendo de um padrão político (*os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos*). Quando o padrão utilizado visa a atender reclamos de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, estaremos diante do que Dworkin denomina princípio (*nenhum homem deve*

---

<sup>274</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36.



*beneficiar-se de seus próprios delitos*). O professor estadunidense objetiva distinguir os princípios do modelo de regras do positivismo jurídico<sup>275</sup>, defendendo que a distinção entre princípios jurídicos e regras jurídicas seria de natureza lógica. As regras tendo aplicabilidade à maneira do tudo-ou-nada, isto é, caracterizados os fatos que uma regra determina, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. A regra poderia ter exceções, mas se tiver, seria impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enunciar as exceções.

De modo diverso, um princípio como “*Nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos*” não visa a estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas (ainda assim) necessita de uma decisão particular. Os princípios seriam portadores de uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.

Quanto à função das regras e dos princípios dentro do ordenamento jurídico, os princípios, dentro do sistema normativo, desempenham papel desigual ao das regras. As regras possuem um papel claro de adequar, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se contradizem. Não é dessa maneira com os princípios, que são normas genéricas dentro do sistema.

Dworkin<sup>276</sup> arrola como uma das teses do positivismo a doutrina do poder discricionário do juiz. Os positivistas sustentam que quando um caso não é coberto por uma regra, o juiz deve exercer seu poder discricionário para decidi-lo mediante a criação de um

---

<sup>275</sup> Dworkin cita os seguintes exemplos: 1. “Em 1889, no famoso caso *Riggs* contra *Palmer*, um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. As leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos do testamento etc. se interpretados literalmente o neto receberia a herança. Mas o tribunal prosseguiu, observando que “todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro”. *A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, adquirir bens em decorrência de seu próprio crime*. O assassino não recebeu a herança. 2. Em 1969, um tribunal de Nova Jérsei deparou, no caso *Henningsen* contra *Bloomfield Motors, Inc.*, com a importante questão de saber se um fabricante de automóveis pode limitar sua responsabilidade no caso de automóvel ser defeituoso. *Henningsen* havia comprado um carro e assinado um contrato que dizia que a responsabilidade do fabricante por defeitos limitava-se ao “conserto” das partes defeituosas – “essa garantia substitui expressamente todas as outras garantias, obrigações ou responsabilidades”. *Henningsen* argumentou que, pelo menos nas circunstâncias de seu caso, o fabricante não devia ser protegido por essa limitação e devia ser responsabilizado pelas despesas médicas e de outros tipos das pessoas feridas em uma colisão. Ele não conseguiu indicar nenhuma lei ou regra de direito estabelecida que proibisse o fabricante de insistir nos termos do contrato”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 37-38). Os padrões especificados nessas citações não são do tipo que tomamos como regras jurídicas. Parecem muito diferentes de proposições como: velocidade máxima é de 90 km por hora; um testamento é inválido a menos que assinado por três testemunhas. Eles são diferentes porque são princípios jurídicos e não regras jurídicas.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 49.

novo item de legislação. Dentre as funções do princípio, destaca-se que eles são limitadores da aspiração do aplicador do direito. Além de servirem de base de interpretação, favorecem para que a justiça seja feita no caso concreto. E quanto mais o magistrado procurar torná-los eficazes, mais válida será sua decisão. Em contra-partida, carecerá de legitimidade a decisão que desrespeitar esses princípios constitucionais<sup>277</sup>.

---

<sup>277</sup> O professor Rafael Tomaz de Oliveira, sobre princípios e regras em Dworkin e Alexy, assim se manifesta: Ao final do primeiro capítulo, acenamos algumas das diferenças que opõem Alexy e Dworkin. De todos os apontamentos feitos ali, talvez o principal gire em torno da ideia de discricionariedade e do “lugar” de onde, para cada um deles, ela emerge. Em Dworkin, a discricionariedade é a própria de um modelo de regras que – pres a uma simples *imagem do direito* – não consegue perceber o caráter de “fechamento” – antidiscricionário, portanto – dos princípios; ao passo que Alexy não vê discricionariedade no sistema de regras mas sim nos próprios princípios que – enquanto mandados de otimização – entram constantemente em colisão. A resolução desta colisão possibilita uma margem muito grande de valoração do intérprete, que é reduzida por meio do procedimento da *ponderação*. Afirmamos, também, que nossa intenção não era realizar um confronto entre essas duas teses para, ao final, nos colocarmos simplesmente ao lado de uma delas. Nossa intenção era problematizar o próprio conceito de princípio no modo como ele se manifesta em cada uma destas posições. Reunimos, durante todo o trabalho, as condições para perceber como isso se dá. Agora, podemos dizer que o conceito de princípio com o qual opera Robert Alexy se constrói a partir de uma prática que difere substancialmente daquela que se encontra por trás das teses *dworkianas*. O conceito de Alexy provém da atividade judicialista do tribunal alemão no período que ficou conhecido como *jurisprudência da valoração*. É no interior deste movimento que o tribunal, vendo-se diante da necessidade de justificar suas decisões em critérios que fugiam à estrita legalidade abstrata – atributo de certeza e segurança do modelo de direito anterior – passa a recorrer a instrumentos que lhe possibilitassem justificações até mesmo *extra legem*, como se deu nos casos da não aplicação das leis nazistas no regime pós-1949 para casos concretos constituídos sob sua égide. Além disso, a tradição continental só reconhece como rigoroso os fundamentos que podem ser demonstrados matematicamente, tanto na forma, quanto no conteúdo. Daí a necessidade de uma fórmula acabada e *a priori* capaz de conferir uma medida de certeza e segurança para as decisões. Já Dworkin fala a partir de uma tradição que não se prendeu tanto ao ideal de compreensão de uma totalidade como a metafísica racionalista do continente. Evidente que isso tem reflexos no direito e no modo como se dá a articulação dos instrumentos que o compõe. Isso tanto é assim que, somente no segundo pós-guerra, depois dos movimentos da *jurisprudência da valoração*, é que se passou a falar, no continente, a respeito do conceito de princípio que já era articulado no contexto anglo-saxônico hpa tempos. Veja-se, quanto a isso, o conceito de princípios gerais do direito da tradição continental romano-germânica, que está comprometido até o limite com o racionalismo iluminista, sendo ele o extremo oposto do conceito de princípios gerais da *common law*. Isso de tal modo que autores como Esser se referem a eles a partir da oposição – do ponto de vista retórico – entre *fechado* (conceito continental) e *aberto* (conceito anglo-saxão). E é fechado porque, o contexto opressivamente teórico – matemático, portanto – do modelo de ciência jurídica praticado no continente é muito maior do que aquele que se verificou no contexto inglês ou norte-americano. Não deixa de ser interessante que, nos momentos em que existiram movimentos no interior do direito anglo-saxão no sentido de transformar o sistema de precedentes nun conjunto de verbetes standartizados, eles se voltaram para modelos estatutários próprios da tradição continental. [...] A despeito de algumas poucas manifestações críticas e propostas de reformulação, há uma utilização generalizada do conceito de norma, no sentido que lhe dava o positivismo jurídico. Rober Alexy e todos os seus seguidores são o maior exemplo disso. E o que é mais instigante: muitos autores – inclusive aqueles que perfilam as transformações operadas na teoria do direito através do chamado *neoconstitucionalismo* – continuam a tratar o conceito de princípio de Alexy e Dworkin como equivalentes, sem atentarem para o fato de que Dworkin não conhece – nos termos construídos no continente – o conceito de *norma* que está na base do conceito de princípio de Alexy. Esse talvez seja um dos pontos decisivos para tornar mais profícuo o debate: deslocar a discussão do pólo assumido pela distinção entre regras e princípios e direcioná-los até o próprio conceito de princípio. Muito se fala da referida distinção, mas pouco se problematiza – se é que já foi verdadeiramente problematizado – o conceito de princípio e aquilo que, para sua formação, é determinante, como é o caso do conceito de norma. (OLIVEIRA, Rafael Tomáz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 190-193).

Conforme ensina Lenio Streck<sup>278</sup> as correntes intituladas pós-positivistas caracterizam-se por demonstrar e defender a força normativa dos princípios em decorrência das insuficiências para superar a maldição da discricionariedade judicial, pelo simples fato de não transcender a idéia dos princípios gerais do direito, mecanismo encontrado pelo positivismo jurídico para o fechamento do sistema<sup>279</sup>. A distinção entre regras e princípios realizada por Alexy é uma distinção estrutural e, para a realização de tal distinção torna-se necessário estar previamente da posse de um conceito semântico de norma que sirva de gênero para determinação das espécies regras e princípios. Streck conclui:

A palavra ‘norma’ representa o produto da interpretação de um texto, isto é, o produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica. Se sempre há um princípio atrás de uma regra, a norma será o produto dessa interpretação, que se dá na *applicatio* [...]. No fundo os princípios são normas e as normas são princípios, não há como determinar uma condição apodíctica que especifique quando começa um e termina o outro. De todo modo, uma coisa é definitiva: não há um conceito *a priori* de norma que determina antecipadamente o que são princípios e o que são regras. A norma é produto da interpretação do texto e, por isso, ela só se realiza na concretude<sup>280</sup>.

Para a superação do positivismo é imprescindível o afastamento da noção e do papel exercido, até então, pelos princípios gerais do direito, ou seja, necessária a verificação de que os princípios constitucionais, nesta quadra da história, exercem uma função completamente diversa<sup>281</sup>. Não obstante o avanço gerado em virtude do reconhecimento dos princípios como norma, é precípuo destacar que os princípios constitucionais constituem o principal instrumento de combate à discricionariedade judicial e, portanto, limitariam a interpretação e não abririam as possibilidades de conferir qualquer sentido a qualquer coisa, como tem ocorrido em nosso país. Estamos de acordo com Lenio Streck quando afirma que as regras não acontecem sem os princípios. A resposta constitucionalmente adequada está diretamente

<sup>278</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 502 e seguintes.

<sup>279</sup> Os princípios gerais do direito assumem, no direito brasileiro, a condição de determinação legislativa, sendo expressamente estabelecido como critérios de solução para as “lacunas” do ordenamento jurídico no artigo 4 da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), ao lado da analogia e dos costumes. Opera-se, na verdade, com um sistema sem lacunas: o direito efetua a correção do próprio direito. (Ibid., p. 169; OLIVEIRA, Rafael Tomáz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 45).

<sup>280</sup> STRECK, op. cit., p. 505.

<sup>281</sup> E, a propósito, não devemos esquecer que os princípios vieram justamente para superar a abstração da regra, desterritorizando-a de seu *locus* privilegiado, o positivismo. Os princípios (constitucionais) possuem um profundo enraizamento ontológico porque essa perspectiva ontológica está voltada para o homem, para o modo de esse homem ser-no-mundo, na faticidade. É por ela que o positivismo é invadido pelo mundo prático. A regra recebe do princípio a sua “espessura”, a sua significatividade.

ligada aos princípios. Não é em vão que a tese da (única) resposta correta proposta por Dworkin só se constitui em uma teoria da decisão em face da introdução dos princípios no direito. Os princípios não resolvem o caso, mas constituem a legitimidade da solução, fazendo com que a decisão seja incorporada ao todo da história institucional do direito<sup>282</sup>.

Os princípios institucionalizam a moral, significando, nas palavras de Streck<sup>283</sup>, “o ideal de vida boa”. A moral deixa de ser autônoma-corretiva, para se tornar co-originária ao direito. A vinculação direito-moral é pressuposto do Constitucionalismo da atualidade. Assim, a porosidade está presente na regra, sendo a mesma perpassada pelos princípios, atravessada pela ontologicidade dos princípios. Os princípios, deste modo, restringem o espectro de discricionariedade do órgão decisório, fortalecendo a autonomia do direito, densificando, por conseqüência, o aspecto democrático.

Através dos princípios combate-se a discricionariedade-arbitrariedade judicial. Torna-se, possível, o surgimento calmo e sereno de respostas constitucionalmente adequadas (corretas para o caso concreto), afastando um discurso adjudicador, resgatando uma co-originariedade, recebendo aplausos da corência, integridade do Direito e da Democracia.

A incindibilidade dos direitos fundamentais e a inexistência de diferenças estruturas entre os variados tipos de direitos determinam a superação dos modelos teóricos embasados na separação estanque entre as esferas dos direitos sociais (positivos ou prestacionais) e dos direitos de liberdade (negativos), afirmando-se a aplicabilidade imediata de todas as normas constitucionais, a partir da unidade de sentido dos direitos fundamentais.<sup>284</sup>

A hermenêutica jurídico-constitucional deve pressupor a ideia de que a Constituição é um sistema aberto: **conjunto interligado de princípios e regras que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência, de modo a evitar contradições entre as suas disposições, conferindo-se a máxima eficácia aos direitos fundamentais.** A diferença entre direitos negativos e direitos positivos é meramente de grau, uma vez que em ambos há expectativas negativas e positivas<sup>285</sup>, pois o fato de os direitos sociais buscarem sua fonte no princípio da igualdade, o qual, por sua vez, é pressuposto da liberdade, demonstra que as particularidades existentes entre os diversos direitos não devem ser concebidas como antagônicas e excludentes, mas como complementares à efetivação da dignidade humana,

---

<sup>282</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 517.

<sup>283</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>284</sup> MIRANDA, Jorge. Prefácio. In: CUNHA, Paulo Ferreira da (Org.). *Direitos humanos.* Coimbra: Almedina, 2003. p. 11.

<sup>285</sup> FERRAJOLI, Luigi. Prólogo. In: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles.* Madrid: Trotta, 2002. p. 10.

percebendo-se entre as duas categorias de direitos uma implicação recíproca: a garantia dos direitos de liberdade é condição para que as prestações sociais do Estado possam ser objeto de direito individual; a garantia dos direitos sociais é condição para o bom funcionamento da democracia, bem como para um efetivo exercício das liberdades civis e políticas.

O Direito Penal tido como garantista, forjado no Estado Liberal de Direito, pretendeu efetivar os direitos fundamentais de primeira dimensão, isto é, direitos vinculados à liberdade, exigindo-se, por parte do Estado, uma não atuação, um comportamento abstencionista. Nesse sentido, a estrutura principiológica liberal, de origem nas revoluções iluministas, teve por escopo limitar a intervenção jurídico-penal e, conseqüentemente, legitimar a mesma, pautando-se pelos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e *ultima ratio*. O garantismo penal exerceu fundamental papel para a superação do Estado absolutista, contribuindo para relevantes conquistas históricas. A tentativa de intervenção do Direito Penal em comportamentos praticados pelas classes sociais privilegiadas economicamente ou detentoras de poder, historicamente tem encontrado resistência sob o fundamento de violações à estrutura liberal-individualista cunhada séculos atrás. Por outro lado, o Direito Penal Liberal sempre legitimou e impulsionou a expansão da criminalização de condutas típicas das classes sociais vulneráveis. Com a evolução das dimensões dos direitos e das garantias fundamentais, tornou-se imperiosa a efetivação dos direitos e das garantias fundamentais de segunda e terceira dimensões, exigindo-se, para tanto, uma profunda modernização ou adequação do ordenamento jurídico e, em especial, do Direito Penal. A estrutura garantista liberal-individualista de efetivação de direitos fundamentais de primeira dimensão passou a ser insuficiente (já havia cumprido com sucesso seu objetivo), tendo em vista a exigência e a necessidade de efetivação de direitos e garantias fundamentais de caráter coletivo e social. A modernização ou expansão do Direito Penal extrai sua legitimidade na estrutura principiológica constitucional, no sentido da exigência do momento histórico da materialização dos direitos fundamentais sociais, mesmo que, para tanto, haja a necessidade de limitação dos direitos fundamentais de primeira dimensão, objeto precípuo de tutela do Direito Penal liberal. Assim, a colisão entre direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais sociais torna-se a essência da modernização do Direito Penal. Não é possível o Estado combater eficazmente a nova criminalidade valendo-se de uma estrutura estrita de observância dos direitos fundamentais de primeira dimensão.

Princípios constitucionais, portanto, são direitos fundamentais e, necessariamente, devem ser efetivados. Como delimitar o conteúdo dos direitos fundamentais em uma Constituição prolixa e compromissória como o texto constitucional do Brasil? Qual o limite

de cada direito fundamental? Em outras palavras: Uma das principais indagações a ser respondida para a estrutura da presente pesquisa é: como definir o conteúdo de cada direito fundamental em uma sociedade plural na qual tutela-se um rol extenso de direitos fundamentais, o que gera, inexoravelmente, colisões de direitos fundamentais?

## **4.2 Restrições aos Direitos Fundamentais**

Os direitos fundamentais previstos no texto constitucional não possuem hierarquia, ou seja, no plano abstrato encontram-se no mesmo nível hierárquico (princípio da Unidade da Constituição). No plano concreto, porém, torna-se possível a ocorrência de tensão entre eles. Em uma Constituição plural, democrática e inclusiva, a colisão entre os mesmos torna-se fenômeno freqüente e inerente ao Estado Democrático de Direito. Como decorrência da concepção principiológica dos direitos fundamentais, os mesmos são dotados da dimensão do peso e, assim sendo, diante das especificidades do caso, um dos direitos fundamentais colidentes terá potencialidade para ser restringido, com a conseqüente efetividade em maior intensidade do direito fundamental prevalente. Não há direito fundamental absoluto, sendo condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito que o conteúdo de cada um dos direitos fundamentais seja cotejado com os demais direitos integrantes da estrutura principiológica expressamente prevista na Constituição da República.

### **4.2.1 Direitos Fundamentais: restrições ou limites**

As colisões de direitos fundamentais constitui um dos temas que mais tem despertado atenção por parte da moderna doutrina constitucional, significando um dos alicerces da conclusão acerca da legitimidade ou da ilegitimidade da expansão ou modernização do Direito Penal. O assunto se entrelaça com a busca da compreensão do conteúdo e dos limites dos diferentes direitos fundamentais. A indagação a ser respondida é: O que fazer quando duas posições protegidas como direitos fundamentais diferentes se colidem? A resposta a essa indagação é imprescindível para a compreensão do objeto da presente tese. Conforme já demonstrado, no âmbito dos direitos fundamentais, encontramos inúmeras normas que configuram princípios. Essa também a razão da relevância dos princípios na atual quadra da história. Os princípios são normas que exigem que algo seja realizado da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do momento. Na colisão entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões

variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro (princípio ou postulado da concordância prática)<sup>286</sup>. **Havendo colisão entre direitos fundamentais deve-se realizar um juízo de ponderação.** Não é por outra razão que o procedimento da ponderação de Robert Alexy é tão relevante nos dias atuais. O Ministro do Supremo Tribunal Federal e professor Gilmar Mendes<sup>287</sup>, sobre a ponderação na colisão de direitos fundamentais, assim se manifesta:

O **juízo da ponderação** a ser exercido liga-se ao **princípio da proporcionalidade**, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível direitos em causa, preservando-se a sua essência. O seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irreduzível de dois direitos por ela consagrados. O juízo de ponderação diz respeito ao último teste do princípio da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito). O exercício da ponderação é sensível à ideia de que, no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo *status* hierárquico, os princípios constitucionais podem ter ‘pesos abstratos’ diversos<sup>288</sup>. Mas esse peso abstrato é apenas um dos fatores a ser *ponderado*. Há de se levar em conta, igualmente, o grau de interferência sobre o direito preterido que a escolha do outro pode ocasionar<sup>289</sup>. Por fim, a ponderação deve ter presente a própria confiabilidade das premissas empíricas em que se escoam os argumentos sobre o significado da solução proposta para os direitos em colisão<sup>290</sup>.

<sup>286</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 183.

<sup>287</sup> *Ibid.*, p. 184-185.

<sup>288</sup> Basta que se considere que, intuitivamente, portanto, *prima facie*, o princípio do direito à integridade física apresente maior peso do que o direito de propriedade. Mas poderá haver circunstâncias concretas em que este poderá justificar uma interferência sobre aquele – o instituto da legítima defesa poderá suscitar exemplos a esse respeito (*Ibid.*, p. 184).

<sup>289</sup> Alexy fala, aqui, na primeira *lei da ponderação*, segundo a qual quanto maior o grau de não satisfação de um direito ou princípio, maior deve ser a importância de satisfazer o princípio conflitante. Essa avaliação desenvolve-se em três estágios. No primeiro, busca-se estabelecer o grau de não satisfação ou de detrimento ao princípio que tende a ser relegado no caso concreto. No momento seguinte, afere-se a importância de satisfazer o princípio que tende a prevalecer. No terceiro instante, apura-se se a importância de satisfazer um dos princípios justifica o prejuízo a ser carregado ao outro princípio colidente. (ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison, *Ratio Juris*, [S.l.], v. 16, n. 4, p. 436-437, dez. 2003).

<sup>290</sup> Alexy se refere a uma *segunda lei de ponderação* ou à *lei epistemológica da ponderação*. Por ela, quanto mais intensa a interferência sobre um direito constitucional, maior deve ser o grau de certeza das premissas que o justificam (*Ibid.*, p. 446 -447). Assim, a afirmação de que o fumo causa doenças graves, por exemplo, apresenta-se, em virtude do consenso científico a respeito, com maior grau de confiabilidade do que a assertiva de que telefones celulares podem causar danos cerebrais, assertiva que não reúne provas conclusivas de relevância científica análoga. Essas diferenças de credibilidade das premissas empíricas acaso relevantes no caso concreto também devem participar do exercício da ponderação. É possível colher do

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim como outras Constituições brasileiras anteriores, consagra a técnica de estabelecimento de restrições diretas e restrições indiretas a diferentes direitos fundamentais. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, para ilustrar a restrição de direitos fundamentais, o mesmo vale-se da seguinte situação: o sigilo das comunicações telefônicas somente pode ser suspenso, mediante ordem judicial, “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5, inciso XII). Do mesmo modo, reconhece-se o “livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*” (art. 5, inciso XIII). Outras vezes o próprio texto constitucional impõe diretamente, na definição da garantia, ou em disposição autônoma, um

---

acervo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal julgados em que a Corte teve de estabelecer um juízo de preferência entre direitos fundamentais ou entre um direito fundamental e um valor constitucionalmente diverso. O problema que cuidam tais precedentes é inegavelmente o de conflito entre direitos, mesmo que isso não seja dito expressamente. Esses acórdãos terminam por apresentar uma discussão sobre o peso de bens constitucionais em uma dada situação concreta. Exemplo bastante evidente é a decisão do STF – HC 71.373/RS, Tribunal Pleno, DJ, de 22.11.1996, Rel. Min. Marco Aurélio -, em que se concedeu *habeas corpus* a um indivíduo que, tendo-se recusado a retirar uma amostra de sangue para exame de DNA, numa ação de investigação de paternidade, recebeu ordem judicial para fazê-lo, sob pena de condução coativa. Por uma maioria de seis votos contra quatro, o Plenário do STF concedeu *habeas corpus*, depois de acirrados debates. A corrente minoritária, iniciada com o relator originário, Ministro Francisco Rezek, sustentou a legitimidade do exame de sangue forçado, lembrando que o direito à incolumidade física não é absoluto e que, no caso, encontrava-se em fricção com o direito à própria identidade da criança, o direito de conhecer o vínculo de filiação real. Nesse ponto, portanto, o relator originário admitiu que o direito fundamental da incolumidade corporal é, na linguagem da doutrina da colisão de direitos, um direito *prima facie*, sendo suscetível de, no confronto com outro direito, ensejar ponderações, com vistas a estabelecer uma preferência. O relator originário afirmou, a seguir, a predominância do direito ao conhecimento da identidade real do indivíduo, invocando circunstâncias do caso concreto que demonstrariam a **razoabilidade dessa opção** (grifo nosso). Enfatizou que a recusa ao exame hematológico importaria restrição ao conhecimento da verdade real e que a intervenção sobre o bem *incolumidade corporal* era mínima, diante das consequências desse exame para a satisfação do direito do autor da ação de investigação de paternidade. O relator, em curtas palavras, estabeleceu um **juízo de proporcionalidade em sentido estrito** (grifo nosso) da vantagem a ser obtida pela medida atacada no *habeas corpus* com o valor da incolumidade física. Encontrou esta conclusão: “o sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigador”. A corrente vitoriosa, liderada pelo voto do Min. Marco Aurélio, entendeu, porém, que o direito à intangibilidade do corpo humano não deveria ceder, na espécie, para possibilitar a feitura de prova em juízo. Em última análise, e considerando a circunstância jurídica do caso concreto (de que a recusa, em si, de submissão ao exame do DNA poderia ensejar uma presunção favorável ao autor da demanda), a corrente vitoriosa não viu peso bastante na pretensão do investigador de exigir o exame de sangue, quando comparada com a interferência que a medida provocaria sobre o direito à intangibilidade corporal. O precedente ilustra os debates que os **juízos de proporcionalidade** (grifo nosso) tendem a suscitar em casos concretos. No julgado, percebe-se que a divergência ocorrida situou-se no âmbito dos testes da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Em outro caso – HC 76.060/SC, DJ de 15.5.1998, Rel. Min. Sepúlveda Pertence -, foi concedido *habeas corpus* ao presumido pai de criança nascida na constância do casamento, que fora convocado a ceder sangue, para exame de DNA, numa ação movida por outro homem, que invocava a qualidade de pai biológico do menor. Dadas as circunstâncias do processo, considerando que o feito principal já estava instruído até com laudo de exame de DNA do autor da demanda e do filho que pretendia ser seu, o relator estimou que a medida determinada constituía uma invasão desnecessária no direito à dignidade do paciente. **Trata-se de mais em exemplo da relevância do princípio da proporcionalidade** (grifo nosso) na solução de eventuais conflitos entre direitos de estatura constitucional. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 185-187).



limite expresso ao exercício do direito individual assegurado. Assim, não se consagra a inviolabilidade do domicílio “em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial” (art. 5, inciso XI). Não há dúvida de que a ideia de restrição leva, aparentemente, à identificação de duas situações distintas: *o direito e a restrição*<sup>291</sup>. Se *direito fundamental e restrição* são duas categorias que se deixam distinguir lógica e juridicamente, então existe, a princípio, um direito não limitado, que, com a impossibilidade de restrições, converte-se num direito limitado (*eingeschränktes Recht*)<sup>292</sup>.

Essa teoria, chamada de *teoria externa (Aussentheorie)*, admite que entre a ideia de direito e a ideia de restrição inexistem uma relação necessária. Essa relação seria estabelecida pela necessidade de compatibilização concreta entre os diversos tipos de direitos fundamentais. A essa concepção contrapõe-se a chamada *teoria interna*<sup>293</sup> (*Innentheorie*), para a qual não existem os conceitos de direito e de restrição como categorias autônomas, mas sim a ideia de direito fundamental com determinado conteúdo. A ideia de restrição (*Schrank*) é substituída pela de *limite (Grenze)*. Sobre o tema, Gilmar Mendes<sup>294</sup> manifesta-se: Tal como ressaltado por Alexy, eventual dúvida sobre o limite do direito não se confunde com a dúvida sobre a amplitude das restrições que lhe devem ser impostas, mas diz respeito ao próprio conteúdo do direito. Alexy ressalta que entre a *teoria interna* e a *teoria externa*<sup>295</sup> existe mais

<sup>291</sup> O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição -, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o *direito em si*, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o *direito restringido*. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de *teoria externa*. Embora a teoria externa possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos apresentem-se sobretudo ou exclusivamente como direitos restringidos, ela tem que insistir que eles são também concebíveis sem restrições. Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277).

<sup>292</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 197-198.

<sup>293</sup> Um cenário completamente diferente é a base de sustentação da *teoria interna*. Segundo ela, não há duas coisas – o direito e sua restrição -, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca do conteúdo dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvida sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em “restrições” no lugar de “limites”, então, se fala em “restrições imanentes”. (ALEXY, op. cit., p. 277-278).

<sup>294</sup> MENDES; BRANCO, op. cit., p. 198.

<sup>295</sup> Da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão direta de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que *tais restrições são limitadas*. Cogita-se aqui dos chamados, “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses *limites*, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas. [...] No âmbito da controvérsia sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais suscitam-se indagações expressas em dois modelos básicos: 1) Os adeptos da chamada teoria absoluta (*absolute Theorie*), entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wesensgehalt*) como unidade substancial autônoma (*substantieller Wesenskern*) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Essa

do que controvérsia terminológica ou conceitual. Corrente que advogue uma concepção individualista da sociedade (e do Estado) tenderá antes para a *teoria externa*. Ao contrário, aquele que vislumbrar uma necessária integração do indivíduo na comunidade perfilhará a adoção da teoria interna. A resposta sobre a prevalência de uma ou de outra teoria dependerá, essencialmente, da compreensão sobre os direitos fundamentais. Se se considerar que os direitos individuais consagram *posições definitivas* (*Reglas: Regel*), então é inviolável a aplicação da teoria interna. Ao contrário, se se entender que eles definem apenas posições “*prima facie*” (*prima facie Positionen: principios*), então há de se considerar correta a teoria externa<sup>296</sup>. Destaca-se, uma vez mais, que entendemos os direitos fundamentais concebidos como princípios. Nesse sentido, o professor Robert Alexy<sup>297</sup>, assim discorre sobre o tema:

---

concepção adota uma interpretação material segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que seria insuscetível de limitação. Neste caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um “limite do limite” para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação. 2) Os defensores da chamada *teoria relativa* (*relative Theorie*) entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. **O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins** (grifo nosso) (*Zweck-Mittel-Prüfung*), **com base no princípio da proporcionalidade** (grifo nosso). **O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação** (grifo nosso). Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório. Tanto a teoria absoluta quanto a teoria relativa pretendem assegurar maior proteção dos direitos fundamentais, na medida em que buscam preservar os direitos fundamentais contra uma ação legislativa desarrazoada. Todavia, todas elas apresentam fragilidades. É verdade que a teoria absoluta, ao acolher uma noção material do núcleo essencial, insuscetível de redução por parte do legislador, pode converter-se, em muitos casos, numa fórmula vazia, dada a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de se demonstrar ou caracterizar *in abstracto* a existência desse mínimo essencial. É certo, outrossim, que a ideia de uma proteção ao núcleo essencial do direito fundamental, de difícil identificação, pode ensejar o sacrifício do objeto que se pretende proteger. Não é preciso dizer também que a ideia de núcleo essencial sugere a existência clara de elementos centrais ou essenciais e elementos acidentais, o que não deixa de preparar significativos embaraços teóricos e práticos. Por seu turno, a opção pela teoria relativa pode conferir uma flexibilidade exagerada ao estatuto dos direitos fundamentais, o que acaba por descaracterizá-los como princípios centrais do sistema constitucional. Por essa razão, propõe Hesse uma fórmula conciliadora, **que reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas** (grifo nosso) (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. É que observa Hesse, a proporcionalidade não há de se interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim preseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 213-214).

