



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**DIREITO PENAL E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:
UMA RELEITURA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE EXCLUDENTE**

VALDEIR RIBEIRO DE JESUS

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR VALTER FOLETO SANTIN

JACAREZINHO (PR) – 2010



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**DIREITO PENAL E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:
UMA RELEITURA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE EXCLUDENTE**

VALDEIR RIBEIRO DE JESUS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR VALTER FOLETO SANTIN

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

J58d	<p>Jesus, Valdeir Ribeiro de. Direito penal e princípio da proporcionalidade: uma releitura no contexto da sociedade excludente / Valdeir Ribeiro de Jesus. – Jacarezinho, Pr : [s.n.], 2010. 125 f.</p> <p>Orientador: Prof. Dr. Valter Foletto Santin. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2010. Bibliografia: f. 114 -125.</p> <p>1. Direito penal. 2. Princípio da proporcionalidade – Direito penal. 3. Direito – Estado social e democrático. 4. Intervenção penal. 5. Direito – Função política. 6. Exclusão social. I. Santin, Valter Foletto. II. Universidade Estadual do Norte do Paraná. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Ciência jurídica. III. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDU 343.2</p>
------	--

VALDEIR RIBEIRO DE JESUS

**DIREITO PENAL E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:
UMA RELEITURA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE EXCLUDENTE**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Valter Foletto Santin
Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. Gilberto Giacóia
Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. Zulmar Antonio Fachin
Universidade Estadual de Londrina/Cesumar/PUC-PR

Jacarezinho, 29 de outubro de 2010.

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, **Edson e Cleuza**, exemplos de luta e retidão.

À minha avó **Zerzulina**, símbolo de vida e perseverança.

Aos meus irmãos, **Wagner e Walter**, simplesmente por serem família.

À minha querida sobrinha, **Thayla Fernanda**, figura indissociável de minha vida.

Ao **Deus do impossível...** e aos meus que junto dele estão (*in memoriam*)

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus, Aquele que costumo denominar de “Deus do impossível”, por me proporcionar a vivência de situações que distariam muito do meu mundo primário, me permitindo sonhar, acreditar e partilhar da certeza de que com Ele tudo é possível. Obrigado, Senhor, por mais este momento!

Aos meus pais queridos, Edson e Cleuza, que por diversas vezes foram tolhidos de um mínimo de convivência familiar em função da dedicação aos seus filhos, dos quais privilegiadamente sou parte. Na retidão de suas vidas ensinam o trabalho e esforço pessoal como a chave para vida. Meus pais, sei de minha enorme falta para com os senhores, e sei também que nunca conseguirei chegar ao mínimo de dedicação que merecem em retribuição, principalmente porque no incondicional amor que têm por mim, acreditam e torcem pela vitória e conquista deste momento. Saibam que se esse é um momento marcante em minha vida, o mérito é tão somente dos senhores, principalmente porque me disseram um dia, contextualizados em nossa realidade econômica familiar: “a educação [ensino] é a única herança que podemos te deixar”. Sintam-se honrados pelo legado deixado, como me sinto orgulhoso pela herança recebida. Obrigado pelo amor, compreensão e dedicação. Deus os abençoe, sempre.

Aos professores do Programa de Mestrado, especialmente ao meu Orientador no Programa, Professor Doutor Valter Foletto Santin, por demonstrar a perfeita compatibilidade entre a atividade docente e a militância profissional como Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, exemplo de mestre com vivência e experiência prática e fundamentação teórica tão caras, hoje, aos bancos universitários.

Aos meus irmãos e avó materna, bem como aos demais familiares, por me ajudarem a compreender melhor o sentido da palavra família, principalmente porque, por vezes distantes buscavam entender o sonho que eu buscava satisfazer e sempre que possível contribuía, cada qual de sua forma e dentro de suas possibilidades, seja com uma ajuda financeira para a viagem, seja com o empréstimo de um automóvel para ser feita a viagem, seja como companhia de viagem.