<sup>296</sup> Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 251. Em conferência proferida no Rio de Janeiro, Alexy assim explicitava a diferença entre princípios e regras: “Segundo a definição básica da teoria dos princípios, princípios são normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica quanto à possibilidade fática. Princípios são, nesses termos, mandatos de otimização. Assim, eles podem ser satisfeitos em diferentes graus. A medida adequada de satisfação depende não apenas de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. Essas possibilidades são determinadas por regras e sobretudo por princípios. As colisões dos direitos fundamentais devem ser consideradas segundo a teoria dos princípios, como uma colisão de princípios. **O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação** (grifo nosso). Princípios e ponderações são dois lados do mesmo fenômeno. O primeiro refere-se ao aspecto normativo: o outro, ao aspecto metodológico. Quem compreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação são dotadas de estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios acaba chegando ao processo de ponderação. A controvérsia em torno da teoria dos princípios apresenta-se, fundamentalmente,

A grande vantagem da teoria dos princípios reside no fato de que ela pode impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir uma rigidez excessiva. Nos seus termos, **a pergunta sobre a legitimação de uma restrição há de ser respondida mediante ponderação** (grifo nosso). O postulado da ponderação corresponde ao terceiro subprincípio do postulado da proporcionalidade no direito constitucional alemão. O primeiro é o postulado da adequação do meio utilizado para a persecução do fim desejado. O segundo é o postulado da necessidade desse meio. O terceiro é necessário se se dispõe de um meio mais suave ou menos restritivo. Constitui um fortíssimo argumento, tanto para a força teórica quanto prática da teoria do princípio, que os três subprincípios do postulado da proporcionalidade decorram logicamente da estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais e estas da própria ideia de proporcionalidade [...]. O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: ‘quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção’. Segundo a lei de ponderação, está há de se fazer em três planos. No primeiro plano, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então, se realiza a ponderação em sentido específico e estrito [...]. A teoria dos princípios logra não apenas a solução de colisões de direitos, mas a estruturação de solução das colisões de direito. Essa teoria tem uma outra qualidade que é extremamente relevante para o problema teórico do Direito Constitucional. Ela permite uma via intermediária entre vinculação e flexibilidade. A teoria da regra somente conhece a alternativa validade ou invalidade. Para uma Constituição como a brasileira, que formulou tantos princípios sociais generosos, surge, com base nesse fundamento, uma pressão forte para, desde logo, se dizer que as normas que não possam ser aplicáveis sejam declaradas como não vinculantes, isto é, como simples normas programáticas. A teoria dos princípios pode, em contrapartida, levar a sério a Constituição sem exigir o impossível. **Ela pode declarar que normas não executáveis são princípios que, em face de outros princípios, hão de passar por um processo de ponderação** (grifo nosso). E, assim, ‘sob a reserva do possível, examinar aquilo que razoavelmente se pode reclamar e pretender da sociedade’. Assim, a teoria dos princípios apresenta não apenas uma solução para o problema da colisão, como também para o problema da vinculação dos direitos fundamentais (*Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik*, cit.)<sup>298</sup>

---

como uma controvérsia em torno da ponderação. Outra é a dimensão do problema no plano das regras. Regras são normas que são aplicáveis ou não aplicáveis. Se uma regra está em vigor, é determinante que se faça exatamente o que ela exige: nem mais e nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no contexto fático e juridicamente possível. São postulados definitivos (*definitive Gebote*). A forma de aplicação das regras não é a ponderação, mas a subsunção. A teoria dos princípios não diz que o catálogo dos direitos fundamentais não contém regras; isto é, que ele não contém definições precisas. Ela afirma não apenas que os direitos fundamentais, enquanto balizadores de definições precisas e definitivas. O seu ponto decisivo é o de que atrás e ao lado das regras existem princípios. O contraponto para a teoria dos princípios não é, portanto, uma teoria que supõe que o catálogo dos direitos fundamentais também contém regras, senão uma teoria que afirma que os direitos fundamentais contêm somente regras. Somente essas teorias devem ser consideradas como teorias de regras (*Regeltheorien*)” (*Kollision als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik*, Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, em 10.12.1998, tradução livre deste estudo – MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 197-199.

<sup>297</sup> Ibid., p. 199.

A controvérsia estabelecida entre as teorias internas e externas (*Innentheorie und Aussentheorie*), isto é, entre uma concepção que recusa a existência de restrições estabelecidas diretamente pela própria Constituição, porquanto eventuais limitações explicitadas pelo constituinte nada mais representam que a própria definição do direito assegurado, e aquela outra, que distingue precisamente entre o direito assegurado e sua eventual restrição<sup>299</sup>.

Canotilho observa que a questão da restrição dos direitos fundamentais é complexa no direito constitucional, pois havendo possibilidade de ocorrer colisão com outros direitos e bens também constitucionalmente protegidos há que ser feita **a ponderação e a concordância prática**<sup>300</sup> entre esses bens. Segundo o princípio da concordância prática ou harmonização, utilizado no conflito no caso concreto, diante da colisão de direitos fundamentais o intérprete deverá fazer **uma redução proporcional no âmbito de aplicação de cada um deles, evitando o sacrifício total de um para a aplicação do outro** (grifo nosso). Nesse procedimento poderá ocorrer uma limitação ou diminuição do âmbito material de incidência da norma, estreitando o núcleo protegido, sem dúvida a interferir na plenitude do direito fundamental.<sup>301</sup>

Essas restrições podem ser de duas espécies: *stricto sensu*, ou expressa na própria Constituição, ou ainda em leis infraconstitucionais com a autorização da própria Constituição, **e restrições imanentes, aquelas não escritas na Constituição, mas decorrentes do seu sistema**. Não há dúvida de que, com fulcro nos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1), como também com base nos objetivos de nosso país (art. 3), assim como com

<sup>298</sup> A propósito, sustentando uma posição garantista, veja-se a posição de Luigi Ferrajoli. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-55).

<sup>299</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Pailo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 200.

<sup>300</sup> Nas palavras do professor Humberto Ávila, também aparece a concordância prática como a finalidade que deve direcionar a ponderação: o dever de realização máxima de valores que se imbricam. Esse postulado surge da coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários. Daí se falar em dever de harmonizar dos valores de modo que eles sejam protegidos ao máximo. Como existe uma relação de tensão entre os princípios e as regras constitucionais, especialmente entre aqueles que protegem os cidadãos e aqueles que atribuem poderes ao Estado, deve ser buscado um equilíbrio entre eles. A esse respeito, Durig fala do dever de buscar uma *síntese dialética* entre as normas imbricadas, com a finalidade de encontrar uma otimização entre os valores em conflito (Munz, Durig, Herzog e Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, art. 3, Abs. I, número de margem 121 e 128). Nem a ponderação nem a concordância prática indicam, porém, os critérios formais ou materiais por meio dos quais deve ser feita a promoção das finalidades entrelaçadas, Consubstanciam estruturas exclusivamente formais e despidas de critérios. Como será oportunamente investigado, **são os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade que permitem estruturar a realização das normas constitucionais** (grifo nosso). (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 145).

<sup>301</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 601.

lastro na estrutura principiológica da Constituição, os direitos fundamentais não só podem, como devem sofrer limites no momento da construção-aplicação da norma jurídica.

A Constituição da República de 1988 abraça os direitos fundamentais de liberdade de expressão e manifestação de pensamento previstos no artigo 5, inciso IV, mas recebe restrição quando veda o anonimato. A inviolabilidade de domicílio consagrada na Carta Magna encontra restrição quando possibilita o ingresso na casa mesmo sem autorização do morador, em casos de flagrante delito ou desastre em que é necessário prestar socorro a vítimas. A liberdade de associação sofre restrição quando o Poder Público necessita de ocupar tal propriedade em caso de iminente perigo público. O direito à liberdade, limitado pela incidência de prisão em caso de dívida de alimentos.

Há previsão constitucional de restrição de direitos, também por ocasião do estado de defesa, como aos direitos de reunião, de sigilo de correspondência, de comunicação telegráfica e telefônica, a teor do artigo 136, parágrafo 1, inciso I, alíneas “a” e “c” e, durante o estado de sítio, restringindo o direito de locomoção, o sigilo das comunicações como a prestação de informações pela imprensa, radiodifusão e televisão, o direito de reunião, a inviolabilidade de domicílio e o direito de propriedade, na forma do artigo 139.<sup>302</sup>

Konrad Hesse afirma que essas limitações tem a tarefa de coordenar e garantir os direitos e liberdades, que não podem ser consideradas como ilimitadas ou de uso indiscriminado de modo a afetar outros bens jurídicos de terceiros ou da própria sociedade. Coordenados desse modo, haverá possibilidade de maior âmbito de eficácia de mais direitos de uns e de outros, como assim pensou o legislador constitucional em relação à eficácia dos direitos fundamentais.<sup>303</sup>

Os direitos fundamentais, embora tenham eficácia imediata, para o alcance de sua máxima efetividade social não pode desprezar a organização e adaptação à vida real, de modo a evitar o abuso e mesmo a violação dos direitos fundamentais.<sup>304</sup>

Dada a importância dos direitos fundamentais, a doutrina mais balizada, considera que a restrição a determinados direitos não deve ater-se tão somente à questão da reserva legal, mas ainda **considerar a compatibilidade da restrição com o princípio da proporcionalidade**, a propósito de aferir a adequação dos meios utilizados e os fins perseguidos, a necessidade ou exigibilidade de sua utilização, como forma de evitar o

<sup>302</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 29.

<sup>303</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional*: da República Federal da Alemanha. Trad. de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 271.

<sup>304</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 405.

excesso, a exorbitância e a **desproporcionalidade na aplicação da restrição**, para salvaguarda dos direitos constitucionalmente protegidos e a justiça da solução.<sup>305</sup>

Robert Alexy, sobre restrição a direitos fundamentais, manifesta-se no seguinte sentido:

Restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais. Entre esses dois objetos de restrições relações estreitas. Princípios de direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos bens protegidos, como, por exemplo, a proteção mais ampla possível da liberdade geral de ação, da integridade física ou da competência para alienar a propriedade. Por isso, uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental. Nesse sentido, pode-se dar a seguinte resposta simples à questão acerca do que são restrições a direitos fundamentais: **restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição prima facie de direito fundamental**. [...] Uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela até pode ter a natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição. Com isso, fica estabelecida uma primeira característica: normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem *compatíveis* com a *Constituição*<sup>306</sup>.

Alexy<sup>307</sup> discorre que, quando o Tribunal Constitucional Federal afirma que “direitos fundamentais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional” também podem restringir direitos fundamentais, ele faz referência a restrições a direitos fundamentais que tem caráter de princípios. Princípios restringidores, por si sós, não são capazes de colocar o indivíduo em determinadas posições definitivamente restringidas (não-liberdades, não-direitos). Para se alcançar uma restrição definitiva é necessário um **sopesamento** entre o princípio constitucional atingido e o(s) princípio(s) que o restringe(m). Importante ressaltar que princípios colidentes restringem materialmente as possibilidades jurídicas de realização de outros princípios. Segundo Robert Alexy<sup>308</sup>:

Se os princípios colidentes não vigessem ou se não tivessem hierarquia constitucional, essas possibilidades seriam mais amplas. Por isso, o problema não reside na sua natureza restritiva, mas na definição da extensão em que restringem outros princípios. Por isso, também os princípios fazem parte das normas que podem restringir direitos fundamentais. Um *princípio* é uma restrição a um direito fundamental se há casos em que ele é uma razão

<sup>305</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 49-50.

<sup>306</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 281.

<sup>307</sup> *Ibid.*, p. 284-285.

<sup>308</sup> *Ibid.*, p. 284-285.

para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo.

Portanto, com fulcro no postulado da unidade da Constituição e, por conseguinte, na inexistência de normas originariamente constitucionais inconstitucionais, assim como na inexistência de hierarquia em abstrato entre as mesmas, os princípios constitucionais ou direitos fundamentais não são ilimitados, tendo seus conteúdos cotejados com o conteúdo de outros princípios ou direitos fundamentais, sempre balizados pelos **postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade**, com o compromisso constitucional da máxima efetivação dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

#### 4.2.2 Direitos Fundamentais Sociais

Os direitos fundamentais de conteúdo social estão normatizados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Entretanto, em terrae brasilis, tais direitos não passam de promessa injustificadamente descumprida para uma parcela considerável do povo brasileiro. Em uma sociedade de modernidade tardia como a brasileira, torna-se urgente o rompimento com o paradigma liberal-individualista que sempre norteou e ainda norteia o ordenamento jurídico como um todo. Os direitos fundamentais sociais, para que sejam devidamente efetivados, exigem uma volumosa quantia financeira por parte do Estado. Quando houver a colisão entre um direito fundamental individual e um direito fundamental social, ou até mesmo entre direitos fundamentais sociais, qual o procedimento dever ser observado para a solução de tal tensão? Por que um determinado direito deve prevalecer em detrimento de outro? O intérprete, ao conferir sentido ao texto constitucional, além de observar os limites semânticos do mesmo, não pode se descurar dos fundamentos da República, bem como dos objetivos a serem efetivados por nosso país.

##### 4.2.2.1 Conceito e Estrutura

A efetivação dos direitos fundamentais sociais consituti, talvez, o principal desafio do Estado Brasileiro. Os direitos fundamentais de primeira dimensão já alcançaram um nível considerável de efetivação, até porque, para tal escopo exige-se uma atuação negativa por parte do Estado, em outras palavras, para a efetivação de tais direitos fundamentais basta uma abstenção estatal, sendo prescindível uma atuação positiva por parte do Estado. De modo

diverso ocorre com os direitos fundamentais sociais que, para serem efetivados, impescindível se faz um atuar estatal, assim como uma volumosa quantia financeira. Na clássica obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de Robert Alexy<sup>309</sup>, traduzida para o português pelo professor Virgílio Afonso da Silva, Alexy traça as principais características dos direitos fundamentais sociais nos seguintes termos:

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito. É necessário diferenciar entre direitos a prestações previstos de forma expressa, como aqueles encontrados em uma série de Constituições estaduais, e direitos a prestação atribuídos por meio de interpretação. Às vezes a expressão, ‘direitos fundamentais sociais’ é reservada para os primeiros, enquanto os últimos são denominados como ‘direitos fundamentais a prestações’ ou ‘interpretações sociais dos direitos de liberdade e igualdade’. A diferença entre os direitos a prestações expressamente garantidos e aqueles atribuídos por meio de interpretação é, sem dúvida, importante. Já, no que diz respeito a seu conteúdo, sua estrutura e seus problemas, há uma ampla coincidência entre ambas as categorias. Isso justifica designar todos os direitos a prestações em sentido estrito como ‘direitos fundamentais sociais’ e, no interior da classe dos direitos fundamentais sociais, diferenciar entre aqueles expressamente garantidos e aqueles atribuídos por meio de interpretação.

As normas a serem atribuídas aos dispositivos de direitos fundamentais sob a rubrica de “direitos fundamentais sociais” são de tipos os mais distintos. Alexy aponta que, a partir de pontos de vista teórico-estruturais, elas podem ser diferenciadas com base em três critérios. Em primeiro lugar, pode-se tratar de normas que garantam direitos *subjetivos* ou normas que apenas obriguem o Estado de forma *objetiva*. Em segundo lugar, elas podem ser normas *vinculantes* ou *não-vinculantes* – neste último sentido seriam elas enunciados programáticos. Uma norma deve ser considerada como “vinculante” se for possível uma análise de sua violação por meio do Tribunal Constitucional Federal (na Alemanha). As normas podem, por fim, fundamentar direitos e deveres *definitivos* ou *prima facie*, isto é, regras ou princípios. Se se combinam esses critérios, obtem-se oito normas de estrutura bastante diversa, que podem

---

<sup>309</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 499-500.



ser representadas da seguinte forma<sup>310</sup>: Tabela constante na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de Robert Alexy<sup>311</sup>.

Vinculante				Não-vinculante			
Subjetivo		Objetivo		Subjetivo		Objetivo	
def.	p.f.	def.	p.f.	def.	p.f.	def.	p.f.
1	2	3	4	5	6	7	8

Às diferenças estruturais somam-se diferenças substanciais. Especialmente importante é a diferença entre um conteúdo *minimalista* e um *maximalista*. Alexy destaca que o programa minimalista tem como objetivo garantir “ao indivíduo o domínio de um espaço vital e de um status social mínimos”, ou seja, aquilo que é chamado de “direitos mínimos” e “pequenos direitos sociais”. Já um conceito maximalista pode ser percebido quando se fala de uma “realização completa” dos direitos fundamentais, ou quando se caracteriza o direito à educação como “pretensão a uma emancipação intelectual e cultural voltada à individualidade, à autonomia e à plena capacidade político-social”. Tendo em vista as diferenciações estruturais, assim como as substanciais, razoável o entendimento de que a diversidade esboçada dá ensejo à suposição de que o problema dos direitos fundamentais sociais não pode ser resumido a uma questão de tudo-ou-nada. Alexy conclui, e estamos de acordo com o defendido pelo professor alemão, que parece inevitável que diferenciações sejam feitas. A partir desse pano de fundo, é necessária uma breve análise dos argumentos

<sup>310</sup> A proteção mais intensa é garantida pelas normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações (1); a proteção mais fraca, pelas normas não-vinculantes que fundamentam apenas um dever estatal objetivo *prima facie* à realização de prestações (8). As diversas teses teórico-normativas que são sustentadas no âmbito dos direitos fundamentais sociais devem ser compreendidas à luz da tabela acima. Quatro exemplos: de acordo com Hesse, da “compreensão dos direitos fundamentais como normas objetivas supremas” resulta “para o legislador [...] uma obrigação (positiva) de fazer de tudo para realizar os direitos fundamentais, mesmo que não haja para tanto um direito subjetivo do cidadão” (Konrad Hesse, “Grundrechte: Bestand und Bedeutung”, in Ernest Benda *et al.* (Orgs.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlin: de Gruyter, 1983.p. 85). Com isso, quer-se fazer referência a obrigações objetivas *prima facie* vinculantes (4). Von Mutius classifica o “direito de participação” originário, suscitado na primeira decisão *numeros clausus*, como “pretensões constitucionalmente a prestações”, que devem ser compreendidas como *leges imperfecta*, como “meros enunciados programáticos” (Albert v. Mutius, “Grundrechte als ‘Telhaberechte’ – zu den verfassungsrechtlichen Aspekten des *numeros clausus*”, *VerwArch* 64 (1973), pág. 193). Isso pode ser interpretado no sentido de um direito subjetivo definitivo não-vinculante (5). O Tribunal Constitucional Federal fala de um “direito a ser admitido no curso universitário de sua escolha”, que, embora conferido, em princípio, ao cidadão que tenha concluído o ensino médio, está sob a “reserva do possível”. Como será ainda analisado em detalhes, esse direito deve ser visto como um direito subjetivo *prima facie* vinculante (2). Por fim, um direito subjetivo definitivo vinculante (1) é o direito a um mínimo existencial. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 501-502).

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 501.

favoráveis e contrários aos “direitos fundamentais sociais”<sup>312</sup>. A expressão “direitos fundamentais sociais” será utilizada como um supraconceito para as normas dos tipos (1) a (8). O objetivo é o desenvolvimento de uma proposta, baseada na teoria dos princípios e na ideia guia de caráter formal apresentada anteriormente, que leve em consideração tanto os argumentos favoráveis quanto os contrários.

O principal argumento a favor dos direitos fundamentais sociais é um argumento baseado na liberdade. Seu ponto de partida são duas teses<sup>313</sup>:

A primeira sustenta que a liberdade *jurídica*, isto é, a permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo, não tem valor sem uma liberdade *fática* (real), isto é, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas. A formulação dessa tese é bastante geral. Mas ela é ao menos necessariamente correta se interpretada de forma a que liberdade jurídica de *a* de realizar, ou não, a ação *h* não deixa de ter valor – no sentido de ser inútil – para *a* se *a*, por razões fáticas, não tem a possibilidade de escolher

---

<sup>312</sup> O professor Ingo Wolfgang Sarlet, sobre os direitos sociais como direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, disserta que: embora aparentemente estejamos diante de uma obviedade, o fato de existirem segmentos da doutrina, ainda que bem intencionados e mesmo amparados em argumentos de relevo, que estejam negando a condição de autênticos direitos fundamentais dos direitos sociais (existe até quem negue a própria existência de direitos sociais) torna oportuna a lembrança de que ao se tratar de direitos fundamentais na Constituição não há como abrir mão de uma perspectiva dogmático-jurídica (mas não necessariamente formal-positivista) da abordagem, reafirmando-se, de tal sorte, a necessidade de uma leitura constitucionalmente adequada da própria fundamentação (inclusive filosófica) tanto da assim designada fundamentalidade quanto do próprio conteúdo dos direitos sociais. **De outra parte, é a nossa Constituição (doravante citada como CF) e não outra – o que é bom sempre recordar – que nos servirá como referencial** (grifo nosso), inclusive quanto aos compromissos expressa e/ou implicitamente firmados pelo Constituinte, seja no que diz com a aderência a determinadas concepções de Justiça. Especialmente no que diz com a noção de justiça social (que foi expressamente inserida como objetivo a ser alcançado no âmbito da ordem econômica da Constituição, designadamente no seu artigo 170, “*caput*”), seja no concernente a determinada ordem de valores que, de acordo com concepção amplamente consagrada, encontra expressão também e acima de tudo por meio dos princípios e dos direitos fundamentais. Uma principal constatação que se impõe e que resulta já de um superficial exame do texto constitucional, é a de que o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer, sob o rótulo de direitos sociais, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional, considerando o universo legislativo brasileiro) acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais. Neste sentido, verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais (sendo, ou não, tidos como fundamentais) abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quando defensivos (negativos), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos de não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão “positiva” (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade) ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também por parte de organizações sociais e de particulares. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais*: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencia\\_PublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencia_PublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2013).

<sup>313</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 503-504.

entre a realização e a não-realização de  $h$ <sup>314</sup>. É a essa constatação que Lorenz von Stein faz referência quando afirma: ‘A liberdade é real apenas para aquele que tem as condições para exercê-la, os bens materiais e intelectuais que são pressupostos da autodeterminação’ (Lorenz von Stein, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, v. 3 - Ausg. Salomon -, Munchen: Drei Masken, 1921 - nova edição, Darmstadt, 1959 -, p. 104), ou quando o Tribunal Federal decide que ‘o direito de liberdade não teria valor sem os pressupostos fáticos para o seu exercício’ (BVerfGE 33, 303 -331-). A segunda tese defende que, sob as condições da moderna sociedade industrial, a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentais não encontra seu substrato material em um ‘espaço vital por eles controlado’, ela depende sobretudo de atividades estatais.

Não há dúvida de que a Constituição da República Federativa do Brasil concebe a criação de uma liberdade fática como algo desejado. Não apenas desejado, mas efetivado no seu grau máximo, a depender das condições jurídicas e fáticas do momento histórico, e jamais violando a noção de mínimo existencial, condição de possibilidade da dignidade da pessoa humana. Para justificar a atribuição de direitos fundamentais sociais valendo-se do argumento baseado na liberdade é necessário também fundamentar por que a liberdade garantida pelos direitos fundamentais inclui a liberdade fática. Os principais argumentos podem ser condensados em dois grupos. Segundo Robert Alexy<sup>315</sup>, o primeiro baseia-se na importância da liberdade fática para o indivíduo. Para utilizar apenas três exemplos, para o indivíduo é de importância vital não viver abaixo do mínimo existencial, não estar condenado a um desemprego de longo prazo e não estar excluído da vida cultural de seu tempo. É certo que, para aquele que se encontra em uma tal situação de necessidade, os direitos fundamentais não são totalmente sem valor. É exatamente aquele desprovido de meios que pode valorizar especialmente aqueles direitos fundamentais que, por exemplo, o protegem contra o trabalho forçado e outras situações semelhantes e aqueles que lhe dão a possibilidade de melhorar sua situação por meio do processo político. Alexy destaca que, contudo, não é possível negar que,

<sup>314</sup> As reflexões a seguir demonstram a necessidade de inúmeras diferenciações na tese geral segundo a qual a liberdade jurídica não teria valor sem uma liberdade fática. (1) O fato de todos terem a liberdade jurídica de escolher entre  $h$  e  $-h$  pode ter valor para  $a$ , ainda que ele próprio não tenha a possibilidade fática de realizar essa escolha, pois  $a$  se beneficia do fato de que os outros tem essa possibilidade de escolha; (2) Uma liberdade jurídica de  $a$  pode ter valor para ele, mesmo que  $a$  não tenha, no presente, a possibilidade fática de exercer essa liberdade, porque ele tem a chance de poder exercê-la no futuro; (3)  $a$  pode considerar como valiosa sua liberdade jurídica de escolher entre  $h$  e  $-h$  ainda que essa liberdade seja inútil para ele, em razão de uma ausência de liberdade fática. Ele considera, então, a liberdade jurídica como um fim em si mesmo; (4) A necessidade de inúmeras diferenciações adicionais decorre do fato de as liberdades fáticas frequentemente não serem uma questão de tudo-ou-nada, mas uma questão de grau. Assim, supondo leve uma vida normal, é possível que para  $a$  a liberdade jurídica de escolher entre  $h$  e  $-h$  seja inútil mas que ele, caso abra mão de muito daquilo que é considerado como parte de uma vida normal, tenha a possibilidade fática dessa escolha. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 503-504, nota de rodapé número 230).

<sup>315</sup> Ibid., p. 505-511.

para ele, a eliminação de sua situação de necessidade é mais importante que as liberdades jurídicas, que a ele de nada servem, em razão dessa situação de necessidade, e que, por isso, são para ele uma “fórmula vazia”.

O segundo está diretamente vinculado ao primeiro. De acordo com ele, a liberdade fática é constitucionalmente importante não apenas sob o aspecto formal da garantia de coisas especialmente, mas também sob o aspecto substancial. O Tribunal Constitucional Federal (Alemanha) interpretou o catálogo de direitos fundamentais como expressão de um sistema de valores, “em cujo centro se encontra o livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade social”. À luz da teoria dos princípios, isso deve ser interpretado de forma a que o catálogo de direitos fundamentais expresse, dentre outros, princípios que exijam que o indivíduo possa desenvolver livremente sua dignidade na comunidade social, o que pressupõe uma certa medida de liberdade fática. Sobre o tema, o professor alemão externa o seu entendimento no sentido de ser inevitável a conclusão de que os direitos fundamentais, se seu escopo for o livre desenvolvimento da personalidade humana, também estão orientados para a liberdade fática, ou seja, também devem garantir os pressupostos do exercício das liberdades jurídicas, sendo, assim, não apenas a regulação das possibilidades jurídicas, mas também o *poder de agir fático*.

Dentre as inúmeras objeções contra os direitos fundamentais sociais, as principais podem ser agrupadas em dois argumentos complexos, um formal e um substancial. Sobre o tema, Robert Alexy disserta que o argumento formal aponta para um dilema: se os direitos fundamentais sociais forem vinculantes, eles deslocam a política social da competência parlamentar para a competência do tribunal constitucional; se eles não forem vinculantes, eles implicam uma violação da cláusula de vinculação do art. 1, §3, da Constituição alemã. O ponto de partida desse argumento é a tese de que os direitos fundamentais sociais ou não são justiciáveis ou o são apenas em pequena medida. Essa tese pode se basear no fato de que os objetos da maioria dos direitos fundamentais sociais são extremamente indeterminados. Qual é, por exemplo, o conteúdo de um direito fundamental ao trabalho? A escala de possíveis interpretações vai desde um direito utópico de todos a qualquer trabalho que deseje, em qualquer lugar e em qualquer momento, até um direito compensatório e um auxílio-desemprego. Mas qual deve ser o valor desse auxílio? Os problemas dos outros direitos fundamentais sociais não são muito diferentes. Até mesmo no caso do direito fundamental social mais simples, o direito a um mínimo existencial, a determinação de seu exato conteúdo suscita algumas dificuldades. Ao lado da indefinição semântica e estrutural dos direitos fundamentais sociais, a tese do déficit de justiciabilidade tem que agregar uma outra forma de

indefinição: a impossibilidade de se chegar, com os meios específicos do direito, a uma determinação exata do conteúdo e da estrutura dos direitos fundamentais sociais formulados abstratamente. Ela tem que sustentar que o direito não fornece critérios suficientes para tanto. Por que, se o direito não fornece esses critérios suficientes, então, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais é uma tarefa da política. Mas isso significaria que, segundo os princípios da separação de poderes e da democracia, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais estaria inserida não na competência dos tribunais, mas na do legislador diretamente legitimado pelo povo. A partir dessa ideia, no âmbito dos direitos fundamentais sociais os tribunais poderiam decidir somente após o legislador já haver decidido.

O argumento baseado na competência ganha um peso especial em virtude dos efeitos financeiros dos direitos fundamentais sociais. Por causa dos grandes custos financeiros associados à sua realização, a existência de direitos fundamentais sociais abrangentes e exigíveis judicialmente conduziria a uma determinação jurídico-constitucional de grande parte da política orçamentária<sup>316</sup>. As normas que garantem direitos fundamentais sociais teriam que ser compreendidas como normas não-vinculantes, isto é, normas não sujeitas ao controle do Tribunal Constitucional, ou seja, normas que correspondam às posições (5) a (8) na tabela apresentada anteriormente.

O argumento *substancial* contra os direitos fundamentais sociais sustenta que eles são incompatíveis – ou, ao menos, colidem – com normas constitucionalmente materiais. Alexy vale-se, para ilustrar o exposto, do direito ao trabalho.

Em uma economia de mercado, o Estado tem controle apenas limitado sobre o objeto desse direito. Se ele quisesse satisfazer diretamente um direito de cada desempregado a um posto de trabalho, ele teria que ou empregar todos os desempregados nos serviços públicos existentes, ou restringir ou eliminar o poder econômico privado de dispor sobre postos de trabalho. A primeira solução, pelo menos como solução geral, está fora de questão, pois conduziria, nas condições existentes, simplesmente a um desemprego disfarçado pelo serviço público. A segunda conduziria ou a uma extensa restrição da competência decisória da economia privada, ou a uma eliminação dessa forma de economia. Mas isso significaria, entre outras coisas, intervenções nos direitos fundamentais daqueles que dispõem da propriedade produtiva.

---

<sup>316</sup> Visto que o Tribunal Constitucional Federal teria que controlar o respeito a essa determinação, a política orçamentária ficaria em grande medida nas mãos do tribunal constitucional, o que é incompatível com a Constituição.

Importante destacar que a colisão de direitos fundamentais é fenômeno jurídico natural e frequente em um Estado Democrático de Direito. A expansão ou modernização do Direito Penal, a nosso ver, possui como pano de fundo e núcleo da discussão, a colisão entre direitos fundamentais sociais e direitos fundamentais individuais. O Procedimento da Ponderação de Robert Alexy, constitui instrumento apto a conferir racionalidade e previsibilidade às decisões judiciais cujo objeto seja a colisão de direitos fundamentais.

Não se discute que o conteúdo dos direitos fundamentais sociais seja indeterminado, genérico, o que dificulta, porém não impede um mínimo de vinculação aos Poderes constituídos. O Poder Legislativo é titular de uma margem de conformação acerca do conteúdo dos direitos fundamentais sociais. Entretanto, tal margem não é incontrolável, não detentora da discricionariedade em sentido forte destaca por Ronald Dworkin. A margem de conformação legislativa é, necessária e indubitavelmente, definida pela estrutura principiológica prevista no texto constitucional, assim como pelos fundamentais e objetivos da República Federativa do Brasil.

#### *4.2.2.2 Um Modelo de Direitos Fundamentais Sociais*

Considerados os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Sobre o modelo de direitos fundamentais sociais, Robert Alexy<sup>317</sup> assim se manifesta:

Em relação ao problema que aqui se analisa, isso significa que a todos são conferidas posições no âmbito dos direitos a prestações, na forma de direitos fundamentais sociais, que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples. De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de **sopesamento entre princípios**. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão **os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes**, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos. O modelo não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem. Mas ele diz que ele pode ter alguns e o que é relevante para sua existência e seu conteúdo. A resposta

---

<sup>317</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 511-512.

detalhada a essa questão é tarefa da dogmática de cada um dos direitos fundamentais sociais. Mesmo assim, é possível dar, aqui, uma resposta geral. Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes eo princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial a uma moradia simples, à educação fundamental e média.

A essência dos direitos fundamentais sociais reside no fato de que os mesmos, especialmente quando são muitos que deles necessitam, demandam uma enorme quantia financeira para que sejam efetivados. Não obstante as dificuldades financeiras, nada justifica uma conclusão contrária à sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada<sup>318</sup>. Sobre a efetivação dos direitos fundamentais sociais em momentos de crises econômicas, o professor Robert Alexy argumenta no sentido de que é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído. Parece plausível a objeção de que a existência de direitos fundamentais sociais definitivos – ainda que mínimos – tornaria impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise e poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional. Contra essa objeção é necessário observar, em primeiro lugar, que nem tudo aquilo que em um determinado momento é considerado como direitos sociais é exigível pelos direitos fundamentais sociais mínimos; em segundo lugar, argumenta Alexy, que, de acordo com o modelo aqui proposto, os **necessários sopesamentos** podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos; e, em terceiro lugar, **que é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível.** O modelo apresentado por Robert Alexy, ao qual nos aderimos, é um modelo baseado no **sopesamento**. É característico de todos os modelos baseados no sopesamento que aquilo que é devido *prima facie* seja mais amplo que aquilo que é devido definitivamente. Alguém poderia sustentar que essa construção

<sup>318</sup> Robert Alexy, sobre o tema, manifesta-se no seguinte sentido: Nesse sentido, na decisão sobre o auxílio-moradia para os beneficiários da assistência social o Tribunal Constitucional Federal ampliou – com impacto financeiro – o círculo daqueles que teriam direito a essa prestação, com o objetivo de eliminar um tratamento desigual, e em decisão sobre a duração da prisão preventiva o tribunal obrigou o Estado a criar os meios necessários para evitar uma prisão preventiva **desproporcionalmente longa**. Todos os direitos fundamentais da Constituição alemã restringem a competência do legislativo, e muitas vezes eles o fazem de forma incômoda para o próprio legislador; às vezes até mesmo sua competência orçamentária é atingida pelos direitos fundamentais, como direitos com claros efeitos financeiros. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 512-513).

é inaceitável quando se trata de direitos sociais. Ela conduziria, em primeiro lugar, a ilusões e, depois, a frustrações. Já se refutou anteriormente o argumento baseado na objeção geral à ideia de normas de direitos fundamentais que inicialmente protegem algo *prima facie* que depois, por meio de restrições, é excluído da proteção. Alexy<sup>319</sup>, citando precedente do Tribunal Constitucional Federal alemão, assim discorre:

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre o problema do *numeros clausus* é instrutiva para demonstrar que a refutação desse argumento geral deve ser estendida também para os direitos fundamentais sociais. O tribunal parte de um direito subjetivo *prima facie* e vinculante de todo cidadão que tenha concluído o ensino médio, a ser admitido no curso universitário de sua escolha. O caráter *prima facie* desse direito é expressado de forma precisa quando o tribunal afirma que o direito é conferido ao seu titular como um direito ‘em si’ e que ele é restringível (BVerfGE 43, 291 - 315-). Fica claro que o direito, enquanto direito *prima facie*, é um direito vinculante, e não um simples enunciado programático, quando o tribunal afirma que o direito, ‘em sua validade normativa, não – pode – depender de um menor ou maior grau de possibilidades de realização’. Mas a natureza do direito *prima facie* vinculante implica que a cláusula de restrição desse direito – a ‘reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade – não pode levar a um esvaziamento do direito’. Essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito.

Por fim, Alexy argumenta que alguém poderia sustentar que o modelo apresentado reprime, de forma inaceitável, o objetivo em favor do subjetivo. Essa objeção poderia basear-se na tese de Haberle a respeito do caráter excedente das normas objetivas relevantes no âmbito do direito constitucional: “Assim, no Estado prestacional, o direito objetivo relevante para os direitos fundamentais ‘ultrapassa’ o direito (fundamental) subjetivo. Há tarefas constitucionais (‘princípios’) ‘úteis aos direitos fundamentais’, às quais (ainda) não corresponde qualquer direito subjetivo”<sup>320</sup>. Alexy<sup>321</sup> desenvolve o tema do seguinte modo:

<sup>319</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 514-515. No que diz respeito à similaridade de todos os direitos fundamentais nesse ponto, é de grande interesse sistemático quando o Tribunal Constitucional Federal, na primeira decisão *numeros clausus*, estende aos direitos a prestações então envolvidos a fórmula da “tensão indivíduo/comunidade”, desenvolvida no contexto da liberdade geral de ação. Embora o sopesamento não tenha levado, na decisão *numeros clausus*, a um direito definitivo de todos à admissão no curso universitário de sua escolha, ao menos levou a um direito definitivo a uma procedimento de seleção que dê chances suficientes a todos, o que aponta para a conexão entre os direitos fundamentais sociais e os direitos a procedimentos. Mas, para poder mensurar a regulamentação do procedimento com base no direito fundamental, é imprescindível que se parta de um direito *prima facie* vinculante.

<sup>320</sup> HABERLE, Peter. “*Gundrechte im Leistungsstaat*”, p. 108 *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 517.

<sup>321</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 516-517.



Com isso Haberle expressa, de forma concisa, o que muitos querem dizer quando classificam o problema dos direitos fundamentais sociais primariamente como um problema de meros deveres objetivos do Estado. Aqui basta mencionar Hesse<sup>322</sup>, que fala de uma obrigação positiva do Estado de ‘fazer de tudo para realizar os direitos fundamentais, mesmo que não haja para tanto um direito subjetivo do cidadão’. Dessa maneira, o legislador receberia, ‘dos direitos fundamentais, ‘diretriz e impulsos’’. Contudo, disso não seria possível concluir, em geral, ‘uma obrigação concreta dos órgãos estatais para tomar determinadas medidas’, o que significa que o controle judicial encontraria aí os seus limites. No entanto, o modelo aqui proposto não é atingido pela crítica da não-consideração da importância da faceta objetiva. Ao contrário, ele oferece uma base para uma exata compreensão do conteúdo correto da tese do excedente do lado objetivo. **A chave é a teoria dos princípios.**

De acordo com o modelo proposto por Robert Alexy<sup>323</sup>, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto. Esse é o caso dos direitos mínimos. É possivelmente a esse tipo de direitos mínimos que se quer fazer referência quando direitos subjetivos públicos e judicialmente exigíveis a prestações são contrapostos ao conteúdo objetivo excedente. Em face de direitos definitivos que sejam o resultado de um sopesamento, os direitos *prima facie* correspondentes aos princípios – o direito “em si” a admissão em curso superior é um exemplo – tem sempre algo de excedente. O conceito de excedente não está, portanto, vinculado à dicotomia subjetivo/objetivo. Importante destacar que os deveres estatais *prima facie* tem, em face dos deveres estatais definitivos, um conteúdo claramente excedente. **Isso não significa, contudo, que eles não sejam vinculantes.** Seria um equívoco considerar os deveres *prima facie*, na parte em que a eles não correspondam deveres definitivos, ou seja, no âmbito excedente, como juridicamente não-vinculantes ou meros enunciados programáticos. A existência de uma diferença fundamental entre deveres *prima facie* e deveres jurídicos não-vinculantes é perceptível no fato de que deveres *prima facie* **tem que ser considerados no sopesamento,** enquanto isso não ocorre no caso dos deveres jurídicos não-vinculantes. Para a não-satisfação de um dever *prima facie* é necessário que haja, do ponto de vista jurídico, razões aceitáveis; para a não-satisfação de um dever jurídico não vinculante, não. Caso não existam razões aceitáveis para sua não-satisfação, um

<sup>322</sup> HESSE, Konrad. “Grundrechte: Bestand und Bedeutung”, p. 95-96 *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 517.

<sup>323</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 518-519.

dever *prima facie* pode levar um dever definitivo; um dever não-vinculante nunca poderia fazê-lo<sup>324</sup>.

No caso do Brasil, país cujo qual é detentor de um importante débito na efetivação de direitos fundamentais sociais, afastando as condições de possibilidade, muitas vezes, mínimas, para a viabilização da liberdade fática, é dever constitucional que o Poder Judiciário tenha uma postura ativa (não desbordando do princípio da separação de poderes e dos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade), no sentido de resguardar o conteúdo mínimo de tais direitos que, nesse ponto, significam direitos fundamentais sociais vinculantes e definitivos. Muitos direitos fundamentais sociais, em seu âmbito mínimo, no qual exige efetivação por parte do Estado, não tem se tornado realidade para a população brasileira. Por outro lado, o que a população brasileira tem presenciado diariamente são escândalos de corrupção, lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, devastação do meio ambiente e tantas outras infrações penais, delitos que o paradigma liberal-individualista não consegue combater eficazmente e, além disso, tem se tornado um poderoso obstáculo denominado discurso de resistência (Luis Gracia Martín) à modernização ou expansão do Direito Penal.

Em uma sociedade complexa, plural e democrática, não há direito fundamental absoluto. O conteúdo de um determinado direito fundamental deve levar em consideração a compatibilização proporcional e razoável com os demais direitos fundamentais, em todas as suas dimensões. Os direitos fundamentais ou princípios constitucionais tem seus conteúdos restringidos por outros princípios que integram a estrutura principiológica constitucional. As restrições aos direitos fundamentais também não são absolutas. As restrições devem ser orientadas, de modo cogente, pelo **procedimento da ponderação de Robert Alexy, assim como pelos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade**. Uma Constituição plural e democrática gera, inevitavelmente, colisão entre direitos fundamentais.

---

<sup>324</sup> Assim, por mais que Haberle tenha razão quando rejeita a “alternativa ou direito subjetivo ou enunciado programático” – a tabela apresentada anteriormente demonstra que essa alternativa é insuficiente –, ele se equivoca quando se volta contra a identificação entre vinculação jurídica e controle judicial (Peter Haberle, “*Grundrechte im Leistungsstaat*”, págs. 107 e 108). Sob a Constituição alemã, vinculação jurídica implica controle judicial. Para que a observação de Haberle fosse correta, teria ela que ser compreendida como uma referência às peculiaridades de um controle judicial da satisfação de deveres estatais *prima facie* objetivos. Essas peculiaridades são de dois tipos. Em primeiro lugar, não pode ser objeto do controle saber se foi satisfeito tudo aquilo que o dever *prima facie* exige, mas tão-somente se foi satisfeito aquilo que lhe resta, como dever definitivo, em face de deveres *prima facie* colidentes. Em segundo lugar, no caso dos princípios colidentes, desempenham um papel decisivo não apenas os princípios materiais, mas também os formais, **sobretudo o princípio da competência do legislador democraticamente legitimado**. Mas nenhuma dessas peculiaridades altera a possibilidade de que seja objeto do controle pelo tribunal constitucional avaliar se, à luz dos princípios colidentes, o dever *prima facie* foi satisfeito em grau suficiente. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 518-519).

Pode-se extrair a conclusão no sentido de que os direitos fundamentais são restringíveis e, portanto, em abstrato, não haveria ilegitimidade e inconstitucionalidade alguma na restrição de direitos fundamentais individuais pautada pela otimização ou efetivação do direito fundamental à segurança pública, assim como dos direitos fundamentais sociais, tema intensamente debatido na discussão acerca da ilegitimidade ou ilegitimidade da Expansão ou modernização do Direito Penal. Portanto, direitos e garantias fundamentais ou princípios constitucionais são restringíveis, tendo como método de restrição o procedimento da ponderação desenvolvido por Robert Alexy. E como seria o procedimento da ponderação?

### 4.3 A Colisão de Princípios

A colisão de princípios ou de direitos fundamentais é um dos temas mais ricos e relevantes em um Estado Democrático de Direito. A riqueza e a relevância do tema gravitam em torno da necessidade de se controlar a decisão judicial. Havendo colisão de princípios, o órgão decisório não possui legitimidade, muito menos autorização constitucional, para construir sua decisão com fulcro na sua consciência, na sua subjetividade. Decisões lastreadas na consciência do julgador, escancaram as portas para decisionismos, arbitrariedades e privilégios, enfraquecendo a força normativa da Constituição e do próprio ordenamento jurídico. Em uma democracia, onde o texto constitucional, assim como os textos infraconstitucionais, são produzidos com a participação popular, a decisão pautada conforme a consciência do julgador é algo absolutamente inadmissível e extremamente perigoso. O que é, portanto, um princípio? O procedimento da Ponderação de Robert Alexy, assim como os postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade, conseguem conferir racionalidade às decisões envolvendo colisão de princípios ou de direitos fundamentais?

#### 4.3.1 O Que é Princípio e o seu Papel na Atual Quadra da História

O grande marco para os princípios está no doutrinador Ronald Dworkin, que, em 1967, passa a “reivindicar a discussão dos problemas jurídicos ao invés de simplesmente descrevê-los<sup>325</sup>. Para Dworkin, as regras seriam aplicadas segundo um modelo de “tudo ou nada” (*All or nothing*). Os princípios, de forma distinta das regras, possuiriam uma “dimensão de peso” (*dimension of weigh*), que seria plenamente perceptível quando ficássemos diante de uma

---

<sup>325</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomáz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 59.

colisão entre princípios, em que um princípio que tivesse um peso maior seria sobreposto a outro princípio, sem que o de menor peso perdesse sua validade. Dworkin, na defesa dos princípios, foi um duro crítico do modelo proposto por H. L. A. Hart. Este, todavia, buscou no pós-escrito de sua obra *O conceito de Direito*<sup>326</sup> defender-se das críticas tecidas por Dworkin, e, assim, acabou abordando a teoria proposta por Dworkin sob uma nova visão, vejamos:

A crítica mais conhecida feita por Dworkin a este livro é, há muito tempo, a de que ele representa erroneamente o direito como constituído apenas por normas do tipo ‘tudo ou nada’, e que ignora uma espécie diferente de padrão jurídico, isto é, os princípios jurídicos, que representam papel importante e característico no raciocínio jurídico e na decisão judicial. [...] Mas o que, exatamente, me acusam de ignorar? O que são os princípios jurídicos e como diferem das normas jurídicas? Da forma como são empregados pelos doutrinadores, os ‘princípios’ frequentemente incluem um vasto cortejo de considerações teóricas e práticas, das quais apenas algumas são pertinentes para as questões que Dworkin pretendeu suscitar. [...] Creio, entretanto, que todos os críticos que me acusaram de desconsiderar os princípios concordariam em que existem, no mínimo, duas características que os diferenciam das normas. A primeira é uma questão de grau: em relação às normas, os princípios são amplos, gerais e inespecíficos, no sentido que uma série de normas distintas poderia frequentemente ser apontada como manifestações ou exemplos de um único princípio. A segunda característica é que, por remeterem mais ou menos explicitamente a algum propósito, objetivo, atribuição de direito ou valor, os princípios são considerados, de certo ponto de vista, como algo cuja preservação ou adoção são desejáveis, e, assim, não apenas oferecem uma explicitação ou razão para as normas que os exemplificam como também, no mínimo, contribuem para justificá-las. Além dessas duas características relativamente incontroversas – o alcance (generalidade) e a desejabilidade –, que explicam o papel explicativo e justificativo dos princípios em relação às normas, há uma terceira característica distintiva que, pessoalmente, considero uma questão de grau, ao contrário de Dworkin, que a julga crucial. Segundo ele, as normas operam de uma forma tudo ou nada no raciocínio daqueles que as aplicam; isto é, determina conclusivamente, o resultado ou desenlace jurídico do caso.

O entendimento traduzido por Ronald Dworkin é amplamente adotado no Brasil, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Tal teoria frequentemente vem acompanhada da teoria de Robert Alexy. Conforme já destacado, segundo Alexy, os princípios consistiriam apenas em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Em seu trabalho, Alexy observou as decisões do tribunal alemão e percebeu que não havia um padrão de racionalidade nas decisões que eram pautadas nos princípios jurídicos. Diante disso, ele

---

<sup>326</sup> HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 334-336.

dedicou seu estudo a elaborar uma técnica que fosse capaz de reduzir a discricionariedade do intérprete e conferir um determinado grau de racionalidade ao processo de decisão. Assim, ele formula a técnica da ponderação de princípios, que consiste, em suscintas palavras, em uma fórmula que se considera o peso de cada princípio diante do caso concreto em que se faz uma ponderação, a fim de descobrir qual princípio deve ter seu conteúdo limitado. Dentro dessa ponderação, aparecem as máximas da proporcionalidade em sentido estrito, adequação e necessidade. Todo esse processo é sustentado por uma teoria argumentativa que é proposta pelo autor, a fim de desvelar as reais intenções do intérprete ao definir o peso de cada princípio.

O professor Wilson Engelmann destaca as seguintes funções dos princípios no atual momento histórico: a) função sistematizadora do Direito; b) função hermenêutica; e c) função argumentativa dos princípios: Segundo a função sistematizadora, os princípios desempenham uma função explicativa do direito, no sentido de sua capacidade para sintetizar uma grande quantidade de informação. Isto é possível através do caráter genérico de sua apresentação, ou seja, mediante a análise de alguns princípios é possível vislumbrar o funcionamento do sistema jurídico de modo mais amplo. Num segundo momento, a função sistematizadora evidencia que os princípios possibilitam entender o direito não como um mero conjunto de pautas, mas como um conjunto organizado de normas dotado de sentido. Esta função também é aceita por Jose Joaquim Gomes Canotilho, quando refere que, em decorrência da valorização ou da aproximação axiológica (por exemplo, da justiça – em Dworkin – ou da ideia de Direito – em Larenz), “*os princípios tem uma função normogênética e uma função sistêmica*”<sup>327</sup>. Tais funções são evidenciadas a partir do momento em que os princípios são considerados como o ponto fundamentador do conteúdo das regras jurídicas e, outrossim, o elo capaz de transformar as regras num conjunto organizado, objetivando a conferência do caráter de sistema. No tocante ao papel hermenêutico, Engelmann sustenta que os princípios desempenham uma função relevante, na medida em que auxiliam a esclarecer o sentido das disposições contidas nas regras jurídicas. Assim, possibilitam um fundamento para a escolha, por parte do intérprete/aplicador, entre as diversas alternativas existentes a partir do conteúdo normativo a ser interpretado. Os princípios também poderão servir para fundamentar, de modo direto, situações concretas. As decisões judiciais formuladas a partir de princípios, conforme entendimento do professor Wilson Engelmann, podem ser estruturados em dois sentidos: a) o tradicional: que permite renovar um critério ou um resultado da atividade

---

<sup>327</sup> CANOTILHO. J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 1089.

interpretativa, tratando a questão de forma diversa da observada até o momento; b) sentido novo: que possibilita a elevação de um princípio ao patamar de um pensamento jurídico geral. Nos dois casos fica evidente a formação judicial do direito. Importante ressaltarmos o alerta do Ministro do Supremo Tribunal Federal e professor EROS ROBERTO GRAU, no sentido de que os princípios não podem ser vistos como uma criação jurisprudencial, e nem como se os mesmos tivessem uma existência prévia fora do ordenamento jurídico. Pelo contrário, no momento em que a autoridade judiciária se apropria dos princípios para definir uma solução normativa, simplesmente comprova a sua existência no bojo do ordenamento jurídico, do Direito que aplica, declarando-os<sup>328</sup>. Observe-se que, apesar da liberdade propiciada pela consideração dos princípios, a efetiva valorização de sua função hermenêutica pretende restringir a discricionariedade judicial, buscando evitar que o intérprete/aplicador invoque valores subjetivos não amparados de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico. Ressalta-se que este constitui, indubitavelmente, um dos papéis mais relevantes e significativos dos princípios. Como desdobramento lógico da função hermenêutica dos princípios, produziremos decisões judiciais que escape da mera subjetividade do magistrado, intensificando a autonomia do Direito e a construção democrática do mesmo. Acerca da função argumentativa dos princípios, o professor Wilson Engelmann, valendo-se dos ensinamentos de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, discorre que existem duas maneiras para focar esta questão: a um “*os princípios são menos que as regras*”; a dois, “*os princípios são mais que as regras*”. No primeiro caso, quando a regra é aceita e aplicável ao caso que requer uma decisão judicial, evita-se a necessidade de apelar para ao processo da ponderação das razões a favor ou contra uma determinada decisão. Sob este ângulo, a situação se verifica por intermédio do processo da subsunção do fato à norma, construído através do silogismo, onde a premissa maior é a regra aplicável; a premissa menor é o fato da vida, e a conclusão é a decisão judicial. Desta forma, se o fato da vida encontra guarida nos contornos definidos pela regra jurídica, a conclusão é a aplicação da consequência prevista na mesma. Trabalha-se, neste nível, com uma relação de identidade entre os diversos elementos integrantes da estrutura silogística: a norma, os elementos fáticos do caso concreto e suas consequências. Efetivamente, o grau de complexidade é bastante reduzido, posto que a regra indica, pelo menos inicialmente, uma única medida de cumprimento, alcançável através da aplicação do modelo subsuntivo. No segundo caso, ou seja, “*quando os princípios são mais que as regras*”, evidencia-se um poder enunciativo mais geral dos princípios do que das

---

<sup>328</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 129.

regras. Desta forma, os princípios poderão ser aproveitados em um número maior de situações, ou seja, assim como os princípios apresentam um poder explicativo maior do que as regras (examinado em função de seu caráter de sistematização do direito), apresentam, outrossim, um maior alcance. Este aspecto está circunscrito à própria fórmula de apresentação das regras: geralmente enunciadas em palavras, que, de certa forma, limitam as suas possibilidades; já os princípios, na maior parte das vezes, não vêm enunciados formal e expressamente<sup>329</sup>.

O sistema jurídico, baseado em regras e princípios, permite que haja o embate de regras *versus* regras e princípios *versus* princípios. A colisão entre regras e princípios não é possível, uma vez que os princípios, nos moldes da teoria de Alexy, são caracterizados como mandamentos de otimização, de forma que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Dessa forma, o princípio é norteador da aplicação da regra, orientando qual o caminho que se deve seguir. A colisão ocorre sempre no caso concreto, ou seja, as normas em abstrato são coniventes, porém, diante de determinada situação jurídica fática, elas passam a divergir, permitindo que apenas uma delas seja aplicada, ou que uma delas tenha seu conteúdo limitado. A grande questão surge, assim, diante da colisão entre dois ou mais princípios ou direitos fundamentais. Conforme já destacado, não há hierarquia entre os princípios. A indagação a ser respondida é: como solucionar, assim, o confronto entre eles se não há hierarquia entre os princípios ou a possibilidade de declaração de vício de legalidade da norma? Os princípios jamais poderão ser considerados como normas absolutas. Pelo seu alto grau de abstração, eles permitem certa flexibilidade, a fim de permitir a compatibilização entre normas que, diante do caso concreto, mostram-se divergentes. A solução desta questão se dá através do **sopesamento de princípios**. Robert Alexy examina a colisão de princípios através de alguns casos concretos<sup>330</sup>. Inicialmente, através da sentença sobre a incapacidade processual, demonstra uma relação de tensão entre o dever estatal de aplicar adequadamente o direito e o dever de afetar o menos possível a vida e a integridade do acusado. Esta situação enfrenta a colisão entre dois princípios que, aparentemente, estão no mesmo nível, e, através da chamada ponderação dos interesses opostos, deve ser verificado qual deles possui maior peso. Nas palavras de Wilson

---

<sup>329</sup> ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 119-125.

<sup>330</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Engelmann<sup>331</sup>, esta dificuldade não é solucionável através da aplicação de algumas alternativas válidas para enfrentar o conflito de regras. A colisão entre os dois princípios poderá ser enfrentada através da chamada relação de precedência condicionada (ou também, concreta e relativa). A determinação desta relação consiste em que, tomando em conta o caso, se indicam as condições sob as quais um princípio precede o outro. Portanto, a questão a ser examinada neste momento está relacionada à identificação das condições que possam garantir a precedência de um princípio sobre o outro, ou seja, é saber se os interesses do acusado no caso concreto tem manifestamente um peso essencial maior que o daqueles interesses a cuja preservação deve servir a medida estatal<sup>332</sup>. Para aferir as condições de precedência, o Tribunal lança mão da chamada ponderação. Desta forma, Alexy idealiza a chamada “lei de ponderação”, que pode ser enunciada nos seguintes termos: “*quanto maior seja o grau de não realização ou de menosprezo de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro*”<sup>333</sup>. Esta lei da ponderação, pela sua redação, demonstra uma grande relação com o “postulado normativo de aplicação da proporcionalidade”, que é composto por três máximas parciais: a adequação, a necessidade (relacionada com o postulado do meio mais benigno, a saber, o fim não pode ser obtido de outra maneira que afete menos ao indivíduo) e a proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras estão relacionadas com a possibilidade fática e a última encontra-se conectada com a possibilidade jurídica<sup>334</sup>. Quando se refere, portanto, que os princípios são “mandados de otimização”, busca-se verificar qual dos princípios que estão em trajetória de colisão melhor preenchem as três máximas parciais do postulado normativo da proporcionalidade<sup>335</sup>. Assim sendo, no caso em análise, pode ser enunciada a seguinte frase, na qual se visualiza a aplicação dos critérios examinados: “se existe perigo concreto, manifesto, que o acusado em caso de levar-se a cabo a audiência oral, perca a sua vida ou experimente graves danos em sua saúde, então, a continuação do processo lesiona-o em seu direito fundamental”<sup>336</sup>. Assim, na medida que está em jogo um direito fundamental – o direito à vida – encontra-se proibida a realização da audiência.<sup>337</sup> Diante da relatividade na aplicação dos princípios, seria possível, diante do caso concreto, verificar qual deles teria maior peso e deveria se sobressair em relação ao outro. Foi concebida, a partir daí,

<sup>331</sup> ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 128-129.

<sup>332</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>333</sup> Ibid., 2008.

<sup>334</sup> Ibid.

<sup>335</sup> ENGELMANN, op. cit., p. 129-130.

<sup>336</sup> ALEXY, op. cit., 2008.

<sup>337</sup> ENGELMANN, op. cit., p. 129-130.



**a teoria da ponderação, emergindo a proporcionalidade como uma tentativa de garantir a racionalidade desse procedimento.**

4.3.2 A Lei da Colisão

A distinção entre regras e princípios se mostra de maneira mais clara nas colisões de princípios e nos conflitos de regras. É certo que pode ocorrer que duas normas (princípios ou regras), isoladamente aplicadas, conduzam a resultados incompatíveis, ou seja, pode haver dois juízos de dever-ser contraditórios. Mas a diferença está na forma de solucionar o conflito.

Em virtude de presença na Constituição da República de um rol extenso de princípios (explícitos e implícitos) possível e provável a ocorrência de fenômenos de tensão entre eles. Essa tensão existente entre normas é consequência da própria carga valorativa inserida no texto constitucional, que, desde o seu nascedouro, incorpora, em uma sociedade pluralista, os interesses das diversas classes integrantes e representadas no Poder Constituinte Originário, como também do Poder Constituinte Derivado Reformador. Surge, então, dessa pluralidade de concepções – típica em uma Democracia – um estado permanente de tensão entre as normas constitucionais. A possibilidade de introduzirmos uma lógica do tudo ou nada entre princípios iria de encontro com a própria essência da Constituição, que não deixa de ser o "resultado de um compromisso entre vários atores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos ou contraditórios".<sup>338</sup>

Robert Alexy<sup>339</sup> explica que as aparentes contradições entre os princípios constitucionais haverão de ser sanadas pela interpretação dos aplicadores. Um conflito entre regras só pode ser solucionado introduzindo em uma de suas regras uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou declarando inválida, pelo menos, uma das regras. Exemplos: 1. É proibido abandonar a sala antes que soem os sinos. 2. Deve-se abandonar a sala em caso de alarme de incêndio. Se, todavia, não houver soado o sinal de saída e se for dado o alarme de incêndio, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. E esse conflito é solucionado acrescentando uma cláusula de exceção na primeira regra para o caso de alarme de incêndio.

---

<sup>338</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1108.

<sup>339</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92.

Alegando que não há hierarquia entre as normas constitucionais, J. J. Gomes Canotilho leciona a verificação do "princípio da unidade hierárquico-normativa"<sup>340</sup>. Nesse sentido, destaca que: “O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional)”<sup>341</sup>.

E o jurista português, um dos defensores dessa corrente, prossegue na sua explicação:

[...] embora a Constituição possa ser uma ‘unidade dividida’ (P. Badura) dada a diferente configuração e significado material das suas normas, isso em nada altera a igualdade hierárquica de todas as suas regras e princípios quanto à sua validade, prevalência normativa e rigidez. O fundamento subjacente a toda a idéia de unidade hierárquico-normativa da Constituição é o de que as antinomias eventualmente detectadas serão sempre aparentes e, *ipso facto*, solucionáveis pela busca de um equilíbrio entre as normas, ou pela exclusão da incidência de alguma delas sobre dada hipótese, por haver o constituinte disposto neste sentido<sup>342</sup>.

Portanto, todas as normas, quando inseridas em uma Constituição pelo Poder Constituinte Originário, seriam dotadas de constitucionalidade. Os choques ou antinomias entre regras, entre regras e princípios ou entre princípios haverão de ser harmonicamente conciliadas, transformando-se numa contradição aparente que, de forma alguma, macularia a coerência e a força normativa da Constituição.

Nos termos do entendimento prevalente tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileiras, encontramos a possibilidade de antinomia entre normas jurídicas<sup>343</sup>. Poderíamos

<sup>340</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 1109.

<sup>341</sup> *Ibid.*, p. 1109.

<sup>342</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 196.

<sup>343</sup> Antinomia jurídica própria, vale dizer, conflito abstrato de normas (dimensão da validade). O conflito no âmbito da validade subdivide-se em graus. O conflito de primeiro grau possui como critérios de solução os critérios hierárquico (*lex superior derogat inferior*), cronológico (*lex posterior derogat priori*) e da especialidade (*lex specialis derogat generali*). Assim, no caso de duas regras em conflito, aplica-se um desses três critérios, na forma do tudo ou nada (*no all or nothing*). No que se refere ao conflito no âmbito da validade em segundo grau, os critérios de solução dos conflitos de primeiro grau se tocam, isto é, ocorre uma tensão entre os mesmos, sendo o critério hierárquico o mais forte entre eles e o critério cronológico o mais frágil. O conflito na dimensão do peso, importância ou valor (colisão) é denominado antinomia jurídica imprópria (de princípios). A colisão de direitos fundamentais pode ocorrer de duas espécies: colisão autêntica ou em sentido estrito e colisão imprópria ou em sentido amplo. A colisão autêntica (entre direitos fundamentais) pode dar-se dos seguintes modos: a) mesmo direito fundamental titularizado por pessoas distintas (ex: Alemanha, crucifixos nas escolas. Ação judicial para a retirada dos mesmos, em observância ao Estado laico. O Tribunal Alemão determinou a retirada dos crucifixos. No Brasil o Conselho Nacional de Justiça, provocado a se manifestar sobre o tema, decidiu que a utilização dos crucifixos em locais públicos não viola a liberdade religiosa; b) direitos fundamentais diferentes titularizados pela mesma pessoa (Ex: Testemunha de Jeová e a recusa à transfusão de sangue; c) direitos fundamentais diferentes titularizados por pessoas diferentes. Dois direitos válidos apontando para direções distintas (Ex: direito à privacidade e direito

citar alguns princípios e critérios, para outros postulados, de interpretação do texto constitucional. De acordo com o princípio da unidade da Constituição busca-se harmonizar as tensões e conflitos existentes no texto constitucional, cabendo ao intérprete harmonizar as tensões e conflitos entre as normas constitucionais conferindo à constituição um caráter unitário, pois a Carta Magna é produto de vários consensos, pactos, compromissos e tensões. O princípio da unidade é utilizado em abstrato e não no caso concreto. Com fulcro em tal norma afasta-se a tese de normas constitucionais inconstitucionais, defendida por Otto Bachof<sup>344</sup>. Outro postulado de interpretação da Constituição é o princípio do efeito integrador,

---

à informação). Para ilustrar a discussão, a Corte Européia de Direitos Humanos decidiu que Caroline de Mônaco, mesmo sendo pessoa pública, estando em local público, tem direito à proteção de sua privacidade. Surge, em razão dessa impossibilidade de se aplicar os critérios clássicos para resolver antinomias, no caso de conflito entre princípios, uma tormentosa questão: *quid iuris* no caso de uma colisão de princípios constitucionais, já que eles possuem a mesma hierarquia normativa e, portanto, devem ser igualmente obedecidos? Escolhe-se o axiologicamente mais importante, afastando integralmente a aplicação do outro? Quem irá determinar qual o princípio “axiologicamente mais importante? Não é por outra razão que o procedimento da ponderação estruturado por Robert Alexy, assim com os postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade são tão fundamentais quando o intérprete/aplicador depara-se com a colisão de direitos fundamentais.