E por falar em viagens, quantas foram já não sei precisar, a contagem me fugiu. Mas não as imagens delas, como cenas de um filmes que estão fixadas na memória. Assim, não poderia deixar de agradecer aos amigos de turma, ou melhor, das turmas do Programa, que compartilharam os vários quilômetros que compõem a formação deste trabalho. Muito obrigado, porque certamente contribuíram muito mais do que imaginam para solução desta dificuldade. Estejam sempre sob as bênçãos de Deus.

Aos moradores e amigos da Casa do Estudante (em Jacarezinh/PR), pela acolhida e hospedagem, como contribuição ímpar para o cursar.

Aos funcionários da Instituição, em especial à Natalina, na qual agradeço aos demais, pelo “amor ao seu ofício”. Mais do que uma atribuição, faz de sua atividade um espaço para desenvolver a humanidade que lhe é natural.

E no final talvez tudo tenha sido um amontoado de cenas que inusitadamente compõem parte do filme de uma vida, a minha. Peço licença para uma metáfora: Filme no qual diversos atores constituem o elenco, sejam eles integrantes do núcleo de personagens principais, sejam figurinistas, todos fazem do filme o espetáculo, o qual sem os demais profissionais não passaria de projeto. A todos aqueles (servidores da Instituição e alunos da graduação) que ao longo do cursar do Programa de Mestrado foram elenco ou profissionais de execução deste filme, sejam nos auxílios materiais de suporte, nos estudos realizados nos grupos de pesquisa, nas aulas ministradas e monitoradas, e, nas festas de comemoração e conversas de intervalo ou pós-aula, meu muito obrigado.

A todos aqueles que desacreditaram da possibilidade de conclusão desta etapa e realização de um sonho, e, por vezes empenharam forças para morte deste sonho. Vocês foram os espinhos de motivação. Como espinhos traziam à lembrança o dito popular “A vitória sem sacrifício não tem sabor”, e, eram força motriz para o avançar. Obrigado, e, que Deus os abençoe.

Por último, mas não por menor importância, à Fundação Araucária pela viabilização material deste sonho na qualidade de pesquisador-bolsista do Programa de Verticalização do Ensino Superior.

Atravessando o mapa traçado pela codificação para encontrar o caminho da segurança, creio que seja fundamental reencontrar o homem (nas ruas, nas praças, nas estradas), antes que no território do policiamento e do medo punitivo, no da pedagogia e da cidadania. (ANDRADE, V. R. P. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.)

Ainda que o próprio Deus ditasse as leis, ainda que os juízes fossem santos, ainda que promotores de justiça fossem super-homens, ainda que delegados e policiais formassem um exército de querubins, ainda assim o direito – e o direito penal em particular – seria um instrumento de desigualdade. Porque a igualdade formal ou jurídica não anula a desigualdade material que lhe subjaz. O direito penal, em especial, sob a ilusória aparência de igualdade, é, por excelência, um veículo de afirmação e reprodução de desigualdades sociais reais, pois a ficção de igualdade rui ante a desigualdade substancial. Afinal, não se trata de um problema circunstancial, que se possa vencer pela boa vontade de legisladores e aplicadores da lei: é um problema estrutural. (QUEIROZ, P. S. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.)

JESUS, Valdeir Ribeiro de. *Direito penal e princípio da proporcionalidade: uma releitura no contexto da sociedade excludente*. 2010. 123 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho.

RESUMO

O presente trabalho apresenta o resultado do estudo acerca do regramento da intervenção estatal no campo do Direito Penal, como uma possível proposta de minoração da exclusão social e ampliação da cidadania. Reflete sobre o papel do aplicador do direito em sua interface cotidiana. Dada a constatação do necessário controle e limitação do poder punitivo e de suas agências, fornece argumentos, na ordem da função política do direito, para limitar a intervenção repressiva estatal, em determinados momentos, e, noutros, exigir uma postura estatal ativa, como busca de efetivação de Justiça. Elucida os efeitos da globalização no sistema penal, ao mesmo tempo que divulga uma face de positivação dos princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio da proporcionalidade. Revela uma fundamentação existencial do Direito Penal no Estado Social e Democrático de Direito como instrumento de efetivação de direitos fundamentais, sempre respeitada a orientação principiológica deste modelo de Estado, no processo relacional das teorias penais de criminalização e descriminalização, estruturada sob os contornos da indispensável segurança pública e do resgate da humanidade do sistema penal, destacando-se os conflitos e as disputas ideológicas travadas. Trata da permissão ao aplicador do direito de interpretar e aplicar a norma jurídica priorizando as legítimas expectativas sociais, e, ilustra a aplicação do princípio da proporcionalidade na esfera do Direito Penal, o que significa aplicar um direito que vai além da letra fria da lei porque acolhe valores e anseios contextualizados, defendidos pela sociedade em seu tempo e realidade. Permite a conclusão de ser a Justiça um desafio, articulado a partir de um conceito em constante processo de desconstrução e reconstrução, principalmente no relacionado à intervenção penal do Estado de orgânica moldura democrática e social a caminhar para um Direito justo e uma sociedade com conflitos em escalada decrescente.