<sup>344</sup> Segundo Otto Bachof, uma constituição escrita pode ser violada formal e materialmente. O primeiro caso ocorre quando uma norma não preenche os requisitos formais constitucionais necessários para sua feitura. Já o segundo ocorrerá toda vez que uma norma infringir determinada matéria constitucional, contrariando direito suprallegal positivo. Para Bachof, a legalidade confunde-se com a questão formal, sendo ilegal qualquer norma que não preencha os requisitos formais necessários para sua criação. Já a ilegitimidade, entendida como vontade do povo, confundir-se-ia com o direito suprallegal que, para ele, é aquilo que todos anseiam, por sua relação com os princípios éticos, morais e humanísticos norteadores da sociedade e de uma ordem constitucional. Sendo assim, na criação de uma nova constituição não há que se falar em legalidade, tendo em vista que o poder constituinte originário é soberano, independente e autônomo, e não se sujeita às regras formais. As limitações resumem-se ao campo da legitimidade, pois o poder constituinte, ao criar uma nova ordem constitucional, deve fazê-la de acordo com o direito suprallegal. É possível, no entanto, que, em um momento posterior à sua criação, se verifique a ilegalidade de uma Constituição, desde que esta não atenda aos requisitos formais constantes no seu próprio texto. Quando, por exemplo, um de seus artigos preveja que ela só entrará em vigor após a sanção presidencial e, mesmo sem atender a esta regra, ela seja promulgada e publicada, estaremos diante de uma Constituição ilegal. Pode ocorrer também, a mais facilmente, a ilegalidade de uma norma isolada da Constituição, desde que esta imponha uma condição para que aquela norma entre em vigor, e a mesma não seja atendida. Assim, a Constituição em todo o restante de suas determinações seria eficaz, com exceção da norma isolada que não preencheu os requisitos formais necessários para sua vigência. Esse seria justamente o caso de uma norma constitucional inconstitucional (inválida). A Teoria das normas constitucionais inconstitucionais e o ordenamento brasileiro: a teoria de Otto Bachof toma como pressuposto a existência de um direito suprallegal e a hierarquia entre as normas constitucionais. No que tange ao direito suprallegal, o entendimento é pela não existência do mesmo, acreditando, inclusive, que não há limitação ao Poder Constituinte originário. Este Poder configura-se como poder de fato e não de direito, sendo autônomo, pois não existe outro antes nem acima dele, e incondicionado, pois não se subordina a nenhum outro poder. Em referência à hierarquia entre as normas constitucionais, a posição aqui tomada é a de rechaçar tal possibilidade, por vigor no constitucionalismo pátrio o princípio da unidade da Constituição. Entende Luis Roberto Barroso “O fundamento subjacente a toda a ideia de unidade hierárquico-normativa da Constituição é o de que as antinomias eventualmente detectadas serão sempre aparentes e, *ipso facto*, solucionáveis pela busca de um equilíbrio entre as normas, ou pela exclusão da incidência de alguma delas sobre dada hipótese, por haver o constituinte disposto neste sentido” (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 196). Compartilhando desse entendimento, deve-se apontar a opinião do jurista português J. J. Gomes Canotilho: “O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal tem igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional)”. Trata-se de consequência lógica do reconhecimento das supracitadas

significando que por ser a Constituição um elemento do processo de integração comunitária, na interpretação de suas normas deve-se optar por soluções que favoreçam a unidade política e social (idéia de sistema). O princípio da relatividade ou da convivência das liberdades públicas tem por pressuposto a inexistência de direito absoluto, em outras palavras, todos os direitos encontram limites em outros direitos também tutelados pela Constituição. Outro princípio de interpretação do texto constitucional muito relevante é o da máxima efetividade.

---

características do poder constituinte originário, bem como da percepção sistêmica do ordenamento jurídico, em especial de sua *Lex Fundamentalis*. Não se pode mais aceitar uma postura hermenêutica assistemática, mostrando-se imprescindível uma completa visão sobre o ordenamento jurídico sobre a Carta Magna. Neste sentido, vale a transcrição do quanto leciona Eros Roberto Grau: “A interpretação do direito é a interpretação do direito, no sei todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição, um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação-aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p 40). [...] Diante disso, a possibilidade de se identificar uma norma constitucional originária como inconstitucional (o que, vale ressaltar, sempre decorreria de um proceder interpretativo capaz de extrair do texto a norma) resultaria num inegável fenômeno gerador de insegurança jurídica. Isso porque o Poder Constituinte originário, ao invés de se configurar como poder de fato, autônomo e incondicionado, acabaria por se configurar como um poder legiferante “qualquer”, apenas exigindo-se para a sua flexibilização uma atividade hermenêutica calcada em outras normas constitucionais ditas de hierarquia superior ou, pior, em um dito direito supralegal. Por fim vale frisar o aspecto subjetivo intrínseco à atividade interpretativa de produção da norma sobre o texto, que, por si só, já demonstra a impossibilidade de se falar numa norma constitucional inconstitucional, sob pena de incomensurável insegurança jurídica. Sendo a norma fruto de um proceder interpretativo sobre o texto, conforme destaca Eros Roberto Grau, vale a doutrina de Ronald Dworkin: “[...] Quero dizer que uma interpretação é, por natureza, e relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado – uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura – como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra”. (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 71). Já no que concerne à análise sob a ótica jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal decidiu à unanimidade, em acórdão prolatado face à Adin n. 815-3 do Distrito Federa, 28.03.1996, em que foi relator o Ministro Moreira Alves, não conhecer essa ação por impossibilidade jurídica do pedido sob os argumentos que se seguem na Ementa: “Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1 e 2 do artigo 45 da Constituição Federal. A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. Na atual Carta Magna ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição’ (art. 102, *caput*), o que implica dizer que esta jurisdição lhe é atribuída para impedir que se despreze a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se esta teria, ou não, violado os princípios suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para a sustentação da tese de inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido”. Por fim vale salientar que o Supremo Tribunal Federal só admite a possibilidade de controle de constitucionalidade em relação ao Poder Constituinte derivado, apreendendo-se, portanto, que as revisões e as emendas devem estar balizadas pelos parâmetros estabelecidos na Carta Magna. Diante do quanto exposto, faz-se imperioso concluir pela impossibilidade de uma inconstitucionalidade de norma constitucional originária, seja pelo reconhecimento da distinção entre texto e norma e a consequente interferência interpretativa e linguística sobre os fenômenos jurídicos, seja pela própria limitação imposta pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal no que concerne à sua função de guarda da Constituição, conforme esposado na sua supracitada manifestação.

Na interpretação dos direitos fundamentais deve-lhes atribuir o sentido que cumpra a maior efetividade possível, para que cumpram sua função social. Alguns autores no Brasil, podemos citar Ingo Sarlet, entendem que o princípio da máxima efetividade estaria consagrado na Constituição da República em seu artigo 5, §1, e, portanto, de aplicação imediata.

Duas soluções foram desenvolvidas pela doutrina estrangeira e vêm sendo comumente utilizada pelos Tribunais. A primeira é a da concordância prática (Konrad Hesse); a segunda, a da dimensão de peso ou importância (Ronald Dworkin). O princípio da concordância prática ou harmonização, corolário do princípio da unidade da Constituição (conflito em abstrato, dimensão da validade) é frequentemente utilizado para resolver problemas referentes à colisão de direitos fundamentais. Possui o seu campo de atuação no conflito no caso concreto (todo conflito é concreto). Diante da colisão de direitos constitucionais o intérprete deve realizar uma **redução proporcional do âmbito de aplicação de cada um deles**, evitando o sacrifício total de um para a aplicação do outro. Busca-se o melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes. Deve-se sempre optar pela solução que garanta a manutenção da unidade da Constituição e da máxima efetividade de suas disposições. Segundo Alexy, **deve-se realizar um juízo de ponderação**. Pergunta-se: Como se dá essa tal ponderação? Muitos doutrinadores afirmam que a ponderação, pela carga axiológica mesma inserta nesta atividade, faz com que a decisão do caso concreto (todo caso é um caso concreto) dependa sobremaneira da postura ideológica do hermenêuta: é uma solução de compromisso. Com a ponderação não superamos a discricionariedade em sentido forte tão denunciada e criticada por Dworkin, ou seja, a técnica ou a regra da ponderação gera a reprimenda da maldição do positivismo jurídico (discricionariedade-decisionismo-arbitrariedade). Pergunta-se: e o Direito fica onde? Qual o grau de autonomia do Direito? E o Estado Democrático de Direito? O segundo critério que pode ser utilizado se não for possível a concordância prática é o da dimensão de peso ou importância (Ronald Dworkin). Na obra *Taking Rights Seriously*, após explicar que as regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicadas (dimensão do tudo ou nada), o professor da Universidade de Oxford diz que os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles.

Com efeito, os direitos fundamentais representam concretizações e exigências do princípio da dignidade da pessoa humana. Sempre que houver colisão entre eles, a interpretação deve se aproximar ao máximo da realização deste princípio, sempre tendo em vista a perspectiva de um Estado facilitador do exercício das liberdades, que atue com o fim

último de enaltecer a figura do indivíduo como um ser dotado de dignidade e, portanto, sujeito – e não objeto – de direitos.

Desse modo, caracterizada a colisão, cumpre ao intérprete conciliar os direitos em confronto. Segundo esse raciocínio, a interpretação não poderá negar vigência e aplicabilidade a nenhum dos direitos em colisão, pois que sempre haverá uma esfera mínima para seu exercício legítimo.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras se valem, com frequência, do princípio da proporcionalidade para fundamentar decisões nos intitulados *hard cases*. Importante destacar que a presente tese não adere à distinção entre casos fáceis e casos difíceis, por entender que tal classificação permite a inserção, na decisão judicial, de uma margem incontrolável da subjetividade do magistrado, o que fragiliza a autonomia do Direito, afastando-se de uma atuação democrática<sup>345</sup>. Vislumbra-se a proporcionalidade não como um princípio, adotando, neste ponto, o entendimento de Humberto Ávila, no sentido de ser a **proporcionalidade um**

---

<sup>345</sup> O professor Lenio Streck, na obra *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*, e estamos de acordo com Streck, manifesta-se sobre *easy cases-hard cases* no seguinte sentido: A guinada hermenêutica sofrida pelo direito em tempos de efetivo crescimento do papel da jurisdição – mormente a jurisdição constitucional – acentuou a preocupação em torno da necessidade de discutir as condições de possibilidade que o intérprete tem para a atribuição dos sentidos aos textos jurídicos, uma vez fracassadas as experiências exegético-substantivas e as tentativas de controlar os sentidos através de operações lógico-analíticas. As diversas concepções sobre como interpretar e como aplicar tem como objetivo alcançar respostas corretas ou a “melhor resposta”, metódica ou conteudisticamente. A construção de racionalidades discursivas implicou a substituição da razão prática, questão bem presente nas diversas teorias da argumentação (a teoria do discurso é também uma teoria da argumentação). Isso fez com que a questão da interpretação fosse alçada ao patamar da argumentação, a partir da construção de racionalidades comunicativas, estabelecendo previamente modos de operar diante da indeterminabilidade do direito. Ocorre que, desse modo, deixou-se de lado a dupla estrutura da linguagem, confundindo-a com a colisão entre casos fáceis e difíceis, em que os primeiros seriam produtos de “meras” deduções/subsunções, enquanto os segundos exigiriam a construção de uma racionalidade discursiva que assegurasse condições para uma universalização do processo de atribuição de sentido. Nesse sentido – e aqui me permito insistir –, confunde-se a “era dos princípios” com a “abertura hermenêutica” e a consequente necessidade de construção de racionalidades de cariz epistemo-metodológicas. A todo tempo é necessário referir: regras não estão ligadas/limitadas à subsunção; princípios não são ínsitos às teorias argumentativas. Em outras palavras, princípios não são álibis teóricos para suplantarem problemas metodológicos oriundos da insuficiência das regras. Streck continua: Esse equívoco de distinguir *easy e hard cases* é cometido tanto pelo positivismo de Hart como pelas teorias discursivo-procedurais que vão desde Habermas e Gunther até Alexy e Atienza, para citar apenas esses. Observe-se que em *On Reading the Constitution*, Laurence Tribe e Michael Dorf criticam a distinção dos casos jurídicos em simples (*easy cases*) e difíceis (*hard cases*): “é um erro básico supor que os grandes problemas de interpretação só aparecem nos casos difíceis – apenas quando o objeto tratado se refere a aspectos para os quais o texto é vago ou ambíguo. Está é a armadilha favorita de determinados críticos da *Supreme Court*, que apontam as discórdias entre os juízes como se quisessem dizer: ‘vejam como eles discordam, cinco a quatro. Deve ser porque na realidade não estão lendo a Constituição, mas procurando um espelho no qual eles querem acreditar’. Já de Habermas é possível extrair a tese de que o problema da razão prática – e, portanto, a necessidade de superar o sujeito solipsista e a justificação posterior de suas ações egocêntricas – somente se torna necessária no plano da justificação de atos mais complexos. Assim, os “casos simples” prescindem dessa fundamentação prévia, elaborada com a obediência de todos os requisitos da formação discursiva (situação ideal de fala). A pergunta solipsista “o que devo fazer” vem substituída pela pergunta “o que se deve fazer?”. E esse dever não pode depender de fins e preferências subjetivas (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 265-246).

**postulado normativo de aplicação.** Segundo Ávila, os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau<sup>346</sup>. Continua Ávila<sup>347</sup>:

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmo destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas. [...] A compreensão concreta do Direito pressupõe também a implementação de algumas condições. Essas condições são definidas como postulados normativos aplicativos, na medida em que se aplicam para solucionar questões que surgem com a aplicação do Direito, especialmente para solucionar antinomias contingentes, concretas e externas: contingentes, em vez de necessárias, porque surgem ocasionalmente diante de cada caso; concretas, em vez de abstratas, porque surgem diante de um problema

<sup>346</sup> Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semântica e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no mentanível aplicativo). Os postulados não se enquadram na definição nem de regras nem de princípios segundo o modelo tradicional. Se as regras forem definidas como normas que descrevem um comportamento a ser observado (ou reservam parcela de poder, instituem procedimentos ou estabelecem definições, sempre sendo cumpridos por meio de comportamentos), devendo ser cumpridas de modo integral e, no caso de conflito, podendo ser excluídas do ordenamento jurídico se houver uma outra regra antinômica, os postulados não são regras: eles não descrevem um comportamento (nem reservam poder, instituem procedimento ou estabelecem definições), não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção. Se os princípios forem definidos como normas que estabelecem um dever-ser ideal, que podem ser cumpridas em vários graus e, no caso de conflito, podem ter dimensão de peso maior ou menor, os postulados não são princípios: eles não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis. Seja qual for a denominação preferida, os postulados funcionam de forma diferente relativamente a outras normas do ordenamento jurídico. [...] Especialmente porque os postulados não são normas imediatamente finalísticas, mas metódicas; não são normas realizáveis em vários graus, mas estruturam a aplicação de outras normas com rígida racionalidade, e não são normas com elevado grau de abstração e generalidade, mas normas que fornecem critérios bastante precisos para a aplicação do Direito. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 122-123).

<sup>347</sup> *Ibid.*, p. 121-179.

concreto; e externas, em vez de internas, porque não surgem em razão de conflitos internos ao ordenamento jurídico, mas decorrem de circunstâncias externas a eles. Entre os principais postulados aplicativos estão a **proporcionalidade, a razoabilidade e proibição de excesso**, que serão analisadas adiante e em pormenor (grifo nosso). [...] A partir de agora não será mais examinado o dever de promover a realização de um estado de coisas, mas o modo como esse dever deve ser aplicado. Superou-se o âmbito das normas para adentrar o terreno das metanormas. Esses deveres situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras. Como tais, eles permitem verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam. Só elipticamente é que se pode afirmar que são violados **os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficácia** (grifo nosso), por exemplo. A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas<sup>348</sup>.

<sup>348</sup> Com efeito, no caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional lei estadual que determinava a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, o princípio da livre iniciativa foi considerado violado, por ter sido restringido de modo **desnecessário e desproporcional** (STF, Tribunal Pleno, MC na ADI 855-2-PR, rela. Min. Sepúlveda pertence, j. 1.7.1993. DJU 1.10.1993, pág. 20.212). Rigorosamente, não é **proporcionalidade** que foi violada, mas o princípio da livre iniciativa, na sua inter-relação horizontal com o princípio da defesa do consumidor, que deixou de ser aplicado adequadamente. Da mesma forma, no caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inválida ordem judicial para submissão do paciente ao exame de DNA, foi considerada violada a dignidade humana do paciente, por essa ter sido restringida de forma **desnecessária e desproporcional** (STF, 1 Turma, HC 76.060-SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 31.3.1998, DJU 15.5.1998, pág. 44). Rigorosamente, não é a proporcionalidade que foi violada, mas o princípio da dignidade humana, na sua inter-relação horizontal com os princípios da autodeterminação da personalidade e da universalidade da jurisdição, que deixaram de ser aplicados adequadamente. Essas considerações levam ao entendimento de que os postulados normativos situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam. A violação deles consiste na não-interpretação de acordo com sua estrutura. São, por isso, metanormas, ou normas de segundo grau. O qualificativo de normas de *segundo grau*, porém, não deve levar à conclusão de que os postulados normativos funcionam como qualquer norma que fundamenta a aplicação de outras normas, a exemplo do que ocorre no caso de sobreprincípios como o princípio do Estado de Direito ou do devido processo legal. Isso porque esses sobreprincípios situam-se no próprio nível das normas que são objeto de aplicação, e não no nível das normas que estruturam a aplicação de outras. Além disso, os sobreprincípios funcionam como fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores, ao passo que os postulados normativos funcionam como estrutura de aplicação de outras normas. A definição de postulados normativos aplicativos como deveres estruturantes da aplicação de outras normas coloca em pauta a questão de saber se eles podem ser considerados como princípios ou regras. **Alexy não enquadra a proporcionalidade diretamente em uma categoria específica, pois utiliza, para sua definição, o termo princípio (Grundzatz), limitando-se a afirmar, em nota de rodapé, que as máximas parciais podem ser enquadradas no conceito de regras** (Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2 ed., p. 100. Sobre o assunto, enxergando uma posição clara de Alexy em favor da proporcionalidade como regra, v.: Martin Borowsky, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 77; Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, p. 21; Luís Virgílio da Silva, *O Proporcional e o Razoável*, RT 798/27). A maior parte da doutrina enquadra-os, sem explicações, na categoria dos princípios. [...] A análise dos postulados de razoabilidade e de proporcionalidade, por exemplo, está longe de exigir do aplicador uma mera atividade subsuntiva. Eles demandam, em vez disso, a ordenação e a relação entre vários elementos (meio e fim, critério e medida, regra geral e caso individual), e não um mero exame de correspondência entre a hipótese normativa e os elementos de fato. A possibilidade de, no final, requerer uma aplicação integral não elimina o uso diverso na preparação da decisão. Também os princípios, ao final do processo de aplicação, exigem o cumprimento integral. E a circunstância de todas as espécies normativas serem voltadas, em última instância, para o comportamento humano não elimina a importância de explicar os procedimentos complementares distintos que preparam e fundamentam sua descoberta. As dificuldades de enquadramento da proporcionalidade, por exemplo, na categoria de regras e princípios evidenciam-se nas próprias concepções daqueles que a inserem em tais categorias. Mesmo os adeptos da compreensão dos aqui denominados *postulados normativos aplicativos* como regras de segundo grau reconhecem que eles, ao lado



A **proporcionalidade** atua como critério de aferição da legitimidade de todo e qualquer ato praticado pelos Poderes Públicos. Alguns autores buscam distinguir proporcionalidade de razoabilidade. Autores brasileiros, sob a influência do direito alemão, como o Min. do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, Paulo Bonavides e outros, preferem utilizar a expressão proporcionalidade e não razoabilidade. Já os juristas influenciados pelo direito norte-americano, como Luis Roberto Barroso, optam pela expressão razoabilidade e não proporcionalidade.

O professor Humberto Ávila, na clássica obra *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, discorre sobre a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade nos seguintes termos:

O **postulado da proporcionalidade** exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. **A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim**, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um *meio* e um *fim*, tal como o faz o postulado da proporcionalidade. É o que se passa a demonstrar. **A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual** (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. Nessas hipóteses, princípios constitucionais sobrejacentes impõem verticalmente determinada interpretação. Não há, no entanto, nem entrecruzamento horizontal de princípios, nem relação de causalidade entre um meio e um fim. Não há espaço para firmar que uma ação promove a realização de um estado de coisas. A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação

---

do deveres de otimização, seriam *uma forma específica de regras (eine besondere Form von Regeln)*. Também os adeptos de sua compreensão como princípios reconhecem que eles funcionam como máxima ou *topos* argumentativo que mescla o caráter de regras e de princípios. Outros já os enquadram, com sólida argumentação, na categoria de princípios distintos, denominados princípios de legitimação. (TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.), *Legitimação dos direitos humanos*, p. 432). Há, ainda, aqueles que os representam como normas metódicas (Lothar Michael, *Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm Komparativer Systeme*, p. 42 e ss). Essas considerações levam ao entendimento de que esses deveres merecem uma caracterização à parte e, por consequência, também uma denominação distinta. Neste trabalho eles são denominados de *postulados normativos aplicativos*. A denominação é secundária. O decisivo é constatar e fundamentar sua diferente operacionalidade. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 133-137).

congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. Na primeira hipótese princípios constitucionais subjacentes impõem verticalmente determinada interpretação, pelo afastamento de motivos arbitrários. Inexiste entrecruzamento horizontal de princípios, ou relação de causalidade entre um meio e um fim. Na segunda hipótese exige-se uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada. Não se está, aqui, analisando a relação entre meio e fim, mas entre critério e medida. Com efeito, o postulado da proporcionalidade pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio, promove-se o fim: o meio leva ao fim. Já na utilização da razoabilidade como exigência de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada há uma relação entre uma qualidade e uma medida adotada: uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela<sup>349</sup>.

Prevalece o entendimento de que se trata de princípio implícito na Constituição da República. Para alguns tal princípio seria abstraído do sistema de direitos fundamentais (proteção do indivíduo em face ao arbítrio estatal - entendimento minoritário). Para outros, com fulcro na doutrina e jurisprudência alemãs, o mesmo seria extraído do princípio do Estado de Direito.

Paulo Bonavides acrescenta que:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.<sup>350</sup>

O Supremo Tribunal Federal compartilha do entendimento de que o **princípio da proporcionalidade** é desdobramento do direito fundamental ao devido processo legal no seu caráter substantivo, isto é, o direito não é só forma, é também conteúdo, exigência de que as

<sup>349</sup> Embora não seja essa a opção feita por este trabalho, pelas razões já apontadas, é plausível enquadrar a proibição de excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito. Se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode implicar a aniquilação de outro, a proibição de excesso será incluída no exame da proporcionalidade (Gilmar Ferreira Mendes, *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, págs. 67 e ss). Se a proporcionalidade em sentido estrito compreender a ponderação de vários interesses em conflito, inclusive dos interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade (Luís Roberto Barroso. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 4 ed. p. 224 e ss; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 14 ed. 2002). Isso significa que um mesmo problema teórico pode ser analisado sob direferentes enfoques e com diversas finalidades, todas com igual dignidade teórica. Não se pode, portanto, afirmar que esse ou aquele modo de explicar a proporcionalidade seja correto, e outros equivocados (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 159-160).

<sup>350</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 425.

normas sejam razoáveis, adequadas, proporcionais e equilibradas. O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três princípios parciais, também denominados de máximas: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Enquanto os princípios parciais da idoneidade e da necessidade expressam mandamento de otimização (conceito de princípio alexiano), relativamente às possibilidades fáticas, no princípio da proporcionalidade em sentido estrito vislumbra-se, pelo contrário, a otimização relativamente às possibilidades jurídicas, sendo este o campo da **ponderação**.

Chegara o momento de se enfrentar o **procedimento da ponderação** cunhado por Robert Alexy. **A ponderação tem sido utilizada, em nosso país, de maneira absolutamente equivocada, gerando um retorno, inadmissível, à discricionariedade em sentido forte tanto combatida por Dworkin (crítica ao positivismo jurídico)**. A teoria da argumentação jurídica e a teoria dos direitos fundamentais – teoria dos princípios, de Alexy, buscam superar a discricionariedade das decisões judiciais, marca do positivismo jurídico, tendo em vista que tal mecanismo de fechamento do sistema positivista fragiliza a autonomia do Direito e, por conseqüência, vai de encontro aos pilares de um Estado Democrático. Conforme nos alerta Tomaz de Oliveira<sup>351</sup>, quando Alexy escreve sua Teoria da Argumentação Jurídica, ele já conhecia a reformulação do positivismo efetuada por Hart e o debate que este travou com Dworkin. Era, portanto, claro para ele a discussão acerca da indeterminação do Direito, com destaque à decisão judicial e aos problemas de sua fundamentação. Profundo conhecedor da atividade do Tribunal Constitucional alemão, nunca escondeu sua admiração pela técnica da **ponderação de valores**, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*<sup>352</sup>, utilizada pelo tribunal para resolver conflitos normativos em sede de princípios e direitos fundamentais.

Havendo colisão de princípios, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem para além

---

<sup>351</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomáz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 181.

<sup>352</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

dessa dimensão, na dimensão do peso. Muitos doutrinadores brasileiros defendem que o conflito deve ser resolvido por meio de um **sopesamento entre os interesses conflitantes**. O objetivo deste sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.

Importante destacar que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com a sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que, ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.

Esse conceito de relação de precedência condicionada tem importância fundamental na compreensão das colisões entre princípios e, com isso, para a teoria dos princípios. Para poder explicá-lo com mais detalhes, Alexy se utiliza do caso da incapacidade para participar de audiência processual. Tratava-se da admissibilidade de realização de uma audiência com a presença de um acusado que, devido à tensão desse tipo de procedimento, corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto. Os princípios colidentes serão chamados de **P1 (direito à vida e à integridade física)** e **P2 (operacionalidade do direito penal)**.

Isoladamente considerados, P1 e P2 levariam a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si: **P1** levaria a ‘é proibido realizar a audiência’, e **P2** a ‘é obrigatória a realização da audiência’. Essa colisão pode ser resolvida ou por meio do estabelecimento de uma relação de precedência incondicionada ou por meio do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. Como símbolo para a relação de precedência deve ser usado o sinal **P**. Para as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro será utilizado o sinal **C**. Há, então, quatro possibilidades de decisão do caso a partir da solução de uma colisão entre princípios.

- (1) P1PP2;
- (2) P2PP1;
- (3) (P1PP2)C;
- (4) (P2PP1)C.

(1) e (2) são relações incondicionadas de precedência. É possível falar também em relações de precedências ‘abstratas’ ou ‘absolutas’. O Tribunal Constitucional Federal excluiu a possibilidade dessa forma de relação de precedência com a afirmação: ‘nenhum desses interesses goza, em si mesmo, de precedência sobre o outro’. Essa afirmação vale de forma geral para as colisões entre princípios de direito constitucional. Sobra, portanto, apenas a possibilidade de uma relação condicionada, ou, como também se pode dizer, de uma relação de precedência concreta ou relativa, como as indicadas sob os ns. (3) e (4). A questão decisiva é, portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder. Nesse contexto, o Tribunal Constitucional Federal utiliza-se da muito difundida metáfora do peso. Em suas palavras, o que importa é se os ‘interesses do acusado no caso concreto têm manifestamente um peso significativamente maior que os interesses a

cuja preservação a atividade estatal deve servir'. É necessário indagar o que se quer dizer quando se fala em 'pesos'. O conceito de relação condicionada de precedência oferece uma resposta simples. Em um caso concreto, o princípio **P1** tem um peso maior que o princípio colidente **P2**, se houver razões suficientes para que **P1** prevaleça sobre **P2** sob as condições **C**, presentes nesse caso concreto.

O sopesamento do Tribunal Constitucional Federal consiste, exatamente nos moldes acima apresentados, na alusão às condições de precedência (**C**) e na fundamentação da tese segundo a qual, sob essas condições, **P1** prevalece sobre **P2**.

'Se a realização da audiência implica um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, então, a continuação do procedimento lesa seu direito fundamental garantido pelo art. 2, parágrafo segundo, da Constituição'. Se uma ação viola um direito fundamental, isso significa que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida. A frase citada pode, por isso, ser compreendida como uma formulação de uma regra, nos seguintes moldes: 'se uma ação preenche as condições **C**, então, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida'.

Portanto, aquilo que aqui é denominado como 'condição de precedência', identificado pela letra 'C', desempenha um duplo papel. No enunciado de preferência:

(1) (P1 P P2) C,

C é condição de uma relação de precedência. Na formulação da regra:

(2) Se uma relação h preenche C, então, h é proibida sob o ponto de vista dos direitos fundamentais.

C é o pressuposto do suporte fático de uma regra. Esse duplo caráter de C decorre necessariamente da estrutura do enunciado de preferência. Isso porque a precedência de **P1**, ou seja, do princípio estabelecido no art. 2, p. 2, 1, em face dos princípios que com ele colidem sob as condições **C** significa que a consequência jurídica que resulta de **P1** é aplicável se estiverem presentes as condições de **C**. Por conseguinte, de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de preferência decorre uma regra, que diante, da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente. Nesse sentido, é possível formular a seguinte lei sobre a conexão entre relações de preferência condicionadas e regras:

(K) Se o princípio **P1** tem precedência em face do princípio **P2** sob as condições **C**: (P1 P P2) C, e se do princípio **P1**, sob as condições decorre a consequência jurídica **R**, então, vale uma regra que tem **C** como suporte fático e **R** como consequência jurídica: C – R.

(K') As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.

Essa lei, que será chamada de 'lei de colisão', é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apóiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.<sup>353</sup>

<sup>353</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94-99.

Para ilustrar os resultados de sopesamentos, Alexy se vale do caso Lebach.

*Nessa decisão estava em questão a seguinte situação: a emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado ‘O ASSASSINATO DE SOLDADOS EM LEBACH’. Esse programa pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições de Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentando por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos arts. 1, p. 2, e 2, p. 1, da Constituição alemã, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada. O Tribunal Estadual rejeitou seu pedido de medida cautelar para proibir a exibição, e o Tribunal Superior Estadual negou provimento ao recurso contra essa decisão. O autor ajuizou, então, uma reclamação constitucional contra essas decisões.*<sup>354</sup> A argumentação do Tribunal Constitucional Federal desenvolveu-se em três etapas, o que é de especial interesse para a teoria das condições de precedência. Na primeira etapa constatou-se uma ‘situação de tensão entre a proteção da personalidade, garantida pelo art. 2, parágrafo primeiro, combinado com o art. primeiro, primeiro, da Constituição alemã, e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, nos termos do art. 5, parágrafo primeiro e segundo’. Também aqui o primeiro princípio será simbolizado por P1, e o segundo por P2. Isoladamente considerados, P1 levaria à proibição, e P2 à permissão da exibição do programa. Esse ‘conflito’ – como o Tribunal Constitucional Federal costuma chamar esse tipo de colisão – não é solucionado por meio da declaração de invalidade de uma das duas normas, mas por meio de ‘sopesamento’, no qual nenhum dos princípios – nesse contexto, o Tribunal Constitucional Federal chama-os de ‘valores constitucionais’ – ‘pode pretender uma precedência geral’. Ao contrário, é necessário ‘decidir qual interesse deve ceder, levando-se em consideração a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais’. Duas normas levam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Nenhuma delas é inválida, nenhuma tem precedência absoluta sobre a outra. Depois da constatação de uma colisão entre princípios cujo valores abstratos estão no mesmo nível, o Tribunal Constitucional Federal, em um segundo passo, sustenta uma precedência geral da liberdade de informar (P2), no caso de uma ‘informação atual sobre atos criminosos’ (C1), ou seja, (P2 P P1) C1. Essa relação de precedência é interessante, porque nela se sustenta apenas uma precedência geral ou básica. Isso significa que nem toda informação atual é permitida. A condição de precedência e, com isso, o suporte fático da regra que corresponde ao enunciado de preferência segunda a lei de colisão incluem uma cláusula *ceteris paribus*, a qual permite o estabelecimento de exceções. A decisão ocorreria na terceira etapa. Nela o tribunal constata que, no caso da ‘repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação’, que, ‘coloca em risco a ressocialização de autor’ (C2), a proteção da personalidade (P1) tem precedência sobre a liberdade de informar (P2), o que, no caso em questão, significa a proibição da veiculação da notícia. Nesse sentido, vale o

<sup>354</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 99-100.

enunciado de preferência (P1 P P2) C2. C2 é composto por quatro condições (repetição; ausência de interesse atual pela informação; grave crime; risco à ressocialização). A regra C2 – R, que corresponde ao enunciado de preferência, é uma regra com quatro atributos de suporte fático, com a seguinte estrutura:

(1) T1 e T2 e T3 e T4 – R.