Palavras-chave: princípio da proporcionalidade; Estado Social e Democrático de Direito, intervenção penal; função política do direito; Direito Penal; exclusão social.

JESUS, Valdeir Ribeiro de. Criminal Law and the proportionality principle: a reinterpretation in the context of excluding society. 123 p. Dissertation (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho.

ABSTRACT

The present paper shows the study's result about the regulation of state intervention in the penal Law field, as a possible proposal of social exclusion's reduction and citizenship's enlargement. It reflects at the Law applicator's role in his daily interface. Given the demonstration of necessary control and limitation of punitive power and its agencies, it gives arguments, at political function of Law's order, to limit the state's repressive intervention, at determined moments, and, at others, demand an active state posture, as a search of effective justice. It elucidates the globalization effects at penal system, at the same time that releases a positivization side of the human person dignity principles and proportionality principle. It reveals an existential substantiation of penal Law in the Social and Democratic State of Right as an instrument of effective fundamental rights, always respecting the principle-logical orientation of this model of State, in the relating process of penal theories of criminalization and decriminalization, structured under the contours of indispensable public security and humanity rescue of penal system, standing out the conflicts and the engaged ideological disputes. It treats the permission to the Law applicator of interpreting and applying the juridical norm prioritizing the rightful social expectations, and, it illustrate the application of the proportionality principle at penal Law sphere, which means applying a Law that goes beyond the cold writing of law because it takes in contextualized values and cravings, defended by society at its time and reality. It allows the conclusion of justice being a challenge, jointed by a concept in a constant process of deconstruction and reconstruction, especially related to the penal intervention of the State of democratic and social organic frame to walking to a fair Law and a society with conflicts in decreasing scale.

Keywords: the proportionality principle; Social and Democratic State of Right, the penal intervention; political function of Law; penal/criminal Law; social exclusion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I – O DIREITO, O ESTADO E A JUSTIÇA	15
1.1. O Estado Social e Democrático de Direito e a Dignidade Humana	18
1.2 A Relação da Sociedade Excludente com o Direito	20
1.2.1 Os sujeitos de direito e seus direitos primários	23
1.2.2 Alguns fatores de exclusão	25
1.3 A Normatividade Operante da Justiça para além do Eu	29
1.4 Aspectos Jurídicos Primordiais da Efetivação dos Direitos Fundamentais	35
1.4.1 Pressuposto para interpretação no Estado Social e Democrático de Direito (sensibilidade, alteridade e responsabilidade).....	35
1.4.2 A interpretação constitucional principiológica concretizadora de direitos fundamentais.....	40
CAPÍTULO II – O DIREITO PENAL E O SEU RESPECTIVO SISTEMA NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO	48
2.1 A Intervenção Estatal Jurídico-Penal	49
2.2 Do Direito Penal como Afirmação da Liberdade.....	54
2.3 O Desvirtuamento do Escopo Existencial do Sistema Penal.....	55
2.4 A Eleição de Modelos Ideais	58
2.5 O Sistema Penal do Não-serviço e as Promessas Descumpridas	60
2.6 Os Contornos do Direito Penal Moderno: a Busca do Ponto Médio	69
2.7 O Papel do Juiz no Direito Penal Moderno.....	76
CAPÍTULO III – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL	81
3.1 Princípio da Proporcionalidade.....	81
3.2 O Princípio da Proporcionalidade e os Direitos Fundamentais	89
3.3 Reflexos da Normatividade do Princípio da Proporcionalidade no Tratamento das Infrações Penais.....	93
3.4 A Intervenção Penal sob a Égide do Princípio da Proporcionalidade.....	97
3.4.1 Da intervenção penal de tutela de bens jurídicos supra-individuais	97
3.4.2 Crimes contra a ordem econômica.....	102
3.4.3 Dano social no delito econômico: a razão do intervir penal.....	109
CONSIDERAÇÕES FINAIS	111
REFERÊNCIAS	115