Ou seja, uma notícia repetida (T1), não revestida de interesse atual pela informação (T2), sobre um grave crime (T3), e que põe em risco a ressocialização do autor (T4), é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais. Anteriormente foram designadas como normas de direitos fundamentais tanto as estabelecidas diretamente pela Constituição quanto as normas atribuídas. Uma norma de direito fundamental atribuída é uma norma para cuja atribuição é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido. Essas últimas considerações conduzem à aplicação da teoria dos princípios à teoria das normas de direitos fundamentais. Até aqui os princípios foram definidos como mandamentos de otimização, e as regras como normas que sempre ou são satisfeitas ou não o são. Dessa diferença decorrem os diferentes comportamentos em casos de conflitos ou colisões.

Segundo Alexy, nos casos em que a regra abarca, de modo claro e preciso, a situação fática, estaremos diante de uma justificação interna do próprio sistema jurídico, surgindo a solução por meio do silogismo jurídico – subsunção. Somente nos caso em que o sistema de regras não “cobrir” as hipóteses de aplicação, isto é, apenas diante da insuficiência ôntica do sistema de regras, necessária se faz uma justificação externa, campo fértil para o rendimento dos princípios. Diante da colisão de princípios, não é possível, *a priori*, dizer qual deles será o prevalente. Somente diante do caso concreto é que será possível determinar a aplicação do princípio e a solução do eventual conflito, por meio **do procedimento da ponderação**.<sup>355</sup>

A distinção de Alexy entre justificação interna e justificação externa aproxima-se da distinção realizada por Hart entre casos fáceis (*easy cases*) e casos difíceis (*hard cases*), sendo possível dizer que, diante de um *easy case* estaremos diante da aplicação de regras e, por conseguinte, da técnica da subsunção. Nas hipóteses de *hard cases*, surgiria a solução por meio dos princípios e o método para a determinação da solução ao caso concreto é a **ponderação**. O que é totalmente destoante com relação à Hart é que Alexy não compactua com a total discricionariedade do juiz na decisão dos casos difíceis, alçando a **ponderação como procedimento apto a solucionar as colisões de princípios e evitar a livre escolha do juiz no momento de decidir**. A utilização da ponderação na aplicação dos princípios está direcionada à definição de um fundamento para a decisão judicial que não é construído

<sup>355</sup> Nesse sentido OLIVEIRA, Rafael Tomáz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 184.

arbitrariamente, mas através da racionalidade. O procedimento da ponderação, racionalmente estruturado, torna possível a teoria dos princípios<sup>356</sup>, assim como a compreensão principiológica dos direitos fundamentais. Estabelecida a premissa de que princípios são “mandados de otimização”, desta feita, em sua aplicação, circunscrevem-se à chamada regra da proporcionalidade. Isto equivale a dizer que na fundamentação de uma decisão judicial devem ser levados em consideração três níveis de avaliação, a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito do princípio que servirá para nortear o raciocínio jurídico expresso na decisão<sup>357</sup>. O procedimento da ponderação é objeto de intensas críticas por parte dos doutrinadores. Entende-se que as principais críticas são direcionadas não ao procedimento em si, mas sim ao modo como tal procedimento tem sido utilizado em nosso país pelo Poder Judiciário. Segundo Lenio Streck, o procedimento da ponderação – e, portanto, as teorias argumentativas – deslocam a hierarquização “ponderativa” em favor da subjetividade (assujeitadora) do intérprete, não superando o paradigma da filosofia da consciência<sup>358</sup>. O problema reside no fato de que com as teoria argumentativas (ponderação) permanece a “delegação” em favor do sujeito da relação sujeito-objeto, isto é, o procedimento da ponderação implica numa escolha subjetiva. No fundo, como ressalta Streck, em Alexy tem lugar uma repriminção da discricionariedade do positivismo jurídico<sup>359</sup>.

Friedrich Muller, na obra *Métodos de Trabalho de Direito Constitucional*, critica o **procedimento da ponderação ou sopesamento** nos seguintes termos:

Tal procedimento (a ponderação – **acrescentei**) não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfáveis, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional. O teor material normativo de prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com ajuda dos pontos de vista hermenêutica e metodologicamente diferenciadores e estruturante da análise do âmbito da

<sup>356</sup> ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 156-157.

<sup>357</sup> *Ibid.*, p. 157.

<sup>358</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 178.

<sup>359</sup> Encontramos então, nessa proposição, muito mais do positivismo jurídico de Hart do que Alexy julga ter deixado para trás. Principalmente, insistimos, no modo como ambos (tanto Alexy como o jusfilósofo inglês) trabalham com a subsunção de regras a casos fáceis (modo dedutivo). Na verdade, é possível situar a divergência entre estes autores (apenas) na forma de trabalhar os casos “não contemplados”, ou difíceis (em que a tal operação “lógico formal” seria insuficiente). Aí sim, enquanto Alexy nos apresenta os princípios como normas (na verdade, comandos otimizáveis), e visa à estruturação de sua aplicabilidade, Hart aposta suas fichas na discricionariedade judicial. (MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 169).



norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que consequentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo (*Urteilsvirbehalt*) em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistemas de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas.<sup>360</sup>

O professor Lenio Streck<sup>361</sup>, na obra *Verdade e Consenso*, acerca do Procedimento da Ponderação, se manifesta contrariamente ao mesmo com fulcro nos seguintes argumentos:

Penso, aqui, que o calcanhar de Aquiles da ponderação – e, portanto, das diversas teorias argumentativas (e suas derivações) – reside no deslocamento da hierarquização ‘ponderativa’ em favor da ‘subjetividade’ (assujeitadora) do intérprete, com o que a teoria da argumentação (para falar apenas desta), como sempre denunciou Arthur Kauffman, não escapa do paradigma da filosofia da consciência. Ou seja, independentemente das colorações assumidas pelas posturas que, de um modo ou de outro, deriva(ra)m da teoria da argumentação de Robert Alexy, o cerne da problemática está na continuidade da ‘delegação’ em favor da relação sujeito-objeto. Isso é assim porque a ponderação implica essa ‘escolha’ subjetiva. Daí a incompatibilidade com a circularidade hermenêutica, uma vez que o círculo atravessa o esquema sujeito-objeto (é através dele que se dá antecipação de sentido, impedindo qualquer interpretação em etapas). No fundo, volta-se, com a ponderação, ao problema tão criticado da discricionariedade, que, para o positivismo (por todos, Kelsen e Hart) é resolvido por delegação ao juiz. Assim, também nos casos difíceis dos quais falam as teorias argumentativas, a escolha do princípio aplicável ‘represtina’ a antiga ‘delegação positivista’ (na zona de penumbra, em Hart, ou no perímetro da moldura em Kelsen).

<sup>360</sup> MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 36.

<sup>361</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 177-179. O professor Lenio Streck continua: [...] Na sequência, em face da profunda alteração paradigmática ocorrida no campo do constitucionalismo, que introduziu princípios “trazendo de volta” o mundo prático expungido pelo positivismo, o mesmo problema se coloca novamente ao jurista: como resolver os casos difíceis? Em lugar da discricionariedade e dos mecanismos aptos para tal, as teorias procedurais de cariz argumentativo colocam a ponderação como modo de solucionar colisão de princípios (e de regras). Para tanto, Alexy, por exemplo, apresenta **a lei da colisão**, de onde se extraem critérios *prima facie* (para ele, as duas fórmulas, a subsunção – elaborada com as regras da lógica – e a ponderação – elaborada com as regras da aritmética -, permitem alcançar o mesmo nível de certeza). De forma destoante, entendo que a ponderação vem a ser o mecanismo exterior pelo qual se encobre o verdadeiro raciocínio (estruturante da compreensão). Por ela, encobre-se a seguinte questão: a de que não existe semântica perfeita e de que, enfim, não é possível a superposição de significados. E por que não existe a semântica perfeita? Porque não há a possibilidade de extrair analiticamente de enunciados qualquer sentido; nos enunciados é preciso um *a priori* para extrair sentidos. Definitivamente, não somos seres isomórficos” Assim, o “remédio” contra a ponderação é um remédio contra um mecanismo de encobrimento de um raciocínio que se faz incompleto, porque é sobre o equívoco de duas situações que se decidem sobre a ponderação, que, assim, retorna ao método. Disso se extrai que a ponderação, modo simples, acaba por repetir a ideia da subsunção; Mesmo que – como propõe Alexy – devam ser feitas fórmulas e critérios de hierarquização, isso não retira a ponderação – própria da teoria da argumentação – do velho problema da metodologia criticada (e superada) por Gadamer em *Verdade e Método*. (Ibid., p. 179-181).

A análise verticalizada das críticas ao procedimento da Ponderação será desenvolvida no item 4.3.7 do Capítulo n. 04 – a vulgata da ponderação em *terrae brasilis*. Alexy, no clássica obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, no tocante à lei de colisão e as críticas tecidas à mesma, manifesta-se no sentido de que tal modelo decisionista de sopesamento pode ser contraposto um modelo fundamentado. Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade do sopesamento leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes<sup>362</sup>.

Não se concorda com as críticas no sentido de que o procedimento da Ponderação de Robert Alexy repristina a discricionariedade em sentido forte tão denunciada por Dworkin, *data venia* aos que entendem em sentido diverso. Pelo contrário. A Ponderação confere racionalidade à decisão judicial, tornando-a controlável e previsível, o que vai ao encontro de um Direito Penal racional e democrático, ensejando, assim, a existência de um instrumento legitimador da limitação de direitos e garantias fundamentais individuais com o escopo de se combater a criminalidade moderna e se efetivar o extenso rol de direitos fundamentais de conteúdo coletivo e social. A caricatura do Procedimento da Ponderação é que conduz à repristinação da discricionariedade das teorias positivistas, campo fértil para arbitrariedades, perseguições e privilégios, assim como para a subjetividade do órgão decisório influenciar, decisivamente, o conteúdo da decisão judicial.

#### 4.3.3 A Máxima da Proporcionalidade

O **postulado normativo de aplicação da proporcionalidade**, com o escopo de gerar racionalidade e controle às decisões judiciais constitui-se, sem dúvida alguma, em condição de possibilidade para a produção de normas jurídicas harmônicas ao Estado Democrático de

---

<sup>362</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 165.

Direito. No julgamento do Habeas Corpus n. 104.410/RS, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, assim discorreu sobre o tema:

Sob o ponto de vista material, ressalvadas as garantias constitucionais especiais, o **princípio da proporcionalidade** oferece o parâmetro geral constitucional, segundo o qual a liberdade de ação pode ser restringida [cf. BVer Fge 75, 108 (154 S.); 80, 137 (153)]. Esse princípiotem um significado mais intenso no exame de um dispositivo penal, que, enquanto sanção mais forte à disposição do Estado, expressa em juízo de valor ético-social negativo sobre uma determinada ação do cidadão [cf. BVer fGE 25, 269 (286); 88, 203 (258)]. Se há previsão de pena privativa de liberdade, isso possibilita uma intervenção no direito fundamental da liberdade da pessoa, protegido pelo Art. 2 II 2 GG. A liberdade da pessoa, que a Grundgesetz caracteriza como ‘inviolável’, é um bem jurídico tão elevado que nele somente se pode intervir com base na reserva legal do Art. 2 II 3 GG, por motivos especialmente graves. Independentemente do fato de que tais interações também podem ser cogitadas sob determinados pressupostos, quando servirem para impedir que o atingido promova contra si próprio um dano pessoal maior [BVerGE 22, 180, (219); 58 (224 et seg.); 59, 275 (278); 60, 123 (132)], elas, em geral, somente são permitidas se a proteção de outros ou da comunidade assim o exigir, observando-se o princípio da proporcionalidade. Segundo esse princípio, uma lei que restringe o direito fundamental deve ser adequada e necessária para o alcance almejado. Uma lei é adequada se o propósito almejado puder ser promovido com o seu auxílio; é necessária se o legislador não puder selecionar um outro meio de igual eficácia, mas que não restrinja, ou que restrinja menos, o direito fundamental [cf. BVerfGE 30, 292 (316); 63, 88 (115); 67, 157 (173, 176)]<sup>363</sup>.

<sup>363</sup> Na avaliação da adequação e da necessidade do meio escolhido para o alcance dos objetivos buscados, como na avaliação e prognósticos a serem feitos, neste contexto, dos perigos que ameaçam o indivíduo ou a comunidade, cabe ao legislador uma margem (discricionária) de avaliação, a qual o Tribunal Constitucional Federal – dependendo da particularidade do assunto em questão, das possibilidades de formar um julgamento suficientemente seguro e dos bens jurídicos que estão em jogo – poderá revisar somente em extensão limitada (cf. BVerfGE 77, 170 (215); 88, 203 (262)). Além disso, numa ponderação geral entre a gravidade da intervenção e o peso, bem como as urgência dos motivos justificadores, deve ser respeitado o limite de exigibilidade para os destinatários da proibição [cf. BVerfGE 30, 292 (316); 67, 157 (178); 81, 70 (92)]. A medida não deve, portanto, onerá-lo excessivamente (proibição de excesso ou proporcionalidade em sentido estrito: cf. BVerfGGE 48, 396 (402); 83, I (19)). No âmbito da punibilidade estatal, deriva do princípio da culpa, que tem a sua base no Art. 1 I GG [cf. BVerfGE 45, 187 (228)], e do princípio da proporcionalidade, que deve ser deduzido do princípio do Estado de direito e dos direitos de liberdade, que a gravidade de um delito e a culpa do autor devem estar numa proporção justa em relação à pena. Uma previsão de pena não pode, quanto ao seu tipo e à sua extensão, ser inadequada em relação ao comportamento sujeito à aplicação da pena. O tipo penal e a consequência jurídica devem estar racionalmente correlacionados [cf. BVerfGE 54, 100 (108)]. É, em princípio, tarefa do legislador determinar de maneira vinculante o âmbito da ação punível, observando a respectiva situação em seus pormenores. **O Tribunal Constitucional Federal não pode examinar a decisão do legislador no sentido de se verificar se foi escolhida a solução mais adequada, mais sensata ou mais justa.** Tem apenas que zelar para que o dispositivo penal esteja materialmente em sintonia com as determinações da Constituição e com os princípios constitucionais não escritos, bem como para que corresponda às decisões fundamentais da Grundgesetz [cf. BVerfGE 80, 244 (255)]. No caso, o *Bundesver fassungsgesicht*, após analisar uma grande quantidade de dados e argumentos sobre o tema, reconhece que ainda não estaria concluída, à época, a discussão político-criminal a respeito da melhor alternativa par se alcançar a redução do consumo de *canabis* poderia: por meio da penalização ou da liberação da conduta. E, justamente devido à incerteza quanto ao efetivo grau de periculosidade social do

consumo de *canabis* e à polêmica existente, tanto no plano científico como no político-social, em torno da eficácia da intervenção por meio do direito penal, é que não se poderia reprovar, do ponto de vista de sua constitucionalidade, a avaliação realizada pelo legislador, naquele estágio de conhecimento, a respeito da adequação e da necessidade da medida penal. Assim, admite o Tribunal que, “se o legislador nesse contexto se fixa na interpretação de que a proibição geral de *canabis* sancionada criminalmente afastaria um número maior de consumidores em potencial do que a suspensão da previsão de pena e que, portanto, seria mais adequada para a proteção de bens jurídicos, isto deve ser tolerado constitucionalmente, **pois o legislador tem a prerrogativa de avaliação e de decisão na escolha entre diversos caminhos potencialmente apropriados para o alcance do objetivo de uma lei (BVerfGE 90, 145, 1994)**”. Dessa forma, não se pode deixar de considerar que, no âmbito desse denominado controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*), assumem especial relevo as técnicas procedimentais postas à disposição do Tribunal e destinadas à verificação dos fatos e prognoses legislativos, como a admissão de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, previstas em nosso ordenamento jurídico pela Lei 9868/99. Em verdade, como venho afirmando em estudos doutrinários sobre o tema, no controle abstrato de normas não se procede apenas a um simples contraste entre a disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também, aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional. Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal (Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 471 e segs.). No âmbito do controle de constitucionalidade em matéria penal, deve o Tribunal, na maior medida possível, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador para a confecção de determinada política criminal, pois é este conhecimento dos dados da realidade – os quais serviram de pressuposto da atividade legislativa – **que lhe permitirá averiguar se o órgão legislador utilizou-se de sua margem de ação de maneira sustentável e justificada**. No terceiro nível, o controle material intensivo (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*) aplica-se às intervenções legislativas que, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a vida e a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle rígido por parte do Tribunal, **como base no princípio da proporcionalidade em sentido estrito**. Assim, quando esteja evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância. Essa fase do controle foi efetivamente definida na citada decisão *Mitbestimmungsgesetz* (BVerfGE 50, 290), mas já havia ficado explicitada na célebre decisão *Apothekenurteil* (BVerfGE 7, 377, 1958), em que se discutiu o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de profissão. Na ocasião, o Tribunal fixou seu entendimento: “As limitações ao poder regulamentar, que são derivadas da observância do direito fundamental, são mandamentos constitucionais materiais que são endereçados, em primeira linha, ao próprio legislador. Sua observância deve ser, entretanto, fiscalizada pelo Tribunal Constitucional Federal. Se uma restrição da livre escolha profissional estiver no ‘último degrau’ (dos pressupostos objetivos de sua admissão), o Tribunal Constitucional Federal deve primeiro examinar se um bem jurídico coletivo prevalente está ameaçado e se a regulamentação legislativa pode mesmo servir à defesa contra esse perigo. Ele deve, além disso, também examinar se justamente a intervenção perpetrada é inevitavelmente ordenada para a proteção do referido bem; em outras palavras, se o legislador não poderia ter efetivado a proteção com regulamentações de um ‘degrau’ anterior. Contra um exame no último sentido supra declinado objetou-se que ele ultrapassaria a competência de um Tribunal, pois um Tribunal não poderia avaliar se uma medida legislativa certa seria ordenada, vez que ele não poderia saber se haveria outros meios igualmente eficazes e se eles poderiam ser realizados pelo legislador. Isso só poderia ser feito quando se conhecem não somente todas as relações sociais a serem ordenadas, como também as possibilidades da legislação. Essa concepção, que pretende, principalmente a partir de considerações pragmáticas, limitar a competência do Tribunal Constitucional Federal é, por vezes, teoricamente fundamentada com a informação de que o Tribunal, por causa da utilização de uma ampla competência de exame, **interferiria na esfera do legislador, e com isso se chocaria com o princípio da divisão de poderes. O Tribunal Constitucional não pode concordar com essa posição**. Ao Tribunal foi atribuída a proteção dos direitos fundamentais em face do legislador. Quando da interpretação de um direito fundamental resultarem limites ao legislador, o Tribunal deve poder fiscalizar a observância deles por parte dele, legislador. **Ele não pode subtrair-se à esta tarefa se não quiser, na prática, desvalorizar em grande parte os direitos fundamentais e acabar com a sua função atribuída pela Grundgesetz**. A exigência frequentemente feita nesse contexto segundo o qual o legislador deveria, entre vários meios igualmente adequados, livremente

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 3, define os objetivos a serem atingidos por nosso país. Tais objetivos vinculam, necessariamente, o sentido a ser conferido ao texto constitucional. A Carta Magna abarca uma pluralidade de interesses, o que é inerente à Constituição democrática ou promulgada como é a brasileira. Assim sendo, no cumprimento da determinação constitucional no sentido de proteção e de efetivação de direitos e garantias fundamentais com escopo de concretizar ou materializar os objetivos traçados no plano constitucional, múltiplas colisões de direitos fundamentais ocorrerão. O **postulado normativo da proporcionalidade** constitui, em nosso entendimento, o vetor interpretativo do texto constitucional a conferir (i) legitimidade à restrição ou efetivação de direitos e garantias fundamentais. O postulado da proporcionalidade cresce em importância no Direito Brasileiro. Cada vez mais ele serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público. O professor Humberto Ávila<sup>364</sup>, assim se manifesta sobre a proporcionalidade:

---

*decidir, não resolveria o problema ora em pauta. Tal exigência tem em vista o caso (normal) de um direito fundamental que não se constitui de uma área de proteção gradual (como, p. ex., na decisão BVerfGE 2, 266). Nesse caso, o legislador encontra-se, entretanto, dentro de determinados limites, livre para a escolha entre várias medidas legislativas igualmente adequadas, vez que elas todas atingem o mesmo direito fundamental em seu conteúdo único e não diferenciado. Não obstante, em se tratando de um direito fundamental que encerra em si zonas mais fortes e mais fracas de proteção da liberdade, torna-se necessário que a jurisdição constitucional verifique se os pressupostos para uma regulamentação estão presentes no degrau onde a liberdade é protegida ao máximo. Em outras palavras, necessário se faz que se possa avaliar se medidas legislativas no degrau inferior não teriam sido suficientes, ou seja, se deste modo a intervenção perpetrada fosse 'inexoravelmente obrigatória'. Se se quisesse deixar ao legislador também a escolha entre os 'meios igualmente adequados', que correspondessem a degraus diferentes uns dos outros, isso acarretaria que justamente intervenções que limitem ao máximo o direito fundamental seriam, em razão de seu efeito muito eficaz para o alcance da meta almejada, as mais frequentes escolhidas e seriam aceitas sem exame. Uma proteção efetiva da área de liberdade, que o Art. 12 I GG pretende proteger com mais ênfase, não seria, destarte, mais garantida". Nesse terceiro nível, portanto, o Tribunal examina se a medida legislativa interventiva em dado bem jurídico é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes. **O controle é mais rígido, pois o Tribunal adentra o próprio exame da ponderação de bens e valores realizados pelo legislador.** Assim, no exercício do controle materia intensivo, o Tribunal verifica se a medida penal – que *prima facie* constitui uma intervenção em direitos fundamentais – **mantém uma relação de proporcionalidade com as metas fixadas pela política criminal, destinadas, ao fim e ao cabo, à promoção da segurança e da incolumidade públicas, enfim, da paz social.** Estou certo de que essas devem ser as premissas para a construção de um modelo rígido de controle de constitucionalidade de leis em matéria penal, **tendo em vista a proteção dos direitos e garantias fundamentais. O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) – e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) -, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.** Palavras do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Habeas Corpus n. 104.410/RS. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 104.410 Rio Grande do Sul*. Pacte.(s): Aldori Lima ou Aldori de Lima. Impte.(s) :Defensoria Pública da União. Proc.(a/s)(es): Defensor Público-Geral Federal. Coator(a/s)(es): Relator do Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 984616 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 6 mar. 2013.*

<sup>364</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 161-62. Segundo Humberto Ávila, a proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja

aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável. Se não houver uma relação meio/fim devidamente estruturada, então – nas palavras de Hartmut Maurer – cai o exame da proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, no vazio (Hartmut Maurer, *Staatsrecht*, p. 234 e 235). O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito). Sem uma relação meio/fim não se pode realizar o exame do postulado da proporcionalidade, pela falta dos elementos que o estruturam. Nesse sentido, importa investigar o significado de *fim*: fim consiste num ambicioso resultado concreto (extrajurídico); um resultado que possa ser concebido mesmo na ausência de normas jurídicas e de conceitos jurídicos, tal como obter, aumentar ou extinguir bens, alcançar determinados estados ou preencher determinadas condições, dar causa a ou impedir a realização de ações (Klaus Vogel e Christian Waldhoff, *Grundlagen des Finanzverfassungsrechts: Sonderausgabe des Bonner Kommentars zum Grundgesetz – Vorbemerkungen zu Art. 104<sup>a</sup> bis 115 GG* -, número de margem 480, p. 310). Como se vê, a aplicabilidade do postulado da proporcionalidade depende de uma relação de causalidade entre meio e fim. Se assim é, sua força estruturadora reside na forma como podem ser precisados os efeitos da utilização do meio e de como é definido o fim justificativo da medida. Um meio cujos efeitos são indefinidos e um fim cujos contornos são indeterminados, se não impedem a utilização da proporcionalidade, **certamente enfraquecem seu poder de controle sobre os atos do Poder Público** (grifo nosso). *Fim* significa um estado desejado de coisas. **Os princípios estabelecem, justamente, o dever de promover fins** (grifo nosso). Para estruturar a aplicação do postulado da proporcionalidade é indispensável a determinação progressiva do fim. Um fim vago e indeterminado pouco permite verificar se ele é, ou não, gradualmente promovido pela adoção de um meio. Mais do que isso, dependendo da determinação do fim, os próprios exames se modificam; uma medida pode ser adequada, ou não, uma função da própria indeterminabilidade do fim. Há fins e fins no Direito. Pode-se, em razão disso, fazer uma distinção entre fins internos e fins externos. Os fins internos estabelecem um resultado a ser alcançado que reside na própria pessoa ou situação objeto de comparação e diferenciação. A comparação entre duas pessoas em razão de sua capacidade econômica demonstra uma relação próxima entre a medida (capacidade econômica) e o fim almejado (cobrança de tributos). A mesma relação existe quando se relaciona a *culpa* com a *pena* ou a *taxa* com a *retribuição*: a pena deve ser correspondente à culpa; a taxa deve corresponder à contraprestação. O decisivo é que os fins internos exigem determinadas medidas de apreciação que se relacionam com as pessoas ou situações, e devem realizar uma propriedade que seja relevante para determinado tratamento. Daí a razão pela qual se faz referência a medidas de justiça ou juízos de justiça: a capacidade contributiva é tanto medida, pois consiste em critério para a tributação justa, quanto fim, pois estabelece algo cuja existência fundamenta a própria realização da igualdade. A capacidade contributiva não causa a justiça da tributação; e o *meio* e o *fim* confundem-se, em razão de não poderem ser concretamente discernidos. Como consequência disso, o exame de igualdade do ponto de vista de um fim interno e uma medida de justiça exige tão-somente um exame de correspondência. Os fins externos estabelecem resultados que não são propriedades ou características dos sujeitos atingidos, mas que se constituem em finalidades atribuídas ao Estado, e que possuem uma dimensão extrajurídica (Klaus Vogel e Christian Waldhoff, *Grundlagen des Finanzverfassungsrechts*: número de margem 480, p. 310). Por isso, podem-se separar duas realidades que se diferenciam no plano concreto: a relação entre meio e fim é uma relação entre causa e efeito. Os fins externos são aqueles que podem ser empiricamente dimensionados, de tal sorte que se possa dizer que determinada medida seja meio para atingir determinado fim (relação causal). Os fins sociais e econômicos podem ser qualificados de fins externos, como o são a praticabilidade administrativa, o planejamento econômico específico, a proteção ambiental. Quando houver um fim específico a ser atingido pode-se considerar o meio como causa da realização do fim. Nessa hipótese o exame admite controle de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Justamente nesse ponto é preciso separar a proporcionalidade dos outros postulados ou princípios hermenêuticos. O postulado da proporcionalidade não se confunde com o da *justa proporção*: enquanto esse exige uma realização proporcional de bens que se entrelaçam numa dada relação jurídica, independentemente da existência de uma restrição decorrente de medida adotada para atingir um fim externo, **o postulado da proporcionalidade exige adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de uma medida havida como meio para atingir um fim empiricamente controlável** (grifo nosso). O postulado da proporcionalidade não se identifica com o da *ponderação de bens*: esse último exige a atribuição de uma dimensão de importância a valores que se imbricam, sem que contenha qualquer determinação quanto ao modo como deve ser feita essa ponderação, **ao passo que o postulado da proporcionalidade contém exigências precisas em relação à estrutura de raciocínio a ser empregada no ato de aplicação** (grifo nosso). O postulado da proporcionalidade não é

O **postulado da proporcionalidade** não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo dos direitos fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?). Nesse sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Se um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em ser caráter trifásico. Existe aparente clareza quanto à circunstância de o postulado da proporcionalidade exigir o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Os meios devem ser adequados para atingir o fim. Mas em que consiste, precisamente, a *adequação*? Os meios escolhidos devem ser necessários dentre aqueles disponíveis. Mas o que significa ser *necessário*? As vantagens da utilização do meio devem superar as desvantagens. Mas qual o sentido de *vantagens* e relativamente ao *quê* e a *quem* elas devem ser analisadas? Enfim, os três exames envolvidos na aplicação da proporcionalidade só aparentemente são incontroversos. **Sua aplicação revela problemas que devem ser esclarecidos, sob pena de a proporcionalidade, que foi concebida para combater a prática de atos arbitrários, funcionar, paradoxalmente, como subterfúgio para a própria prática de tais atos** (Grifo nosso).

#### 4.3.4 Discricionariiedade e a Ponderação

Inicia-se o tema *discricionariiedade e a ponderação* ressaltando que, **aquilo que as normas de uma constituição nem obrigam nem proíbem é abarcado pela discricionariiedade estrutural do legislador**. No tocante à discricionariiedade estrutural do legislador, o professor Robert Alexy ensina que há três tipos de discricionariiedade estrutural: a discricionariiedade para definir objetivos, a discricionariiedade para escolher meios e a discricionariiedade para sopesar.

---

igual ao da *concordância prática*: esse último exige a realização máxima de valores que se imbricam, também sem qualquer referência ao modo de implementação dessa otimização, **enquanto a proporcionalidade relaciona o meio relativamente ao fim, em função de uma estrutura racional de aplicação** (grifo nosso). O postulado da proporcionalidade não se confunde com o da *proibição de excesso*: esse último veda a restrição da eficácia mínima de princípios, mesmo na ausência de um fim externo a ser atingido, **enquanto a proporcionalidade exige uma relação proporcional de um meio relativamente a um fim** (grifo nosso). O postulado da proporcionalidade não se identifica com o da *razoabilidade*: esse exige, por exemplo, a consideração das particulares individuais dos sujeitos atingidos pelo ato de aplicação concreta do Direito, sem qualquer menção a uma proporção entre meios e fins. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 161-165).

Sobre a discricionariedade para definir objetivos, Alexy<sup>365</sup> assim discorre:

Diante de um direito fundamental, o legislador tem uma discricionariedade para definir objetivos se esse direito contiver uma autorização de intervenção que ou deixe em aberto as razões para a intervenção ou, embora mencione essas razões, apenas permita, mas não obrigue, a intervenção se essas razões estiverem presentes. No primeiro caso o legislador pode decidir ele próprio se ele quer intervir no direito fundamental em razão de que finalidades, objetivos ou princípios. No segundo caso o legislador cabe pelo menos a decisão sobre encampar os fins, objetivos e princípios elencados no dispositivo constitucional e sobre a própria oportunidade da intervenção. A discricionariedade para definir objetivos tem sua maior extensão nos casos em que o legislador pode ele mesmo escolher os objetivos que irão justificar sua intervenção. Finalidades no âmbito da discricionariedade para definir objetivos são, em geral, interesses coletivos. Se um direito individual é suscitado como razão para a restrição de um direito fundamental, então, há princípios constitucionais em ambos os lados. Nesse caso, não há nenhuma discricionariedade para definir objetivos.

A segunda espécie de discricionariedade – a discricionariedade para escolher meios – entra em cena quando normas de direitos fundamentais não apenas proíbem intervenções, como também exigem ações positivas, como, por exemplo, a concessão de uma proteção. Essa discricionariedade decorre da estrutura dos deveres positivos. Sobre o tema, Alexy<sup>366</sup> vale-se de um exemplo extremamente adequado para demonstrar a legitimidade da expansão ou modernização do Direito Penal, vejamos: “se é obrigatório salvar alguém que se afoga, e se isso é possível tanto por meio de um salvamento direto a nado, quanto por meio do lançamento de uma bóia de salvamento, quanto com o auxílio de um bote, então, do dever de salvar não decorre a obrigação de se utilizar dessas três possibilidades”. O dever é cumprido se o salvamento é alcançado por meio de um dos três caminhos. Alexy<sup>367</sup> assim conclui acerca da discricionariedade para escolher meios:

A discricionariedade para escolher meios não suscita problemas se os diferentes meios forem aproximadamente adequados para realizar ou fomentar a finalidade e se não tiverem nenhum ou praticamente nenhum efeito negativo em outras finalidades ou princípios. Mas isso é diferente nos casos em que os diversos meios fomentarem a finalidade em graus distintos, ou se for incerto em que grau eles o fazem, ou se tiverem efeitos negativos em diferentes graus nas outras finalidades ou em outros princípios ou, ainda, se for incerto em que grau isso ocorre. Nesses casos, **a decisão depende de sopesamentos e da possibilidade de identificar os respectivos graus de**

<sup>365</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 586-587.

<sup>366</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 586.

<sup>367</sup> *Ibid.*, p. 587.



**fomento e de prejuízo em relação a outras finalidades e princípios. Isso suscita novos problemas relacionados à discricionariedade.**

A principal crítica ao procedimento da ponderação estrutura por Robert Alexy é a objeção frequentemente suscitada contra a teoria dos princípios com base na argumentação de que a ideia de otimização está associada à concepção de um ponto máximo, e avança na afirmação de que isso excluiria uma discricionariedade estrutural para sopesar<sup>368</sup>. Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Uma das teses centrais da “Teoria dos Direitos Fundamentais” **é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade**, com suas três máximas parciais – as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -, e que a recíproca também é válida, ou seja, que da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais. Alexy<sup>369</sup> destaca que essas três máximas define aquilo que deve ser compreendido por “otimização” na teoria dos princípios. A questão acerca da incompatibilidade da otimização com a ideia de constituição como moldura é, portanto, equivalente à questão acerca dessa incompatibilidade em relação à máxima da proporcionalidade. Para responder a essa pergunta, é necessário antes um breve exame das máximas da adequação e da necessidade.

#### 4.3.5 Adequação e Necessidade

Humberto Ávila<sup>370</sup>, sobre a adequação, manifesta-se no seguinte sentido:

---

<sup>368</sup> Lerche afirma que se compreendidos como mandamentos de otimização, os princípios estão “vinculados ao máximo alcançável dadas as circunstâncias (jurídicas e fáticas)”, e, “nesse sentido, *in nuce*, a um ponto ideal” (Peter Lerche, “Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?”, in Joachim Burmeister (org), *Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, München: Beck, 1997. p. 205). “Em face de seus conteúdos amplos e continuamente em movimento e *em colisão*”, isso significaria uma “sujeição intensa e fundamental do legislador ao ponto ‘máximo’ alcançável”. Para tanto faltaria uma “legitimação interna”. Em sentido semelhante são as considerações de Scherzber. Segundo ele, enquanto mandamentos de otimização, os direitos fundamentais permitiriam “apenas aquelas soluções de colisões que – implicassem – a máxima realização possível de todos os bens de direitos fundamentais envolvidos”. Afora algumas raras exceções, “do ponto de vista da estrutura das normas, isso excluiria uma discricionariedade decisória” (Arno Scherzber, *Grundrechtsschutz und “Eingriffsintensität”*, Berlin: Duncker & Humblot, 1989. p. 174). A tese do ponto máximo implica a existência de uma única resposta correta no âmbito dos princípios. Se a isso se adiciona que o âmbito dos princípios de direitos fundamentais é eliminado, em virtude da liberdade geral de ação, do enunciado geral de igualdade e de seu efeito irradiador por todo o sistema jurídico, então, fica claro que a objeção à ideia de ponto máximo nada mais é que uma variante especial, aplicada à otimização, da crítica baseada na ideia de genoma jurídico, feita por Forsthoff (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 587-588).

<sup>369</sup> Ibid., p. 588.

<sup>370</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 165-170. Humberto Ávila, sobre a adequação, continua: essas ponderações remtem à

---

seguinte e importante pergunta: A Administração e o legislador tem o dever de escolher o *mais intenso*, o *melhor* e o *mais seguro* meio para atingir o fim, ou tem o dever de escolher um meio que “simplesmente” promova o fim? A Administração e o legislador tem o dever de escolher um meio que simplesmente promova o fim. Várias razões levam a essa conclusão. Em primeiro lugar, nem sempre é possível – ou, mesmo, plausível – saber qual, dentre todos os meios igualmente adequados, é o mais intenso, melhor e mais seguro na realização do fim. Isso depende de informações e de circunstâncias muitas vezes não disponíveis para a Administração. A Administração Pública ficaria inviabilizada, e a promoção satisfatória de seus fins também, se tivesse que, para tomar cada decisão, por mais insignificante que fosse, avaliar todos os meios possíveis e imagináveis para atingir um fim. **Em segundo lugar, o princípio da separação dos Poderes exige respeito à vontade objetiva do Poder Legislativo e do Poder Executivo** (grifo nosso). A liberdade da Administração seria previamente reduzida se, posteriormente à adoção da medida, o aplicador pudesse dizer que o meio escolhido não era o mais adequado. **Um mínimo de liberdade de escolha é inerente ao sistema de divisão de funções** (grifo nosso). Em terceiro lugar, a própria exigência de racionalidade na interpretação e aplicação das normas impõe que se analisem todas as circunstâncias do caso concreto. A imediata exclusão de um meio que não é o *mais intenso*, o *melhor* e o *mais seguro* para atingir o fim impede a consideração a outros argumentos que podem justificar a escolha. Esses outros argumentos não devem, por isso, ser analisados no exame de adequação, mas no exame de proporcionalidade em sentido estrito, como será adiante demonstrado. Até o momento, basta conhecer que o Poder Executivo e o Poder Legislativo devem escolher um meio que promova minimamente o fim, mesmo que esse não seja o mais intenso, o melhor, nem o mais seguro. Para responder à segunda pergunta (Como deve ser analisada a relação de adequação?) é necessário verificar em quais aspectos pode ser analisada a adequação. A adequação pode ser analisada em três dimensões: abstração/concretude; generalidade/particularidade; antecedência/posteridade. Na primeira dimensão (abstração/concretude) pode-se exigir a adoção de uma medida que seja abstratamente adequada para promover o fim. A medida será adequada se o fim for *possivelmente* realizado com sua adoção. Se o for, de fato, realizado, é impertinente. Ou pode-se exigir a adoção de uma medida que seja concretamente adequada para promover o fim. A medida será adequada somente se o fim for efetivamente realizado no caso concreto. Na segunda dimensão (generalidade/particularidade) pode-se exigir a adoção de uma medida que seja abstratamente adequada para promover o fim. A medida será adequada se o fim for *possivelmente* realizado com sua adoção. Mesmo que exista um grupo não atingido, ou casos em que o fim não foi realizado com aquela medida, só por isso ela não será considerada inadequada. Pode-se, ainda, exigir a adoção de uma medida que seja individualmente adequada para promover o fim. A medida será adequada somente se todos os casos individuais demonstrarem a realização do fim. Na terceira dimensão (antecedência/posteridade) pode-se exigir a adoção de uma medida que seja adequada no momento em que foi adotada. A medida será adequada se o administrador avaliou e projetou bem a promoção do fim no momento da adoção da medida. Se a avaliação do administrador revelou-se equivocada em momento posterior, e com informações somente disponíveis mais tarde, é impertinente. Pode-se, ainda, exigir a adoção de uma medida que seja adequada no momento em que ela vai ser julgada. A medida será adequada se o julgador, no momento da decisão e depois que ela for adotada, verificar que a medida promove o fim. Se a avaliação do administrador revelou-se equivocada em momento posterior, e com informações disponíveis mais tarde, ela deverá ser anulada. Em face dessas considerações, faz-se necessário saber o que significa *adotar uma medida adequada*. Uma resposta categórica é inviável, em face da multiplicidade de modos de atuação do Poder Público. Mesmo assim, pode-se propor uma resposta em que predomina o valor heurístico, isto é, uma resposta que funciona como hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos (H. Schepers, *Heuristik, Historisches Worterbuch der Philosophie*, v. 3, p. 1119). Nesse sentido, pode-se afirmar que nas hipóteses em que o Poder Público está atuando para uma generalidade de casos – por exemplo, quando edita atos normativos – a medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim. Em qualquer das duas hipóteses, a adequação deverá ser avaliada no momento da escolha do meio pelo Poder Público, e não em momento posterior, quando essa escolha é avaliada pelo julgador. Isso porque a qualidade da avaliação e da projeção – e, portanto, a atuação da Administração – deve ser averiguada de acordo com as circunstâncias existentes no momento dessa atuação. É imperioso lembrar que o exame da proporcionalidade exige do aplicador uma análise em que preponderam juízos do tipo probalísticos e indutivo (Gino Scaccia, *Gli Strumenti*, p. 20). Essas ponderações são relevantíssimas do ponto de vista prático. [...] Até aqui, é suficiente registrar que a adequação do meio escolhido pelo Poder Público deve ser julgada mediante a consideração das circunstâncias existentes no momento da escolha e de acordo com o modo como contribui para a promoção do fim. Para responder à terceira pergunta (Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pela Administração?) é imprescindível analisar dois níveis de controle: o controle forte e um controle fraco. Num modelo forte de controle qualquer demonstração de que o meio não promove a

A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual doo fim. A compreensão da relação entre meio e fim exige respostas a três perguntas fundamentais: O que significa um meio ser adequado à realização de um fim? Como deve ser analisada a relação de adequação? Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo Poder Público? Para responder à primeira pergunta (O que significa um meio ser adequado à realização de um fim?) **é preciso analisar as espécies de relação existentes entre os vários meios disponíveis e o fim que se deve promover**. Pode-se analisar essa relação em três aspectos: quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probalístico (certeza) (Ota Weinberger, *Rechtslogik*, 2 ed., pág. 287. Sobre a proporcionalidade, cf., por todos, a notável obra de Laura Clérico, *Die Struktur*, p. 26 e ss). Em termos quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim de que outro meio. E, em termos probalísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio. Isso significa que a comparação entre os meios que o legislador ou administrador terá de escolher nem sempre se mantém em um mesmo nível (quantitativo, qualitativo ou probalístico), como ocorre na comparação entre um meio mais fraco e outro mais forte, entre um meio pior e outro melhor, ou entre um meio menos certo e outro mais certo para a promoção do fim. A escolha da Administração na compra de vacinas para combater uma epidemia pode envolver a comparação entre uma vacina que acaba com todos os sintomas da doença (superior em termos quantitativos) mas que não tem eficácia comprovada para a maioria da população (inferior em termos probalísticos) e outra vacina que, apesar de curar apenas os principais efeitos

---

realização do fim é suficiente para declarar a invalidade da atuação administrativa. Num modelo fraco apenas uma demonstração objetiva, evidente e fundamentada pode conduzir à declaração de invalidade da atuação administrativa concernente à escolha de um meio para atingir um fim. Pois bem, qual desses modelos está, de modo mais plausível, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro? O modelo fraco de controle, pelos seguintes motivos. Em primeiro lugar, **o princípio da separação dos Poderes exige um mínimo de autonomia e independência no exercício das funções legislativa, administrativa e judicial. Assegurado um mínimo de liberdade para o legislador e para o administrador, não é dado ao julgador escolher o melhor meio sem um motivo manifesto de inadequação do meio eleito pela Administração para escolher o fim** (grifo nosso). O exame do entrecruzamento entre o dever de preservar a liberdade do legislador e o dever de proteger direitos fundamentais do administrado revela abstratamente uma encruzilhada em que se **resguarda um âmbito mínimo de liberdade para o legislador e para o administrador** (grifo nosso). Somente uma comprovação cabal da inadequação permite a invalidação da escolha do legislador ou administrador. Essas considerações levam ao entendimento de que **o exame da adequação só redundará na declaração da invalidade da medida adotada pelo Poder Público nos casos em que a incompatibilidade entre o meio e o fim for claramente manifesta** (grifo nosso). Caso contrário deve prevalecer a opção encontrada pela autoridade competente. Em função disso entende-se por que o Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha refere-se aos controles de evidência (*Evidenzkontrolle*) e da justificabilidade (*Vertreterbarkeitskontrolle*). Para preservar a prerrogativa funcional do Poder Legislativo e do Poder Executivo, o Poder Judiciário só opta pela anulação das medidas adotadas pelos outros Poderes se sua inadequação for *evidente* e não for, de qualquer modo plausível, *justificável*. Fora esses casos, a escolha feita pelos outros Poderes deve ser mantida, em atenção ao princípio da separação dos Poderes. Uma mera má projeção, por si só, não leva à invalidade do meio escolhido. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra, de um lado, a exigência de evidência na declaração de invalidade de uma medida por ser ela inadequada e, de outro, a circunstância de o exame de adequação – como, de resto, de qualquer postulado – sempre envolver a violação de algum princípio constitucional. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 165-170).

da doença (inferior em termos quantitativos), já teve sua eficácia comprovada em outras ocasiões (superior em termos probalísticos).

Ávila, sobre a necessidade, assim se manifesta:

O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Nesse sentido, o exame envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, *o exame da igualdade de adequação dos meios*, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, *o exame do meio menos restritivo*, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados. O exame da igualdade de adequação dos meios envolve a comparação entre os efeitos da utilização dos meios alternativos e os efeitos do uso do meio adotado pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo. A dificuldade desse exame reside no fato de que os meios promovem os fins em vários aspectos (qualitativo, quantitativo, probalístico). Um meio não é, de todos os pontos de vista, igual a outro. Em alguma medida, e sob algum ponto de vista, os meios diferem entre si na promoção do fim. Uns promovem o fim mais rapidamente, outros mais vagarosamente; uns com menos dispendidos, outros com mais gastos; uns são mais certos, outros mais incertos; uns são mais simples, outros mais complexos; uns são mais fáceis, outros mais difíceis, e, assim, sucessivamente (Georg von Wright, *Rationalität: Mittel und Zwecke, Normen, Werte und Handlungen*, p. 126). Além disso, a distinção entre os meios serpa em alguns casos evidente; em outros, obscura. Por último, mas não por fim: alguns meios promovem mais o fim em exame, e também os outros com ele relacionados, enquanto outros meios promoverão em menor intensidade o fim em exame, mas com mais intensidade outros cuja promoção também é determinada pelo ordenamento jurídico<sup>371</sup> (Laura Clérico, *Die Struktur*, p. 85).

<sup>371</sup> Diante disso, surge a indagação: os meios devem ser comparados em *todos os aspectos*, ou em *alguns aspectos*? Se em *alguns aspectos*, então quais? A resposta a essa questão deve ser buscada nos mesmos fundamentos antes referidos, **especialmente no princípio da separação dos Poderes** (grifo nosso). Se fosse permitido ao Poder Judiciário anular a escolha do meio porque ele, em algum aspecto e sob alguma perspectiva, não promove o fim da mesma forma que outros hipoteticamente aventados, a rigor nenhum meio resistiria ao controle de necessidade, pois sempre é possível imaginar, indutiva e probalisticamente, algum meio que promova, em algum aspecto e em alguma medida, melhor o fim do que aquele inicialmente adotado. **Nesse sentido, deve-se respeitar a escolha da autoridade competente, afastando-se o meio se ele for manifestamente menos adequado que outro.** Os princípios da legalidade e da separação dos Poderes o exigem. Em face das ponderações precedentes, fica claro que a verificação do meio menos restritivo deve indicar o meio mais suave, em geral e nos casos evidentes. Na hipótese de normas gerais o meio necessário é aquele mais suave ou menos gravoso relativamente aos direitos fundamentais colaterais, para a média dos casos. Mesmo nos atos gerais pode-se, em casos excepcionais e com base no postulado da razoabilidade, anular a regra geral por atentar ao dever de considerar minimamente as condições pessoais daqueles atingidos. Na hipótese de atos individuais, em que devam ser consideradas as particularidades pessoais e as circunstâncias do caso concreto, o meio necessário será aquele no caso concreto. O Supremo Tribunal Federal tem aplicado o exame de necessidade. A 1 Turma do Tribunal deferiu pedido de *habeas corpus* impetrado pelo paciente que seria o pai presumido de menor nascido na constância de seu casamento, que respondia à ação ordinária de reconhecimento de filiação combinada com retificação de registro movida por terceiro que se pretendia pai biológico da criança. O impetrante usou do *habeas corpus* para se livrar do constrangimento de ser submetido ao teste de DNA. Neste caso sustentou-se que a investigação de

#### 4.3.6 Proporcionalidade em Sentido Estrito

A proporcionalidade em sentido estrito exerce um papel de *intonia fina* (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão. Ao lado da ideia da *proibição do excesso* tem a Corte Constitucional alemã apontado a lesão ao princípio da *proteção insuficiente*. O desdobramento do postulado da proporcionalidade em *proibição de excesso* e *proibição de proteção deficiente* constitui um dos sustentáculos da análise acerca da legitimidade ou ilegitimidade da expansão ou modernização do Direito Penal.

Humberto Ávila, manifesta-se no seguinte sentido acerca da proporcionalidade em sentido estrito:

O exame da proporcionalidade sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: **O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?** (grifo nosso). Ou, de outro modo: **As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio?** (grifo nosso). A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada? Trata-se, como se pode perceber, de um exame complexo, **pois o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será contado como desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva.** (grifo nosso). Normalmente um meio é adotado para atingir uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo (proteção do meio ambiente, proteção dos consumidores), e sua adoção causa, como efeito colateral, restrição a direitos fundamentais do cidadão.

---

paternidade poderia ser feita sem a participação do paciente, eis que o autor da ação poderia ele mesmo fazer o teste de DNA. O Tribunal considerou que o meio alternativo (exame de DNA pelo autor da ação de investigação de paternidade) seria menos restritivo que aquele escolhido pelo Julgador *a quo* (exame de DNA pelo réu da ação de investigação de paternidade). Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional lei que previa a obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás à vista do consumidor, não só por impor um ônus excessivo às companhias, que teriam de dispor de uma balança para cada veículo, mas também porque a proteção dos consumidores poderia ser preservada de outra forma, menos restritiva (STF, Tribunal Pleno, MC na ADI 855-2-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 1.7.1993, DJU, 1.10.1993, pág. 20.212). Nesse caso a medida foi declarada inconstitucional, porque existiam outras medidas menos restritivas aos direitos fundamentais atingidos, como a fiscalização por amostragem. O exame da necessidade não é, porém, de modo algum singelo. Isso porque, como foi mencionado, a comparação do grau de restrição dos direitos fundamentais e do grau de promoção da finalidade preliminarmente pública pode envolver certa complexidade. Quando são comparados meios cuja intensidade de promoção do fim é a mesma, só variando o grau de restrição, fica fácil escolher o meio menos restritivo. Os problemas começam, porém, quando os meios são diferentes não só no grau de restrição dos direitos fundamentais, mas também no grau de promoção da finalidade. **Como escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental?** (grifo nosso). A **ponderação** entre o grau de restrição e o grau de promoção é inafastável. Daí a necessidade de que o processo de ponderação, como já foi afirmado, envolva o esclarecimento do que está sendo objeto de ponderação, da ponderação propriamente dita e da reconstrução posterior da ponderação. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 170-173).

#### 4.3.7 A Vulgata da Ponderação em Terrae Brasilis

O Procedimento da ponderação, estruturado por Robert Alexy, tem sido objeto de inúmeras críticas, tanto no Brasil quanto no exterior. Alguns doutrinadores destacam que a ponderação tem ripristinado a discricionariedade em sentido forte, características das teorias positivistas. Por vezes, em artigos, livros, entrevistas ou julgamentos, os juízes (singularmente ou por intermédio de acórdãos nos Tribunais) deixam “claro” que estão julgando “de acordo com a sua consciência” ou “seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei”. Em outras circunstâncias, essa questão aparece devidamente teorizada sob o manto do *poder discricionário dos juízes*<sup>372</sup>. Muitas dessas decisões se escoram em algo muito diverso do procedimento da ponderação para extrair sua legitimidade, embora o texto diga que o procedimento da ponderação fora ínsito à decisão proferida. Streck aponta como paradigma da subjetividade da consciência (filosofia da consciência), que envolve exatamente as questões relativas ao ativismo, decisionismo e a admissão do poder discricionário, as decisões que buscam justificações no plano de uma racionalidade argumentativa, em especial, os juristas adeptos das teorias da argumentação jurídica, mormente de matriz alexyana, pois presente o problema paradigmático, uma vez que as teorias da argumentação são dependentes da discricionariedade<sup>373</sup> Estamos de acordo com as críticas acerca do modo como o procedimento da ponderação tem sido importado para o ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, é preciso distinguir o procedimento da ponderação defendido por Alexy e o procedimento da ponderação adotado em nosso país. Sobre o tema, o professor Wálber Araújo Carneiro, em artigo intitulado *O Que é Isto – Ponderação de Princípios?*, manifesta-se no seguinte sentido:

---

<sup>372</sup> STRECK. Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20. O professor Lenio Streck continua nos seguintes termos: [...] não se pode olvidar a “tendência” contemporânea (brasileira) de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos. Esse “incentivo” doutrinário decorre de uma equivocada recepção daquilo que ocorreu na Alemanha pós-segunda guerra a partir do que se convencionou a chamar de *Jurisprudência dos Valores*. No caso alemão, temos que a *jurisprudência dos valores* serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949. Com efeito, nos anos que sucederam a consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do *Bundesverfassungsgericht* para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um *jus* distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a *valores* aparece, assim, como mecanismo de “abertura” de uma legalidade extremamente fechada que possibilitara, em alguma medida, o totalitarismo nazista. (Ibid., p. 20-21).

<sup>373</sup> Ibid., p. 24. Para exemplificar: a) STF – RCL 2126, AGR 395662, HC 97197, HC 97677, RMS 27920, ADPF 101 E ADI 2240; b) STJ – 68397 e QQnoREsp 1063343; c) TJRS – 70027526524, 70027525898, 70032218398, 70029002441, 70023751365, 70009702366, 70005967740, 70005003520 e 70032629396. Em especial, refira-se o “caso Elwanger” – HC 82.424 – julgado pelo STF. (Ibid., p. 55).

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil garante no seu art. 93, IX, que todas as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas. Esta norma busca prevenir a manipulação das decisões e a corrupção dos magistrados. Assim, na tentativa de garantir a fundamentação dos posicionamentos tomados em juízo, a jurisprudência brasileira começou a utilizar do argumento da ponderação de princípios. O grande problema, entretanto, reside nos tipos de decisões que começaram a ser proferidas por meio da ponderação e do trinômio proporcionalidade em sentido estrito/necessidade/adequação. No fundo, o que se percebeu é que os juízes começaram (ou continuaram) a julgar conforme a sua própria vontade e não de acordo com o ordenamento jurídico, como realmente deveria ser. Diante das injustiças cometidas em nome da ponderação, surgiu o questionamento: afinal, o que é isto, a ponderação de princípios? Revelou-se essencial, assim, descobrir as bases desta ‘metodologia’. Analisar as raízes da teoria é a única forma para entendermos se aquilo que é aplicado é, de fato, ponderação, ou se é apenas uma forma de manipulação do discurso.

Após o desenvolvimento de todo o arcabouço teórico, cumpre-nos a tarefa de analisar como os tribunais brasileiros tem utilizado o procedimento da ponderação de Robert Alexy. Para analisarmos a utilização dos princípios e da ponderação na jurisprudência pátria, partiremos de um *leading case*, de um caso paradigmático, que é capaz de resumir o que ocorre na maior parte das decisões. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3510, decidiu pela constitucionalidade do artigo 5 da Lei de Biossegurança. A partir deste julgamento, a pesquisa com célula-tronco foi permitida no país. Em início, vale ressaltar que se tratou de um julgamento que gerou grande expectativa da sociedade brasileira, e contou com o *lobby* de diversos setores, desde os religiosos até o setor médico. Diante deste caso estaria uma evidente colisão de princípios. De um lado o direito à vida do embrião e, do outro, o direito à dignidade da pessoa humana como direito do indivíduo-pessoa. Como decidir, então, qual dos princípios deve ter seu conteúdo limitado para a otimização do conteúdo do outro? Entendeu-se, por maioria de votos, que não haveria vida a ser tutelada e, assim, não haveria o sacrifício do direito à vida. Porém, da leitura dos votos percebemos que a ponderação de princípios foi a grande norteadora do julgamento, levando, inclusive, a respostas diametralmente opostas<sup>374</sup>. A doutrina brasileira, assim como os tribunais, em regra, não utiliza da ponderação de princípios e, muito menos na

---

<sup>374</sup> A força exercida pelo argumento da ponderação é tão forte que faz com que, até mesmo autores identificados com teorias incompatíveis com Alexy, dela não abram mão. É o caso de LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-juíz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 96), que, à luz da teoria habermasiana, defende a discricionariedade judicial, fazendo-o, exatamente, com apoio em Herbert Hart, corifeu do positivismo jurídico. Nessa mesma linha, Gesta Leal defende as cláusulas abertas da Constituição como oportunizadoras de valorações de razoabilidade, adequação, proporcionalidade e tolerabilidade. Para ele, a resolução dos problemas de racionalidade ficam “a cargo” da ponderação de Alexy. (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 51 – nota de roda-pé n. 77).

Teoria da Argumentação. Não há, em momento algum, a utilização da fórmula da ponderação que foi proposta por Alexy. No fundo, o discurso da ponderação tem funcionado, no Brasil, em oposição aquilo para qual foi criada, apenas para velar o discurso e as reais intenções do intérprete. A decisão já está dada e a ponderação tem servido, unicamente, para fundamentar e velar a posição política e ideológica.

O professor Lenio Streck, um dos mais importantes críticos do procedimento da ponderação de Robert Alexy, principalmente do modo como tal teoria tem sido importada pelos juristas brasileiros, manifesta-se no sentido de que passada a Segunda Guerra Mundial, restou superada, pelo constitucionalismo europeu, a ideia do culto ao legislador e pelo fetiche à lei estrita, surgindo, nessa perspectiva, sob as ruínas do velho continente, um movimento denominado “neoconstitucionalismo”, também denominado por alguns de “constitucionalismo pós-moderno” ou também “pós-positivismo”, que primava essencialmente por refundar as bases do Direito Constitucional. Referido processo, também adentrou as fronteiras do ordenamento jurídico nacional, precipuamente através da entrada em vigor da Carta Magna de 1988, de modo que o Brasil se abriu para teorias ditas “neoconstitucionais”, através do pensamento da doutrina e das decisões jurisprudenciais, que acabavam por primar por uma valoração e suas diversas valorações axiológicas. A partir dessas premissas, STRECK começa a tecer suas críticas ao neoconstitucionalismo emergente, **precipuamente quanto à ponderação de princípios**. Destaca Streck que referido movimento, reforçado pela aplicabilidade desenfreada da teoria da ponderação, acaba por enfraquecer latentemente a autonomia do direito e a força normativa da Constituição. Na já clássica obra *Verdade e Consenso*<sup>375</sup>, Streck assim argumenta acerca da ponderação:

Os sinais da presença da filosofia da consciência no procedimentalismo de Alexy são muitos. O mais evidente é, sem dúvida, a insistência em um modelo lógico-subsuntivo para casos fáceis e a utilização de versão renovada dos cânones de interpretação. O modelo subsuntivo pressupõe um sentido previamente dado da premissa maior e uma visão meramente descritiva da premissa menor, sob pena de inviabilizar o silogismo. A alternativa para fugir desse modelo é uma alternativa hermenêutica, quando se supera a dicotomia questões de fato-questões de direito, ainda adotada por Alexy, e se parte para um novo modelo que coloca o texto como um evento, e a norma como o resultado da compreensão do texto e do evento a partir da diferença ontológica. A manutenção da subsunção, por pressupor um dado previamente dado, é, portanto, metafísica. Em outras palavras, manter a subsunção, mesmo que para ‘resolver’ casos fáceis, é incorrer no esquema sujeito-objeto. E nisso reside a raiz do problema. De igual modo, a utilização dos cânones da interpretação – e isso já é (mera) consequência do paradigma

---

<sup>375</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 185-186.



epistemológico da filosofia da consciência – também demonstra essa prisão metafísica. De fato, Alexy tenta retomar os cânones sob outro ângulo, na medida em que eles não seriam mais regras de interpretação, mas tão-somente ‘formas de argumentos’, conforme Perelman. Mas, no fundo, não é isso que acontece, já que o modelo de fundamentação metafísica logo se mostra e Alexy é obrigado a dar às ‘formas de argumentos’ uma função constitutiva e diretiva, na medida em que, para ele, ‘formas distintas (de argumentos) podem levar, no contexto da discussão de um problema, a soluções completamente diferentes’. Esse problema é típico da hermenêutica técnico-normativa bettiana e acaba sendo resolvido a partir de um meta-critério ou de uma solução metafísica objetivista (isso também ocorre com as teses que trabalham com ‘postulados normativos’, pelas quais é possível uma regra ‘valer’ mais do que um princípio, assim como até mesmo transformar um princípio em uma regra). Alexy acaba resolvendo-o da primeira forma quando pressupõe, na teoria do discurso prático geral, a utilização de ‘-regras de prioridade de segundo nível’ para solução de conflitos de ‘regras de prioridade’ de primeiro nível. Na teoria do discurso prático-jurídico, vai sustentar que determinados argumentos tenham *prima facie* um maior peso. Novamente, o trilema de Munchausen surge e o retrocesso de soluções metafísicas vai se impondo. Daí a pergunta: qual a diferença desses critérios (ou fórmulas) dos velhos métodos de interpretação, cujo calcanhar de Aquiles – na feliz expressão de Eros Grau e Friedrich Muller – é (ra) examente não ter um critério para difundir qual o melhor critério, que, em outras palavras, comparei, em textos anteriores, com a ‘ausência/impossibilidade’ de um *Grundmethode*? Portanto, há de razão a Habermas e aos adeptos de sua teoria, sobre as suas críticas ao ‘uso discricionário da ponderação’ e à ‘ponderação discricionária’ (aliás, a própria ponderação passa a ser, por si só, instrumento para o ‘livre exercício’ da relação sujeito-objeto). A ponderação sempre leva a uma abstração em face do caso, circunstância que ‘reabre’ para o juiz a perspectiva da argumentação sobre ‘o caráter fundamental ou não do direito’, já reconhecido desde o início como fundamental, e assim acaba tratando esses direitos como se fossem ‘valores negociáveis’, com o que se perde a força normativa da Constituição, que é substituída pelo ‘discurso adjudicador’ da teoria da argumentação jurídica.

O modelo neoconstitucionalista, com sua clara tentativa de superar o antigo positivismo exegético, buscou em teorias da argumentação jurídica, especialmente naquela formulada por Robert Alexy, um modo de se justificar, racionalizando o modelo de interpretação e aplicação do direito, imaginado pelos pensadores adeptos deste modelo, como o adequado aos novos ideários constitucionais. Nesse sentido, referido modelo emergente passou a primar mais por princípios do que por regras, mais por ponderação do que subsunção legal, ao contrário, por assim dizer, do antigo modelo positivista vigente. Passou-se, assim, sobremaneira, a resolver os casos simples por subsunção legal e os complexos, por ponderação. Streck destaca que, originariamente, no caso alemão, a *jurisprudência dos valores* (*Wertungsjurisprudenz*) serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949. Com efeito, nos anos que sucederam a consagração da

lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do *Bundesverfassungsgericht* para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Destaca-se que, nesse cenário, surgiu a afirmação de um *jus* distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de “abertura” de uma legalidade extremamente fechada. Era uma espécie de “ajuste de contas hermenêutico” com qualquer forma de exegetismo, o que, sobremaneira, existe até hoje na Alemanha. Ocorre que, alheio a esta formatação originária da jurisprudência de valores, propagada inicialmente por Robert Alexy, os teóricos do neconstitucionalismo, **especialmente os brasileiros**, passaram a tomá-la como ponto de partida para a criação de “outras teorias da argumentação”, acompanhados, sobremaneira, pelos tribunais pátrios. Nesse sentido é dizer que, da ideia inicial da jurisprudência dos valores, os teóricos brasileiros emprestado a tese principal - de que “a Constituição é uma ordem concreta de valores”, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores - sendo que o modo mais específico de implementação foi a teoria da argumentação de Robert Alexy, que, entretanto, recebeu leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos Tribunais brasileiros.

Nesse sentido, Lenio Streck<sup>376</sup> conclui que o Direito Constitucional foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica, sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção (semântico) estrutural regra-princípio e à ponderação (Alexy). A partir desse equívoco, são desenvolvidas/seguidas diversas teorias/teses por vezes incompatíveis entre si. Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível – sim, insista-se, é realmente impossível – fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos prolatados por seu criador, Robert Alexy – não é (insista-se, efetivamente não é) uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta aquele que “pesa mais”, algo do tipo “entre dois princípios que se colidem, o intérprete escolhe um”. Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa “escolha direta”. Segundo Streck:

**No Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana já referida, transformaram a ponderação** (*Abwägung*) em um verdadeiro ‘princípio’. Com efeito, é dizer, se na formatação proposta por Alexy, a

---

<sup>376</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ponderação conduz à formatação de uma regra – que será aplicada no caso por subsunção -, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos, é o que se denomina pan-principiologismo. Este pan-principiologismo, subproduto do ‘neoconstitucionalismo’ à brasileira, acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo da cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988, fazendo com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional. [...] De todo modo, o problema principal da ponderação é a sua filiação ao esquema sujeito-objeto e a sua dependência da discricionariedade, *ratio* final. Desse modo, se a discricionariedade é o elemento que sustenta o positivismo jurídico nos ‘casos difíceis’ e nas vaguezas e ambiguidades da linguagem dos textos jurídicos, não parece que a ponderação seja ‘o’ mecanismo que livre (ou arranque) o direito dos braços do positivismo. Quem escolheria os princípios a serem sopesados? Quem controlaria aquele que controla ou diz por último o que a lei (ou a Constituição) é? No caso da ponderação, quem escolhe os princípios a serem ponderados? Mais ainda: a subsunção – admitida para os casos fáceis – tem lugar no plano do paradigma filosófico que ultrapassou o esquema sujeito-objeto? E por que a regra de direito fundamental (resultado da ponderação) se transforma em uma subsunção de segundo grau ou uma ‘meta-subsunção?’ Tais questionamentos, segundo STRECK, não são respondidos pelos neoconstitucionalistas.

Pode-se destacar como a principal crítica ao procedimento da ponderação o entendimento no sentido de que a ponderação repriminaria a velha discricionariedade positivista, ou seja, que Alexy e seus seguidores não abririam mão da discricionariedade. Robert Alexy<sup>377</sup> na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, escreve que os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento -, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do Judiciário. Pedindo licença aos que pensam em contrário, Alexy jamais foi partidário da discricionariedade em sentido forte denunciada por Dworkin. Quando Alexy refere-se à discricionariedade, o professor alemão está se referindo à uma espécie de discricionariedade controlável pelo conteúdo dos direitos fundamentais (estrutura principiológica), pelos fundamentos da Constituição do país e pelos objetivos a serem efetivados previstos no texto constitucional. O procedimento da ponderação jamais pretendeu conferir ao magistrado uma discricionariedade incontrolável para conferir sentidos ao texto jurídico, muito pelo contrário. A metodologia estruturante da ponderação

---

<sup>377</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 611.

tem o condão de atribuir racionalidade e, portanto, controlabilidade às decisões judiciais quando da ocorrência de colisão entre direitos fundamentais (princípios).

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 93, inciso IX, determina que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário sejam públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. O inciso IX do art. 93 é um claro exemplo de colisão de direitos fundamentais, tendo sido a decisão política pautada pelos **postulados da proporcionalidade e da razoabilidade**. Mas não é essa a questão que estamos a tratar no momento. O procedimento da Ponderação de Robert Alexy objetiva exatamente conferir racionalidade e controle à decisão judicial, não obstante algumas intensas críticas sejam dirigidas ao mesmo. As críticas são válidas, porém desconsiderar a técnica e a racionalidade de tal procedimento constitui um grande equívoco, *data venia*. A norma jurídica construída para o caso concreto é dotada de uma pequena margem de discricionariedade em sentido fraco (Ronald Dworkin), que influenciará o sentido da decisão final e, portanto, tornar-se-á imprescindível o seu controle para assegurar os direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa, assim como a autonomia do Direito, evitando privilégios, perseguições e outras arbitrariedades. O Procedimento da Ponderação de Robert Alexy, não obstante algumas críticas, possui o mérito de inserir na construção da decisão judicial, em caso de colisão de direitos fundamentais, um mínimo de controle, gerando, assim, racionalidade à mesma. O Procedimento da Ponderação de Alexy constitui-se num verdadeiro e legítimo instrumento para a adequação da decisão no caso de colisão de direitos fundamentais com fulcro na estrutura principiológica insculpida na Constituição de 1988. Os postulados normativos da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito) e da razoabilidade atuam como verdadeiras fontes de legitimação da decisão judicial a ser proferida havendo colisão de direitos fundamentais, com observância estrita do núcleo ou essência de tais direitos. A expansão ou modernização do Direito Penal possui como condição de possibilidade a ruptura com o paradigma liberal-individualista forjado no Estado Liberal de Direito, cujo escopo foi a tutela dos direitos e das garantias fundamentais de primeira dimensão. A ruptura com o paradigma liberal-individualista gera uma proporcional e razoável limitação dos direitos e das garantias fundamentais individuais, contribuindo decisivamente para a intensificação da efetivação de outros direitos de conteúdo coletivo e social. A interpretação do texto constitucional deve guardar coerência e harmonia com os fundamentos e com os objetivos a serem atingidos por nossa República, sendo absolutamente

equivocada a atribuição de sentido de modo isolado, desconsiderando a unidade e a sistemática de todo o ordenamento jurídico. Portanto, na colisão de direitos fundamentais individuais e sociais, deve-se ter como parâmetro a construção da norma jurídica mais adequada aos fundamentos e aos objetivos da República Federativa do Brasil. Qual seria, então, a resposta constitucionalmente adequada quando da colisão entre direitos fundamentais individuais de investigados ou de acusados e direitos fundamentais sociais e coletivos que clamam por maior efetividade, assim como o direito fundamental à segurança pública e à paz?

#### **4.4 A Expansão do Direito Penal como Resposta Constitucionalmente Adequada**

O entendimento acerca da (I)legítima Expansão do Direito Penal a partir do procedimento da ponderação de Robert Alexy: a proporcionalidade como vetor para uma adequada releitura dos direitos fundamentais no século XXI, deve ser extraído, necessariamente, do ordenamento jurídico-constitucional, sob pena de inadmissível fragilização da autonomia do Direito. Entendimento pautado pela subjetividade do intérprete constitui terreno fértil para decisionismos, arbitrariedades, discricionariedade em sentido forte (DWORKIN), inadmissível em Estado Democrático de Direito. Portanto, o que diz a Constituição do Brasil acerca da Expansão do Direito Penal?

##### 4.4.1 A Legitimidade da Expansão ou Modernização do Direito Penal

Assim manifesta-se Lenio Streck<sup>378</sup>:

A resposta correta (adequada) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. Tudo isso deve ser compreendido a partir daquilo que venho denominando de ‘uma fundamentação da fundamentação’, traduzida por uma radical aplicação do art. 93, IX, da Constituição. A partir do exposto, entendo que é possível afirmar que, do mesmo modo que há o dever fundamental de justificar/motivar as decisões, existe também o direito fundamental a obtenção de respostas corretas/adequadas a Constituição. Há uma ligação entre esse dever fundamental e esse direito fundamental.

---

<sup>378</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 571.

A Constituição da República Federativa do Brasil significa a estrutura de um ente que se se convencionou denominar Estado. É o conjunto de preceitos imperativos e fixadores de deveres e direitos que indica uma estrutura social, entrelaçando pessoas que se encontram em determinada base territorial. Contemporaneamente a Constituição constitui-se como norma jurídica suprema e, portanto, fonte normativa de todo o arcabouço jurídico de nosso país. O artigo 3 da CR/88, traça os objetivos a serem atingidos pelo Brasil. Os objetivos a serem efetivados pelo República Federativa do Brasil são: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e d) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Os objetivos exprimem um fim, um escopo, indicando, pois, a realidade do que se quer, a presença do que se deseja ou a materialidade do que se pretende. Desde a concepção da Constituição de 1988, pretendeu o legislador dar ao futuro Estado Democrático de Direito brasileiro, condições e obrigações de realizar a justiça social, de forma tal, que essa justiça tivesse, por fim, a realização integral da ordem social. O legislador constituinte, abraçando a corrente pós-positivista, alçou os Objetivos Fundamentais do Estado Democrático de Direito ao *status* normativo de princípios fundamentais, sendo dotados, assim, de caráter vinculante e eficaz para com os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como à sociedade brasileira.

O objetivo do Estado brasileiro de construir uma sociedade livre, justa e solidária possui inúmeros e diferentes desdobramentos. Para a devida efetivação de tal norma constitucional faz-se imperiosa uma atuação estatal positiva, no sentido de assegurar as condições de possibilidade para os indivíduos desenvolverem-se como seres humanos, o que redundará, inexoravelmente, no atingimento de tal objetivo fundamental. As condições de possibilidade ensejadoras do instrumental imprescindível para concretizar o ora Objetivo do Brasil, significam e redundam, indubitavelmente, na efetivação dos direitos fundamentais sociais, ou seja, direitos e garantias inerentes ao Estado Social de Direito que, em nosso país, para boa parcela da população, não passam de promessas incumpridas. Como experimentar uma sociedade livre, justa e solidária com altas taxas de analfabetismo, serviços de saúde precários, moradia escassa, baixa densidade política por parte da população, intensa dificuldade de trabalho, salário mínimo insuficiente para viver com dignidade e corrupção como fator marcante na atuação pública? Será que a sociedade brasileira é livre, justa e solidária? A atuação do Direito Penal tem contribuído, de alguma forma, para otimizar os objetivos da República Federativa do Brasil ou historicamente tem servido para oprimir as classes sociais vulneráveis e a impunidade dos poderosos?

Não se pode ter um país desenvolvido se seus cidadãos não tem livre passagem pelos caminhos do conhecimento, de abertura política, acesso ao Poder Judiciário, assim como aos direitos sociais fundamentais. Adere-se ao entendimento de que os mais significativos indicadores de desenvolvimento nacional são, sem dúvida, a educação, a saúde, o controle dos índices de inflação, a qualificação profissional da população, as oportunidades de emprego e a desigualdade social. De modo inquestionável e notório, o maior obstáculo ao desenvolvimento nacional é a corrupção que campeia no trato da coisa pública. Os nossos governantes, com raríssimas exceções, possuem inadmissível tendência para a inobservância do ordenamento jurídico posto legitimamente. A corrupção sempre esteve presente no panorama político-social brasileiro e mundial, mas nos últimos anos estamos testemunhando *notitias criminis*, processos e condenações criminais de policiais, políticos, empresários, fiscais, juízes, membros do Ministério Público, advogados, delegados, médicos e tantos outros, o que tem revelado uma necessidade do ordenamento jurídico brasileiro de se modernizar para combater eficazmente a nova criminalidade, concretizando os objetivos fundamentais previstos no art. 3 da CR/88 e, assim, efetivando a estrutura principiológica trazida pelo constituinte originário de 1988.

O que fazer para erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais? Não há dúvida de que políticas públicas são imprescindíveis para a otimização desse escopo de nosso país. O que interessa, no presente trabalho, é a resposta a seguinte indagação: O que o Direito Penal tem feito e o que pode fazer para a efetivação, cada vez com maior intensidade, da norma constitucional no sentido de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais? Os denominados crimes do colarinho branco, crimes contra o meio ambiente, crimes contra a ordem econômica, crimes contra a ordem tributária, crimes de lavagem de dinheiro, crimes praticados por pessoas jurídicas contribuem, decisivamente, para a obstaculização da efetivação dos direitos fundamentais sociais? A resposta desenganadamente é positiva. A investigação criminal instaurada e presidida por presente do Ministério Público vai ao encontro ou de encontro com os objetivos fundamentais previstos no art. 3 da Constituição da República? De modo secundário ao objeto da presente tese, porém abrangendo, de modo pontual, a discussão acerca da expansão do Direito Penal, defender o entendimento no sentido da vedação constitucional da investificação criminal pelo Ministério Público, demonstra uma interpretação com baixa densidade constitucional, o que deve ser afastado em um Estado que pretende a máxima efetivação da estrutura de direitos fundamentais prevista no texto constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil impõe aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário que atuem no sentido da efetivação dos direitos e garantias fundamentais que, por conseguinte, gerará um importante ganho na qualidade de vida para todos nós. A resposta constitucionalmente adequada acerca da expansão ou modernização do Direito Penal deve, necessariamente, perpassar pela colisão entre direitos fundamentais individuais dos autores de infrações penais e o direito fundamental social à segurança pública, assim como compreender qual o papel a ser exercido pelo Direito Penal na efetivação dos direitos fundamentais sociais, especialmente em uma sociedade complexa como a atual. **Com fulcro na observância estrita do procedimento da ponderação elaborado por Robert Aleyx, assim como nos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade**, direitos e garantias fundamentais individuais devem ter seus conteúdos cotejados com a efetivação dos direitos fundamentais sociais, principalmente no que concerne ao direito fundamental à segurança pública. Para tanto, é preciso superar a seguinte indagação: Como limitar o conteúdo de direitos fundamentais individuais, tendo em vista que direito fundamental individual é cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4, da Constituição da República? Não obstante o texto constitucional referir-se somente aos direitos fundamentais individuais como cláusula pétrea, aderimos ao entendimento de que todo e qualquer direito fundamental é cláusula pétrea e, portanto, o direito fundamental à segurança pública, assim como os demais direitos fundamentais sociais também o seriam. Nesse sentido o entendimento do professor Ingo Wolfgang Sarlet<sup>379</sup>:

---

<sup>379</sup> Artigo intitulado Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988 de Ingo Wolfgang Sarlet. Constitui versão revisada, atualizada e parcialmente reformulada de trabalho redigido anteriormente sobre o tema, que, todavia, enfatiza, de um modo geral, o problema das resistências aos direitos sociais, e que, além de remetido para publicação em coletâneas (Editoras Forense e Saraiva) versando sobre os 20 anos da Constituição Federal de 1988, foi objeto de veiculação na Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206. O professor INGO continua: No direito constitucional brasileiro, a despeito dos argumentos já colecionados, há ainda quem sustente que os direitos sociais não podem, em hipótese alguma, integrar as “cláusulas pétreas” da Constituição pelo fato de não poderem (ao menos na condição de direitos a prestações) ser equiparados aos direitos de liberdade do artigo 5. Além disso, argumenta-se que, se o Constituinte efetivamente tivesse tido a intenção de gravar os direitos sociais com a vedação da sua abolição, ele o teria feito, ou mencionando expressamente esta categoria de direitos no artigo 60, §4, inc. IV, ou referindo-se de forma genérica a todos os direitos e garantias fundamentais, mas não apenas aos direitos e garantias individuais. Tal concepção e todas aquelas que lhe podem ser equiparadas esbarram, contudo, nos seguintes argumentos: a) a Constituição brasileira, diferentemente de outras ordens constitucionais, como é o caso da já referida Constituição da República Portuguesa, não traça uma genérica e expressa diferença entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos; b) os partidários de uma exegese conservadora e restrita em regra partem da premissa de que todos os direitos sociais podem ser conceituados como direitos a prestações materiais estatais, quando, em verdade, já se demonstrou que boa parte dos direitos sociais são equiparáveis, no que diz com sua função precípua e estrutura jurídica, aos direitos de defesa; c) para além disso, relembramos que uma interpretação que limita o alcance das “cláusulas pétreas” aos direitos fundamentais previstos no artigo 5 da CF acaba por excluir também os direitos de



Já como relação à inclusão dos direitos fundamentais sociais no elenco dos limites materiais à reforma constitucional, em se tomando como ponto de partida o enunciado literal do artigo 60, §4, inc. IV, da CF, poder-se-ia afirmar – e, de fato, há quem sustente tal ponto de vista – que apenas os direitos e garantias individuais do artigo 5 da CF se encontram blindados contra a atuação do poder de reforma da Constituição. Caso fôssemos nos aferrar a esta exegese de cunho estritamente literal, teríamos de reconhecer que não apenas os direitos sociais (artigos 6 a 11), mas também os direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13), bem como os direitos políticos (artigos 14 a 17, com exceção do direito de voto, já previsto no elenco do inciso IV do §4 do art. 60) estariam todos excluídos da proteção outorgada pela norma contida no artigo 60, §4, inc. IV, de nossa Lei Fundamental. Aliás, por uma questão de coerência, até mesmo os direitos coletivos (de expressão coletiva) constantes no rol do artigo 5 não seriam merecedores desta proteção. Já esta simples constatação indica que tal interpretação dificilmente poderá prevalecer, pelo menos não na sua versão mais extremada. Caso assim fosse, alguns dos direitos essenciais de participação política (artigo 14), a liberdade sindical (artigo 8) e o direito de greve (artigo 9), apenas para citar alguns exemplos, encontrar-se-iam em condição inferior a dos demais direitos fundamentais, não compartilhando o mesmo regime jurídico reforçado, ao menos não na sua plenitude. Paradoxalmente, em se levando ao extremo este raciocínio, poder-se-ia até mesmo sustentar que apenas o mandado de segurança individual, mas não o coletivo, integra as ‘cláusulas pétreas’! Neste contexto, foi inclusive sustentado que o termo

---

nacionalidade e os direitos políticos, que igualmente não foram expressamente previstos no artigo 60, §4, inc. IV, de nossa Lei Fundamental. Todas estas considerações revelam que apenas por meio de uma interpretação sistemática se poderá encontrar uma resposta satisfatória no que concerne ao problema da abrangência do artigo 60, §4, inc. IV, da CF. Que uma exegese cingida à expressão literal do referido dispositivo constitucional não pode prevalecer parece ser evidente. Todavia, a despeito das considerações precedentes, há que admitir que a inclusão dos direitos sociais (e demais direitos fundamentais) no rol das “cláusulas pétreas”, em especial no que diz com a sua justificação, à luz do direito constitucional positivo, é questão que merece análise um pouco mais detida. Já no preâmbulo de nossa Constituição encontramos referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objetivo permanente de nosso Estado. Além disso, não há como negligenciar o fato de que nossa Constituição consagra a ideia de que constituirmos um Estado democrático e social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente no art. 1, incisos I a III, assim como no artigo 3, incisos I, III e IV. Com base nestas breves considerações, verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado consagrada pela nossa Constituição, sem olvidar que tanto o princípio do Estado Social quanto os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol das “cláusulas pétreas” – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional. Poder-se-á argumentar, ainda, que a expressa previsão de um extenso rol de direitos sociais no título dos direitos fundamentais seria, na verdade, destituída de sentido, caso o Constituinte, ao mesmo tempo, lhes tivesse assegurado proteção jurídica diminuída. Para além do exposto, verifica-se que todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. É o indivíduo que tem assegurado o direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito à saúde, assistência social, aposentadoria etc. Até mesmo o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado (art. 225 da CF), em que pese seu habitual enquadramento entre os direitos de terceira dimensão, pode ser reconduzido a uma dimensão individual, pois mesmo um dano ambiental que venha a atingir um grupo dificilmente delimitável de pessoas (indivíduos) gera um direito à reparação para cada prejudicado. Ainda que não se queira compartilhar este entendimento, não há como negar que nos encontramos diante de uma situação de cunho notoriamente excepcional, que em hipótese alguma afasta a regra geral da titularidade individual da absoluta maioria dos direitos fundamentais. Os direitos e garantias individuais referidos no artigo 60, §4, inc. IV, da nossa Lei Fundamental incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos de nacionalidade e cidadania (direitos políticos).

‘direitos e garantias individuais’, utilizado no artigo 60, §4, inc. IV, da CF, não foi reproduzido em nenhum outro dispositivo da Constituição, razão pela qual mesmo com base numa interpretação literal não se poderia confundir estes direitos individuais com os direitos individuais e coletivos do art. 5 de nossa Lei Fundamental. Para os que advogam uma interpretação restritiva, abre-se, todavia, alternativa argumentativa. Com efeito, poder-se-á sustentar, ainda, que a expressão ‘direitos e garantias individuais’ deve ser interpretada de tal forma, que apenas os direitos fundamentais equiparáveis aos direitos individuais do artigo 5 podem ser considerados ‘cláusulas pétreas’, ou mesmo, aos assim designados direitos civis e políticos, de titularidade individual, embora neste caso a tutela contra a supressão por meio de emendas constitucionais alcançaria também direitos não previstos no artigo 5, mas excluiria os direitos sociais. A viabilidade desta concepção esbarra na difícil tarefa de traçar as distinções entre os direitos individuais e os não-individuais. Mesmo se considerássemos como individuais apenas os direitos fundamentais que se caracterizam por sua função defensiva (especialmente os direitos de liberdade), concepção que corresponde à tradição no direito constitucional pátrio, teríamos de levar em conta a existência, nos outros capítulos do Título II da nossa Carta, de direitos e garantias passíveis de serem equiparados aos direitos de defesa, de tal sorte que as liberdades sociais (direitos sociais como direitos negativos), como é o caso, entre outros, do direito de greve, da liberdade de associação sindical, também se encontrariam ao abrigo das ‘cláusulas pétreas’. Também por esta razão, ainda mais à míngua de um regime jurídico diferenciado expressamente previsto na Constituição, não nos parece possível excluir os direitos sociais do rol das assim chamadas ‘cláusulas pétreas’.

O entendimento no sentido de que todo e qualquer direito e garantia fundamental é cláusula pétrea também encontra amparo jurídico no fenômeno da mutação constitucional. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como decorrência lógica e desdobramento natural do momento histórico de sua elaboração, não previu, expressamente, os direitos e garantias fundamentais coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos como cláusulas pétreas. Não obstante, nos parece evidente que, realizando uma interpretação evolutiva do texto constitucional, permeada pela relevância da estrutura principiológica contida na Lei Fundamental, o afastamento de outros direitos fundamentais diversos dos direitos individuais seria uma resposta constitucional ilegítima e inadmissível, *data venia*.

A expansão ou modernização do Direito Penal, em tese, não viola direitos e garantias fundamentais individuais, pelo contrário. O conteúdo desses direitos e garantias fundamentais é que deve, necessariamente, adaptar-se ou adequar-se à sociedade complexa. A adequação ou a adaptação do conteúdo dos direitos e garantias fundamentais individuais à sociedade complexa propicia um combate eficaz aos novos arranjos delitivos, em especial aos crimes de lavagem dinheiro, tributários, contra à ordem econômica e ambientais. Um combate mais eficiente a tais infrações penais redundará em um gozo mais intenso de direitos fundamentais individuais, assim como, de modo irrefutável, na efetivação de direitos e garantias

fundamentais sociais - direitos prestacionais -, que exigem por parte do Estado uma atuação positiva e um investimento financeiro considerável. O que objetivamos destacar é que, a releitura do conteúdo dos direitos fundamentais individuais como decorrência das exigências do mundo atual, em especial das peculiaridades da criminalidade moderna, assim como da urgente necessidade de efetivação de direitos fundamentais sociais, não viola o art. 60, §4, inc. IV, da Constituição da República.

Cada vez mais vivemos em uma sociedade na qual o direito fundamental à segurança pública é experimentado de modo menos efetivo. A Constituição da República Federativa do Brasil, no Título V, Capítulo II, art. 144, regula a segurança pública como responsabilidade de todos e **dever do Estado** (grifo nosso). Em *terrae brasilis*, mesmo após 25 anos da promulgação da Constituição, os problemas relacionados com a segurança pública tem se agravado, sobretudo devido à insuficiência do instrumental penal, ainda atrelado ao paradigma liberal-individualista, para o combate eficaz à criminalidade da sociedade atual. O Direito Penal pode e deve atuar no sentido de contribuir para a efetivação de inúmeros direitos fundamentais, em especial, do direito fundamental à segurança pública. O direito fundamental à segurança pública deve ser interpretado sob o prisma da *cláusula aberta* contida no §2 do art. 5, da Constituição da República, que autoriza asseverar que: até mesmo se a expressão segurança pública ou segurança individual não estivesse prevista literalmente no texto constitucional, não haveria óbice ao seu reconhecimento como direito fundamental. Nesse sentido manifesta-se Ingo Sarlet<sup>380</sup>:

[...] o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5, §2, da nossa Constituição é de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), nem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais [...] a abertura dos sistema de direitos fundamentais, nas palavras de José de Melo Alexandrino, abrange tanto a previsão expressa de uma abertura de direitos a direitos não enumerados, quanto a dedução de posições jusfundamentais por meio da delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a inclusão dos direitos de matriz internacional, bem como a dedução de normas de direitos fundamentais de outras normas constitucionais.

Portanto, o fato de a segurança pública não estar contida no catálogo do art. 5, da Constituição da República de 1988 e ser regulada em capítulo específico, não a descaracteriza

---

<sup>380</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 86.

como um direito fundamental do cidadão. É importante que fique muito bem destacado que o direito à segurança pública visa a propiciar o exercício dos direitos fundamentais individuais e sociais dos cidadãos, assegurando a estabilidade da ordem pública e das relações jurídicas, demonstrando que a otimização do direito fundamental à segurança pública está diretamente vinculada à própria ideia de dignidade da pessoa humana. Vislambamos o direito fundamental à segurança pública como um direito tanto individual quanto social, tendo em vista que cada indivíduo, individualmente, também gozará da efetivação do direito social à segurança pública. Até porque, conforme destacado, quanto mais intensa for a efetivação do direito fundamental à segurança pública, mais intenso será o gozo de direitos fundamentais individuais. Porém, o tema não é pacífico. O professor Paulo Bonavides<sup>381</sup>, em artigo publicado no ano de 2006, no Jornal Folha de São Paulo, defendeu a concepção da paz como direito de quinta dimensão e sua interrelação com a compreensão de democracia (o direito fundamental à segurança pública estaria abarcado pelo direito fundamental à paz). Bonavides assim se manifestou:

Estatuário de aspirações coletivas de muitos séculos, a paz é corolário de todas as justificações em que a razão humana, sob o pálio da lei e da justiça, fundamenta o ato de reger a sociedade, de modo a punir o terrorista, julgar o criminoso de guerra, encarcerar o torturador, manter invioláveis as bases do pacto social, estabelecer e conservar por intangíveis as regras, princípios e cláusulas da comunhão política. O direito à paz é o direito natural dos povos. Direito que esteve em estado de natureza no contratualismo de Rousseau ou que ficou implícito como um dogma na paz perpétua de Kant.

Com efeito, sobre o direito à paz, mostra-se pertinente trazer à lume relevante subsídio da Corte Constitucional da Colômbia, no julgamento do expediente n. T-028/94, em que faz importante distinção entre direito à paz e direito subjetivo à tranquilidade. Na interpretação da Corte<sup>382</sup>:

*Un ordenamiento constitucional, por naturaleza, mira el interés general. De ahí que la paz, como derecho, supone la relación social, y se manifiesta como la ordenada convivencia bajo la aplicación de la justicia. Por tanto, jurídicamente hablando, es impreciso homologar el derecho constitucional a la paz, que es un derecho social, con el derecho a la tranquilidad de una persona, que es un derecho subjetivo. En el evento de que se perturbe ésta, existen otros mecanismos de defensa, distintos a la tutela, salvo el caso en que se ocasione un perjuicio irremediable. El derecho a la paz, tal como lo*

<sup>381</sup> BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, n. 3, abr./jun. 2008.

<sup>382</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia No. T-028/94*. Disponível em: <[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-028-94.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-028-94.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2013.

*consagra la Constitución, en su artículo 22, supone la armonía social inspirada en la plena realización de la justicia. Sería un desconocimiento del verdadero significado de la paz, suponer que siempre que a una persona le perturbe el efecto del quehacer de otra, se lesione por ello el derecho fundamental a la paz; no hay que confundir la paz constitucional con la tranquilidad subjetiva de uno de los asociados, porque perfectamente puede presentarse el caso de que una exigencia de la paz social, pueda perturbar la tranquilidad de un individuo en particular. Verbi gratia: la obligación de prestar el servicio militar; puede afectar el discurso y tranquilidad subjetivas de una persona, pero no por ello se pierde el vínculo obligacional del individuo hacia el bien común. Por otra parte la tranquilidad individual es un derecho personalísimo, derivado por necesidad del derecho a la vida digna. Si bien es cierto que la tranquilidad tiene una dimensión subjetiva, indeterminable, y por lo tanto imposible de ser objeto jurídico, también es cierto que existen elementos objetivos para garantizar esse bienestar íntimo de la persona, dada la influencia del entorno sobre el nivel emocional propio. A nadie se e puede perturbar la estabilidad de su vivencia sin justo título fundado en el bien común. Y esto obedece a una razón jurisprudencial evidente: el orden social justo parte del goce efectivo de la tranquilidad vital de cada uno de los asociados, de suerte que, al no perturbar el derecho ajeno, se logra la común unidad em el bienestar, es decir, la armonía perfeccionante de los individuos que integran la sociedad organizada, bajo el império de la ley, en forma de Estado.*

Para aqueles que entendem pela existência do direito fundamental à paz – e não nos opomos a tal entendimento – constata-se uma íntima relação entre os direitos fundamentais à paz e à segurança pública. A dificuldade, conforme já frisado e demonstrado, está em definir em qual dimensão o direito à segurança pública melhor se adequa. Não temos resistência em reconhecer o direito fundamental à paz, muito pelo contrário. Entretanto, vislumbramos que a segurança pública se adequaria, de modo mais justo, às dimensões de direito individual e social, não obstante aderirmos ao entendimento de que o direito fundamental à paz, de quinta dimensão, também abarca, de algum modo, o direito à segurança pública. O mais importante, independentemente de qual dimensão se adequaria o direito fundamental à segurança pública, é o reconhecimento da segurança pública como um direito fundamental.

Na colisão entre os direitos fundamentais individuais (autores de crimes) e o direito fundamental à segurança pública - valendo-se do procedimento da ponderação de Robert Alexy - o conteúdo dos direitos fundamentais individuais deve ser restringido ou, em outras palavras, tal conteúdo deve estar harmonicamente adequado à efetivação do direito fundamental à segurança pública, assim como não constituir obstáculo desproporcional à efetivação do extenso rol de direitos fundamentais sociais que, em nosso país, não passa de uma promessa ainda não cumprida. Mais uma vez insisto: é imprescindível que o Direito Penal rompa com o paradigma liberal-individualista forjado no Estado Liberal de Direito, sob pena de proteção deficiente de inúmeros direitos fundamentais, tanto individuais quanto

sociais, não densificando, assim, o principal fundamento da República Federativa do Brasil que é a dignidade da pessoa humana.

## 5 CONCLUSÃO

O Direito Penal sistematizado no Estado Liberal de Direito teve o indiscutível condão de limitar a intervenção estatal na vida dos cidadãos e, em consequência, legitimar tal intervenção. O Estado Liberal de Direito teve por escopo uma intervenção mínima por parte do Estado, possibilitando uma maior autonomia da vontade. Neste momento histórico inúmeros obstáculos à atuação do Direito Penal surgiram legitimamente, efetivando direitos e garantias fundamentais de primeira dimensão. A estrutura garantista desse Direito Penal tinha como premissa a teoria do bem jurídico, o que permeava e orientava toda a atuação jurídico-penal.

A teoria do bem jurídico significou e ainda significa, segundo o entendimento majoritário, que o fator legitimador da criminalizando de comportamentos e a consequente atuação do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais relevantes em determinado histórico. A teoria do bem jurídico, na sua origem, teve o inquestionável propósito de restringir a intervenção jurídico-penal. Tal afirmativa é clássica, entretanto, insuficiente. A essência da teoria do bem jurídico adormece a faceta perversa do Direito Penal, no sentido de legitimar a intervenção deste ramo jurídico violento, seletivo e estigmatizante em relação às condutas dos membros das classes sociais mais vulneráveis, abandonadas pelo Estado e restringir drasticamente que comportamentos praticados pelos integrantes das classes sociais privilegiadas seja objeto da intervenção penal. Em outras palavras, a teoria do bem jurídico liberal - como o patrimônio, a vida, a liberdade, a honra, a dignidade sexual e outros - sempre fragmentou e ainda fragmenta a atuação jurídico-penal em duas dimensões muito bem delineadas: a) comportamentos praticados por classes sociais vulneráveis, necessária e legítima intervenção do Direito Penal; b) comportamentos praticados por classes sociais privilegiadas, Direito Penal mínimo, com observância estrita da estrutura principiológica e garantista que surgiu no Estado Liberal de Direito.

A teoria do bem jurídico não obteve êxito em gerar racionalidade e controle à atuação do Direito Penal. Vários doutrinadores demonstraram a insuficiência de tal teoria, tendo em vista a ausência de critérios minimamente objetivos para orientar a definição de quais bens jurídicos seria objeto da intervenção do Direito Penal, tornando-se um bem jurídico-penal. A definição de quais bens jurídicos que teriam o condão de serem tutelados pelo Direito Penal sempre foi pautada por critérios subjetivos, discricionários e, em regra quase que absoluta, criminalizando as classes socialmente vulneráveis e afastando a intervenção do Direito Penal das classes privilegiadas e poderosas.

A estrutura principiológica e garantista do Direito Penal, cunhada no Estado Liberal de Direito, teve uma função relevantíssima naquele momento histórico e continua tendo papel fundamental no Estado Democrático de Direito. Porém, tal estrutura principiológica e garantista deve, urgentemente, não ser abandonada, mas ser interpretada com base nas peculiaridades sociais da atualidade (sociedade complexa) e, principal e essencialmente, de modo a efetivar o direito fundamental à segurança pública, assim como os objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3 da CR/88), contribuindo para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais sociais e coletivos.

Não compactuamos com o entendimento majoritário de que a função a ser exercida pelo Direito Penal seja a proteção de bens jurídicos. Na atual quadra da história o Direito Penal deve transcender tal teoria, devendo sua atuação ser orientada, de modo cogente, pelo **postulado normativo da proporcionalidade**, visando sempre à efetivação dos direitos e das garantias fundamentais para a concretização dos objetivos da República definidos pelo Poder Constituinte Originário. Afastada a teoria do bem jurídico como parâmetro legitimador da intervenção do Direito Penal, entendemos que, nas sociedades complexas como as atuais, o papel a ser exercido pelo Direito Penal é muito mais complexo do que a mera proteção de bens jurídicos. A contribuição do Direito Penal objetivando a redução da complexidade social, nos termos defendidos por Gunther Jakobs, se dá com a reafirmação da vigência e da validade da norma jurídica violada pelo comportamento infracional. O Capítulo n. 02 da tese, após enfrentar os principais argumentos defendidos pelos adeptos da teoria do bem jurídico, bem como em relação aos adeptos da teoria da prevenção geral positiva ou estabilização de expectativas normativas, estabelece que a função da intervenção jurídico-penal, na atual quadra da história, é a de negar a negação produzida pelo ato jurídico de inobservar a norma penal, reafirmando, assim, a vigência e a validade da mesma. Em outras palavras, quando alguém viola a norma penal, faz com que a sua vontade individual se sobreponha à vontade da coletividade contida na norma. Ao violar a norma, o infrator exterioriza o esboço de mundo no qual a norma não vige, gerando comunicação social nesse sentido, o que, inexoravelmente, frustra expectativas normativas legítimas. A intervenção jurídico-penal faz-se imprescindível para negar tal comunicação, produzindo comunicação social no sentido de que a norma violada, não obstante ter sido violada, permanece vigente e válida, atuando o Direito Penal, portanto, contrafaticamente. Nas sociedades complexas como as atuais, a vida somente é possível ser vivida em decorrência das denominadas expectativas normativas legítimas. A norma penal elaborada com observância estrita do devido processo legislativo, vigente e válida, materializa a vontade da coletividade e, por isso, **e desde que não desborde da**



**proporcionalidade e da razoabilidade na flexibilização e na efetivação de direitos e garantias fundamentais**, legitima a intervenção do Poder Judiciário, constituindo vetor fundamental na orientação dos comportamentos dos membros sociais, produzindo legítimas expectativas. Quando um indivíduo inobserva uma norma jurídica, tal ato efetivamente questiona a vontade coletiva contida na mesma, gerando uma comunicação no sentido de que a sua vontade individual é mais legítima do que a vontade contida na essência da norma inobservada. Tal comunicação desestabiliza expectativas normativas, intensificando a complexidade social. A função da intervenção do Direito Penal e da consequente sanção criminal é negar tal comunicação, reafirmando que a norma violada, apesar ter sido inobservada, permanece vigente e válida, ou seja, que a vontade individual contida no ato de questionar a norma não é válida, e que a vontade coletiva contida na mesma deve prevalecer. A intervenção do Direito Penal também produz comunicação social. A atuação do Direito Penal nega a negação gerada pela comunicação do ato de violá-la, tendo como consequência a reafirmação da vigência e da validade da mesma, o que produzirá a estabilização de expectativas normativas legítimas. A estabilização de expectativas normativas legítimas reduz a complexidade social, contribuindo o Direito Penal, assim, para o desenvolvimento dos projetos de vida de cada indivíduo, bem como para o desenvolvimento social. Não há dúvida de que, secundária ou reflexamente, a intervenção do Direito Penal protege bens jurídicos liberais. Mas o bem jurídico objeto de tutela pelo Direito Penal é a norma jurídica legitimamente produzida. Entendemos que, com base nas peculiaridades das sociedades complexas, a função do Direito Penal deve ser a de reafirmar a vigência e a validade da norma violada, estabilizando expectativas normativas e reduzindo a complexidade social e não a tutela dos bens jurídicos individuais ou supraindividuais, conforme defendido pelos adeptos da teoria do bem jurídico.

No tocante às funções da sanção criminal, os doutrinadores desenvolvem suas argumentações tendo como base apenas e tão somente a pena privativa de liberdade. As visões das prevenções geral e especial da pena não conseguem ter rendimento em todas as espécies de sanção previstas no artigo 32 do Código Penal Brasileiro. As penas restritivas de direitos não exercem a faceta da *prevenção especial negativa* (neutralização ou inocuização), assim como a pena de multa (dívida de valor, nos termos do artigo 51 do Código Penal brasileiro). A sanção criminal de multa jamais cumprirá o papel da *prevenção especial negativa* (inocuização). Apenas no âmbito da pena privativa de liberdade é possível a reflexão acerca da *prevenção especial negativa*. Entretanto, a presente tese conclui não ser função da pena ou do Direito Penal a *prevenção geral negativa* e as *prevenções especiais positiva e*

*negativa*. Jamais foi ou será função da sanção penal a ressocialização do condenado, sendo tal escopo externo ao Direito Penal. Verdade que o Direito Penal pode contribuir para a formação da personalidade do indivíduo, mas jamais poderá ser atribuído a tal ramo jurídico o citado desiderato. A função do Direito Penal e da pena sempre foi a de exercer um efetivo controle social das classes sociais menos favorecidas, isto é, vulneráveis e, por outro lado, obstaculizar a atuação jurídico-penal em relação aos comportamentos dos membros das classes sociais privilegiadas. Mas tal conclusão nunca pôde ser dita claramente pelos doutrinadores clássicos e vinculados à estrutura forjada no Estado Liberal de Direito. Em uma análise técnica e científica acerca das funções da sanção criminal, conforme realizada de modo exaustivo na presente tese, forçosa a conclusão no sentido de que o papel precípua a ser exercido pela pena é o de reafirmar a vigência e a validade da norma violada pelo comportamento infrator, estabilizando expectativas normativas legítimas e, em consequência, reduzindo a complexidade da sociedade complexa (*prevenção geral positiva*). Indicutível que, reflexamente, a intervenção do Direito Penal e a fixação em concreto de pena tutela bens jurídicos clássicos. Gunther jakobs jamais negou tal conclusão.

Assim sendo, a intervenção do Direito Penal e a fixação de uma pena atuam contrafaticamente, isto é, negam a comunicação gerada pelo ato delituoso no sentido da inobservância da norma jurídico-penal, reafirmando, por consequência, a vigência e a validade da norma violada. A *prevenção geral positiva* coaduna-se melhor com o Estado Democrático e Social de Direito, tendo em vista as inúmeras insuficiências demonstradas no tocante ao entendimento clássico acerca das funções da sanção penal.

A Política Criminal atual é caracterizada pelo que se denomina expansão ou modernização do Direito Penal. A modernização do Direito Penal tem sido impulsionada por inúmeros fenômenos, dentre os quais o surgimento de novos interesses e o aparecimento de novos riscos; a institucionalização da insegurança; o descrédito de outras instâncias, principalmente a administrativa; a avocação político-populista do discurso expansionista; o punitivismo e o Direito Penal simbólico. A sociedade atual é caracterizada por uma intensa complexidade, tornando-se imprescindível que os vários sistemas sociais contribuam eficazmente para a redução de tal complexidade, condição de possibilidade para o desenvolvimento da vida minimamente previsível. Principalmente após a Revolução Industrial, vários novos interesses individuais e sociais surgiram, assim como interesses pré-existentes sofreram uma reavaliação acerca do grau de sua relevância. O desenvolvimento industrial intenso gerou, como efeito colateral, porém inerente ao mesmo, a perda do controle racional acerca da relação de causalidade entre inúmeros comportamentos e suas possíveis

consequências ou resultados, bem como o grau do dano que tais comportamentos poderiam acarretar. Simultaneamente ao descrito efeito colateral da Revolução Industrial, a criminalidade foi se profissionalizando, estruturando-se, tornando-se, também, um fenômeno complexo inserido em uma sociedade complexa. A sensação de insegurança experimentada pelas pessoas passou a ser algo marcante dessa sociedade, provocando inúmeros desdobramentos psíquicos e, conseqüentemente, comportamental. Os integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo, sabedores do anseio social por mais segurança pública, pelo gozo efetivo desse direito fundamental, abraçaram o discurso expansionista do Direito Penal, elaborando, algumas vezes, textos legais distoantes dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, com o claro intuito eleitoreiro.

O Direito Penal, assim como a justiça criminal, possuem o condão de penetrar na personalidade da grande maioria das pessoas de modo eficiente (segurança cognitiva mínima), o que, em regra, não acontece com o Direito Administrativo e outros instrumentos de controle social. Retirar do âmbito jurídico-penal o instrumental que tem caracterizado a modernização do Direito Penal não surtirá o mesmo significado, o que gerará uma intervenção estatal ineficiente, com a conseqüente fragilização do combate à criminalidade moderna e fomentação da impunidade, o que significa algo inadmissível em um Estado que possui o dever de efetivar o direitos fundamentais à segurança pública e à paz social. Buscando se modernizar ou adequar-se às peculiaridades da sociedade complexa, assim como ao combate à nova criminalidade, o Direito Penal tem se valido de um novo e moderno instrumental de atuação (expansão material do Direito Penal), possuindo como marco uma antecipação da intervenção penal, materializada nos conhecidos crimes de perigo abstrato, assim como em um recrudescimento do tratamento jurídico-penal aos infratores da norma. A criminalidade se tornou e tem se tornado mais violenta, por que deveria o Direito Penal atribuir respostas brandas, leves e em muitos casos, até insignificantes a comportamentos gravíssimos, tanto no âmbito individual quanto no âmbito social? A resposta do Direito Penal deve guardar coerência aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. Não mais, mas também não menos!

A expansão ou modernização do Direito Penal em seu conteúdo máximo tem sido denominada Direito Penal do inimigo. O termo utilizado pelo professor Gunther Jakobs causa uma aparente perplexidade e está impregnado de pré-conceitos, sendo o Direito Penal do inimigo bastante criticado pela doutrina em geral. A essência da discussão acerca da expansão ou modernização do Direito Penal e Direito Penal do inimigo está, a nosso ver, pedindo *venia* aos que pensam em sentido diverso, na distinção entre pessoas portadoras de uma suficiente

segurança cognitiva e pessoas destituídas dessa mínima segurança cognitiva. Ser portador de uma mínima segurança cognitiva é condição de possibilidade para que a intervenção jurídico-penal e a respectiva sanção penal atuem contrafaticamente, no sentido de destacar a vigência da norma violada, assim como resgatar a credibilidade da mesma, em outras palavras, propiciar que a vontade da coletividade contida na norma prevaleça em detrimento da vontade individual contida no comportamento delituoso. Quando o indivíduo não possui uma segurança cognitiva mínima, significa que está em guerra com o Estado, o que refletirá em uma atuação estatal proporcional ao comportamento criminoso. Nem toda expansão ou modernização do Direito Penal significa Direito Penal do inimigo. Os instrumentos jurídico-normativos de que se vale o Direito Penal do inimigo constituem peculiaridades da expansão ou modernização do Direito Penal levadas ao extremo, no sentido de limitar direitos e garantias fundamentais individuais para a observância e efetivação de direitos e garantias fundamentais sociais. A expansão ou modernização do Direito Penal, Direito Penal do inimigo ou não, necessariamente extrai sua (i)legitimação nos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo tal análise ser realizada em concreto, observando a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, nos termos do procedimento da ponderação de Robert Alexy. O Capítulo n. 03 da tese analisa os principais fenômenos responsáveis pela expansão do Direito Penal, bem como descortina as peculiaridades do bastante criticado Direito Penal do inimigo. Os fenômenos impulsionadores da modernização do Direito Penal tem propiciado uma inflação de textos jurídico-penais, muitos deles harmônicos com a estrutura principiológica constitucional e outros em desconformidade com a Constituição do Brasil. No tocante às últimas tendências mundiais do poder punitivo estatal, a tese demonstra a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato e da acusação geral, desde que permita ao acusado conhecer e se defender dos fatos que lhes são imputados – acusação geral tem ocorrido nas denúncias por delitos societários (Lei n. 8137/90, Lei n. 7492/86, Lei n. 8078/90 e Lei n. 9605/98).

Em um Estado Democrático de Direito pressupõe-se a efetivação dos direitos e garantias fundamentais sociais, ao menos sob o paradigma do postulado da proporcionalidade em seu conteúdo referente ao mínimo existencial. Na República Federativa do Brasil a efetivação de muitos desses direitos fundamentais não passa de uma promessa descumprida, o que tem fragilizado a nossa democracia e contribuído para a ineficácia da igualdade na sua dimensão material. A evolução das dimensões dos direitos e das garantias fundamentais acompanha a evolução do Estado e da Sociedade, tornando-se uma exigência constitucional a efetivação de todas essas dimensões. A presente tese adere ao entendimento de que os direitos

e as garantias fundamentais constituem-se princípios constitucionais, sendo, portanto, condição de possibilidade de todo o desdobramento do ordenamento jurídico. O Direito Penal forjado no Estado Liberal de Direito, pretendeu efetivar os direitos fundamentais de primeira dimensão, isto é, direitos vinculados à liberdade, exigindo-se, por parte do Estado, uma não atuação, isto é, um comportamento abstencionista. Nesse sentido, a estrutura principiológica liberal-individualista, de origem nas revoluções iluministas, teve por escopo limitar a intervenção jurídico-penal e, conseqüentemente, legitimar a mesma, pautando-se pelos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e *ultima ratio*. O garantismo penal exerceu fundamental papel para a superação do Estado absolutista, contribuindo para relevantes conquistas históricas. A tentativa de intervenção do Direito Penal em comportamentos praticados pelas classes sociais privilegiadas economicamente ou detentoras de poder, historicamente tem encontrado resistência sob o fundamento de violações à estrutura liberal-individualista cunhada séculos atrás. Por outro lado, porém caminhando ao encontro da nossa percepção do Direito Penal, o Direito Penal Liberal sempre legitimou e impulsionou a expansão da criminalização de condutas “típicas” das classes sociais vulneráveis. Com a evolução das dimensões dos direitos e das garantias fundamentais, tornou-se imperiosa a efetivação dos direitos e das garantias fundamentais de segunda e terceira dimensões, exigindo-se, para tanto, uma profunda modernização ou adequação do ordenamento jurídico como um todo e, em especial, do Direito Penal. A estrutura garantista liberal-individualista de efetivação de direitos fundamentais de primeira dimensão passou a ser insuficiente (já havia cumprido com sucesso seu objetivo), tendo em vista a exigência e a necessidade histórica de efetivação de direitos e garantias fundamentais de caráter coletivo e social. O Capítulo n. 04 da tese desenvolve argumentos a favor da teoria dos direitos fundamentais, demonstrando a concepção principiológica da mesma, ou seja, direitos e garantias fundamentais constituem princípios constitucionais, característica que redundará em colisões entre os mesmos, devendo as hipóteses de colisão serem solucionadas pelo procedimento da Ponderação desenvolvido por Robert Alexy, constituindo-se, assim, metodologia estruturante para substanciar a modernização do Direito Penal. Portanto, modernização ou expansão do Direito Penal extrai sua legitimidade na estrutura principiológica constitucional, no sentido da exigência do momento histórico da materialização dos direitos fundamentais sociais, mesmo que, para tanto, haja a necessidade de restrição dos direitos fundamentais de primeira dimensão, objeto precípua de tutela do Direito Penal liberal. Assim, a colisão entre direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais sociais torna-se a essência da modernização do Direito Penal. Não é possível combatermos a nova criminalidade valendo-se de uma estrutura estrita

de observância dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Necessária, se faz, assim, uma restrição a tais direitos fundamentais, observando o núcleo essencial dos mesmos e de **modo proporcional ao ganho que será gerado na efetivação dos direitos fundamentais sociais**. A colisão entre tais direitos torna-se, cada vez mais frequente em uma sociedade complexa como a atual.

Em uma sociedade complexa, plural e democrática, não há direito fundamental absoluto. O conteúdo do direito fundamental deve levar em consideração, em se bojo, a compatibilização proporcional e razoável com os demais direitos fundamentais, em todas as suas dimensões. As restrições aos direitos fundamentais também não são absolutas. As restrições devem ser orientadas, de modo cogente, pelo **procedimento da ponderação de Robert Alexy, assim como pelos postulados normativos da proporcionalidade da razoabilidade**. O Capítulo n. 04 da tese demonstra como a Ponderação é condição de possibilidade para gerar racionalidade e controle às decisões judiciais quando do enfrentamento de colisões entre direitos fundamentais. Uma Constituição plural e democrática gera, inexoravelmente, essa colisão. As decisões judiciais devem, necessariamente, extrair seu conteúdo do ordenamento jurídico, de modo harmônico, coerente e íntegro com a Constituição da República Federativa do Brasil. A decisão judicial que se valha de argumentos externos ao Direito não possui legitimidade, é inválida e seus efeitos devem ser afastados da vida dos cidadãos. Já há alguns anos, vivemos um momento histórico no qual, de modo consciente e, muitas vezes, de modo inconsciente, as decisões judiciais tem extraído seu fundamento de validade em argumentos metajurídicos (fora do ordenamento jurídico), gerando uma grave fragilizando na autonomia do Direito e, em consequência, do próprio Estado Democrático. Conforme denuncia o professor Lenio Luiz Streck, já passara a hora de discutirmos, refletirmos e construirmos uma nova Teoria da Decisão.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 93, inciso IX, determina que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. O inciso IX do art. 93 é um claro exemplo de colisão de direitos fundamentais, tendo sido a decisão política pautada pelos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. O procedimento da Ponderação de Robert Alexy objetiva exatamente conferir racionalidade e controle à decisão judicial, não obstante algumas intensas críticas sejam dirigidas ao mesmo. As críticas são válidas, porém desconsiderar a técnica e a

racionalidade de tal procedimento constitui um grande equívoco, *data venia*. A norma jurídica construída para o caso concreto é dotada de uma pequena margem de discricionariedade em sentido fraco (Ronald Dworkin), que influenciará o sentido da decisão final e, portanto, torna-se imprescindível o seu controle para assegurar os direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa, assim como a autonomia do Direito, evitando privilégios, perseguições, decisionismos ou arbitrariedades.

O Procedimento da Ponderação de Robert Alexy, não obstante algumas críticas, possui o mérito de inserir na construção da decisão judicial, no caso de colisão de direitos fundamentais, um mínimo de controle, gerando, assim, racionalidade à mesma. Tal procedimento, para facilitar a sua compreensão e a sua aplicação, é fragmentado em três etapas, denominadas máximas: a)adequação; b)necessidade e c)proporcionalidade em sentido estrito ou lei da colisão. Conforme destacado, em um Estado Democrático surgem, frequentemente, colisões entre direitos fundamentais em decorrência da previsão constitucional de múltiplos interesses em abstrato. O Procedimento da Ponderação de Alexy constitui-se em um verdadeiro e legítimo instrumento para a adequação da decisão no caso de colisão de direitos fundamentais com a estrutura principiológica insculpida na Constituição de 1988. Os postulados normativos da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito) e da razoabilidade atuam como verdadeiras fontes de legitimação da decisão judicial a ser proferida, com observância estrita do núcleo ou essência de tais direitos.

As críticas direcionadas ao Procedimento da Ponderação de Alexy, muitas das vezes são dirigidas não ao Procedimento em si, mas sim ao modo como tal procedimento tem sido importado pelos países, em especial pelos integrantes do Poder Judiciário brasileiro. O professor Lenio Streck critica veementemente o modo como o Procedimento da Ponderação é utilizado no Brasil. Não obstante sermos defensores do Procedimento da Ponderação, aderimos às críticas de Streck, tendo em vista que, em nosso país, em regra, temos importado uma vulgata do mesmo, que tem produzido uma grave repriminção da discricionariedade em sentido forte, tão denunciada por Ronald Dworkin como uma das características das vertentes do positivismo jurídico.

A expansão ou modernização do Direito Penal possui como condição de possibilidade a ruptura com o paradigma liberal-individualista forjado no Estado Liberal de Direito, cujo escopo foi a tutela dos direitos e das garantias fundamentais de primeira dimensão. A ruptura com o paradigma liberal-individualista gera como consequência, uma proporcional e razoável restrição dos direitos e das garantias fundamentais individuais, contribuindo decisivamente para a intensificação da efetivação de outros direitos de conteúdo coletivo e social. A interpretação

do texto constitucional deve guardar coerência e harmonia com os fundamentos e com os objetivos a serem atingidos por nossa República, sendo absolutamente equivocada a atribuição de sentido de modo isolado, desconsiderando a unidade e a sistemática de todo o ordenamento jurídico. Portanto, na colisão de direitos fundamentais individuais e sociais, deve-se ter como parâmetro a construção da norma jurídica mais adequada aos fundamentos e aos objetivos da República Federativa do Brasil, com observância do Procedimento da Ponderação de Robert Alexy, que possui por base os postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade, que conferirá racionalidade e controle à decisão judicial.

Pode-se concluir que a expansão ou modernização do Direito Penal retira sua legitimidade na efetivação do direito fundamental à segurança pública, bem como na efetivação dos direitos fundamentais de conteúdo social. A efetivação do direito fundamental à segurança pública e a efetivação dos direitos fundamentais sociais constitui condição de possibilidade para a efetivação dos direitos fundamentais individuais, propiciando um gozo mais intenso por parte de seus titulares. Para que ocorra a importante efetivação dos direitos fundamentais de cariz social, faz-se necessário e legítimo que o Direito Penal modifique o arcabouço instrumental de combate à moderna criminalidade, em especial à criminalidade do “andar de cima”. A efetivação de tais direitos fundamentais – que exigem uma atuação prestacional por parte do Estado – faz-se necessária uma enorme quantia financeira que, para sua existência, torna-se imprescindível, o combate efetivo aos delitos tributários, societários, dentre outros. Por outro lado, para que as pessoas possam gozar de bens como a vida, o patrimônio, a liberdade – bens jurídicos clássicos, nos termos da teoria do bem jurídico-penal – é imprescindível que o Estado tutele, precipuamente – interesses metaindividuais ou transindividuais, como o meio ambiente, a ordem tributária, a relação de consumo, a ordem econômica, o mercado de capitais etc. A proteção desses novos interesses propiciará, reflexamente, a viabilização do gozo daqueles, além de contribuir, de modo importante, para o aumento de receita do Estado, *conditio sine qua non* para a efetivação de direitos fundamentais coletivos e sociais.

O item n. 4.4 da tese intitulado *a expansão do Direito Penal como resposta constitucionalmente adequada*, demonstra a urgente necessidade do rompimento com o paradigma liberal-individualista que sempre norteou o Direito Penal. Com fulcro nos objetivos da República Federativa do Brasil, na concepção principiológica dos direitos fundamentais, na Ponderação como metodologia estruturante para substanciar a modernização do Direito Penal e nos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade, a



Constituição do Brasil impõe uma mudança de paradigma do Direito Penal, tendo como consequência e como resposta constitucionalmente adequada, a denominada modernização ou expansão do Direito Penal. Portanto, o problema que a presente tese pretendeu responder – a (i)legítima expansão do Direito penal a partir do procedimento da ponderação de Robert Alexy: a proporcionalidade como vetor para uma adequada releitura dos direitos fundamentais no século XXI – foi respondido no sentido de que, extraindo sua sustentação na estrutura jurídico-constitucional, a expansão ou modernização do Direito Penal, em regra, é legítima e necessária, pois imprescindível para a efetivação de direitos fundamentais sociais e coletivos. A segurança pública e a paz são direitos fundamentais que, na hipótese de não serem efetivados – máxima efetividade – obsatulará a intensificação do gozo dos demais direitos fundamentais, em especial os de primeira dimensão. O rompimento com o paradigma liberal-individualista possui em sua essência a colisão entre direitos fundamentais individuais e sociais, sendo tal colisão resolvida com fulcro no procedimento da ponderação e nos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade.

**REFERÊNCIAS**

- AFONSO, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: 2005.
- AGUADO CORREA, Tereza. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa; 1999.
- ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison, *Ratio Juris*, [S.l.], v. 16, n. 4, p. 436-437, dez. 2003.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BACIGALUPO, Silvina; CANCIO MELIÁ, Manuel (Coord.). *Derecho penal e política transnacional*. Barcelona: Atelier, 2005.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto de Criminologia, 1999.
- BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação. direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BATISTA, Nilo. Fragmentos de um discurso sedicioso. *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 75, 1 sem. 1996.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/3-ARTIGO](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/3-ARTIGO)>. Acesso em: 12 mar. 2014.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de Espana, 2002.
- BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Trad. de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECKER, Gary. Crime and punishment: na economic approach. *Journal of Law*, [S.l.], v. 78, May/June, 1970

BERGEL, Jean-Louis. *Méthodes Du droit-théorie générale du droit*. Marseille: Dalloz, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Camus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icove, 1990.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, n. 3, abr./jun. 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2013.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 83554/PR – STF*, Segunda Turma, Pacte.: Henri Philippe Reichstul. Impte.: José Gerardo Grossi. Coator(a/s)(es) Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2169746>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 85579/MA*. Pacte.(s) Aldenor Cunha Rebouças. Impte.(s) Bóris Trindade e outro(a/s). Coator(a/s)(es) Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em: 24 de maio de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2276385>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 104.410 Rio Grande do Sul*. Pacte.(s): Aldori Lima ou Aldori de Lima. Impte.(s) :Defensoria Pública da União. Proc.(a/s)(es): Defensor Público-Geral Federal. Coator(a/s)(es): Relator do Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 984616 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 6 mar. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRUNO, Aníbal. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1969.

CALLEGARI, André Luís (Org.). *Direito penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CALLEGARI, André Luís, MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In CALLEGARI, André

Luís. *Política criminal, Estado e democracia: homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CALLEGARI, André Luís. Direito. In: GIACOMOLLI, Nereu José; KALIL, Lúcia. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CALLEGARI, André Luís. *Política criminal, Estado e democracia: homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CALLEGARI, André Luís; CANCIO MELIÁ, Manuel; RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. *Crime organizado: tipicidade, política criminal, investigação e processo - Brasil, Espanha e Colômbia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: seminario com Gunther Jakobs em la UAM*. Prólogo de Gunther Jakobs. Madrid: Thomson Civitas, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição*. Direito constitucional. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia No. T-028/94*. Disponível em: <[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-028-94.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-028-94.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2013.

CONDE, Francisco Munoz; BUSATO, Paulo César. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Dados referentes ao ano de 2009. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/index](http://www.cnj.jus.br/index)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Dados referentes ao ano de 2010. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/index](http://www.cnj.jus.br/index)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução de Antônio José Brandão. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1972.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. t. 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

ESTEFAN, André. *Direito penal I: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Prólogo. In: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GADAMER, Hans-George. *Verdade e método*. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Apresentação do prof. Dr. Bernd Schunemann. Tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Intepretação e Crítica)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação-aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Luiz Fabris, 1997.

HABERMAS, Jurgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional: da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Tradução de Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

HOLMES, Oliver Wendel. *The common law*. Boston: Little & Brown, 1945.

HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social e democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. 2. ed. Santiago de Chile: ConoSur, 1992.

HULSMAN, Louk. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 2. ed. Niterói: Luam, 1997.

JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. corr. Traducción: Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Ediciones Juridicas, 1997.

JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Coordenador e supervisor Luiz Moreira; Tradutores Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008a.

JAKOBS, Gunther; CÂNCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b.

JAKOBS, Gunther; CÂNCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JORNAL ESTADÃO, São Paulo, 21 jun. 2010. Disponível em: <[www.ESTADÃO.COM.BR](http://www.ESTADÃO.COM.BR)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: tradução João Baptista Machado*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LISZT Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Higydio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, t. 1.

LOCKE, John. *Essays on the law of Nature*. Oxford-Clarendon: Leyden, 1954.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

MACHADO NETO. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1875.

- MATA Y MARTIN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermédios y delitos de peligro*. Granada: editora Comares, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Pailo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 4. ed. Barcelona: PPU, 1996.
- MIR PUIG, Santiago. *Wertungen, Normen und Strafrechtswidrigkeit*. Goltammer's Archiv fur Strafrecht, 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1993. t. 4.
- MIRANDA, Jorge. Prefácio. In: CUNHA, Paulo Ferreira da (Org.). *Direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1 ao 5 da Constituição da República Federativa do Brasil*. Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAIS, Guilherme Braga Pena de. *Dos direitos fundamentais para uma teoria*. São Paulo: Ltr, 1997.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito, 2010.
- MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MUNOZ CONDE, Francisco. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Francisco Munoz Conde e Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.
- OLIVEIRA, Rafael Tomáz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PENARANDA RAMOS, Enrique; GONZÁLES, Carlos Suárez; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Gunther Jakobs*. Tradução e Organização André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- PERELMAN, Chain. *Ética e direito*. Tradução de Maria E. Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PEREZ LUNO, Antonio E. *Derechos humano, Estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PLATÃO. *Apologia a Sócrates*. São Paulo: Escala, 2005. (Coleção mestres pensadores).

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RIBAS, José Vieira. A Constituição Federal de 1988 e um modelo de direitos fundamentais incompleto. In CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RODRÍGUEZ, Laura Zuniga. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução por Genaro Carrió. 4. ed. Argentina: Universitária de Buenos Aires, 1977.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Thomson Civitas, 2006b. t. 1: Fundamentos: la estructura de la teoría del delito.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Trad. Enrique Bacigalupo. *Nuevo pensamiento penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Buenos Aires, ano 4, 1975.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dyrkinson, S. L, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1.

SANTOS, Boaventura de Souza. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: HELELR, Agnes. *A crise de paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.



SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais*: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

SERRETTI, André Pedrolli. *Comportamentos socialmente típicos e sistema social*: complexidade, contigência e confiança. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza/CE – junho de 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Prestação de serviços à comunidade*: alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. Montevideo; Buenos Aires: Ibdef, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico Heideggeriano. Sobre a essência do fundamento. In: CONFERÊNCIAS e Escritos Filosóficos de Martin Heidegger. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os Pensadores).

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.