INTRODUÇÃO

A razão de ser da pesquisa reside no inconformismo diante de atentados ao direito fundamental à liberdade individual que repousa sobre determinados atores sociais, elidindo e imunizando outros da ação interventiva penal.

Mais do que apresentar conceitos e uma posição assumida frente ao direito penal no cenário deste século XXI, o trabalho revela uma tentativa de promover uma reflexão sobre a utilidade do direito penal e o sistema que se insere no Estado Social e Democrático de Direito brasileiro.

Para tanto, introduz-se a temática conceito e efetividade do Estado Social e Democrático de Direito, bem como pela efetivação da dignidade humana como princípio norte deste modelo de Estado, denunciando a exclusão advinda do distanciamento do postulado estruturante.

Acusa um critério de preferência na eleição de atores sociais do cenário penal, com flagrante desnaturação da qualidade de sujeito de direitos no que toca a uma categoria de indivíduos e a falácia da proteção do direito à segurança como elemento motivador desta parcialidade assumida.

Caminha-se pelo a partir da exposição do contexto de constante evolução do direito penal, até despontar na indispensável compatibilidade de um Direito Penal com o modelo de Estado adotado, o Estado Social e Democrático de Direito a exigir, em sua essência, a minimalização do referido ramo jurídico, por um lado, e, por outro, a plena garantia de tutela dos bens eleitos como merecedores desta intervenção. Indicia-se os postulados para um Direito Penal mínimo nos princípios albergados pela Constituição da República Federativa do Brasil (1988), reclamadores de observância da dignidade humana e da proporcionalidade da intervenção estatal.

No tocante à aplicação de normas contidas em textos legais ilustra o motivo a ocasionar, por vezes, descontentamento e injustiças ante alguns contextos sociais.

Foca na interpretação principiológica das normas que encontra

defensores nos diversos ramos da ciência jurídica, alcançando o ramo penal, principalmente pela interferência de suas normas sobre os bens jurídicos de maior magnitude, conforme eleição constitucional. Nestes princípios norteadores da positivação das normas constitucionais, dando-se especial destaque aos princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, funda-se o presente objeto de estudo, com o fito de apresentar argumentos de compatibilidade entre a criminalização e descriminalização de condutas a partir da interpretação constitucional principiológica.

Necessária a constatação da variação do entorno social modernamente vivido para se entender o real espectro do Direito Penal.

Verificação esta que denuncia um cenário de exclusão social, a desconsiderar o sujeito de direito, minimizando as oportunidades de exercício de uma cidadania, e, um Direito Penal por prestar um desserviço à sociedade na medida em que não consegue atingir seu escopo existencial, assim, por servir de instrumental ao processo excludente.

Capturadas e apontadas são as falhas institucionais do Direito Penal, bem como os vícios que rompem com a sistematicidade do ordenamento, mas que não são visualizados na gravidade que detêm.

Uma proposta de releitura do Direito Penal passa pela assunção de postura [em seu sentido lato] dos operadores do direito à favor da vida, e, da dignidade da pessoa humana, com fulcro nos postulados éticos da alteridade e libertação.

Na busca de uma resposta à inquietação, o princípio da proporcionalidade oferta seu legado como termômetro à concretização de direitos fundamentais, seja diretamente, a partir da implementação deste, ou ainda indiretamente, quando da tutela de bens e interesses jurídicos que viabilizam o exercício de direitos fundamentais tanto individuais como coletivos.

Assim, após a denúncia da exclusão social o que se busca é a promoção da cidadania, um conceito fundamental do Estado Social e Democrático de Direito, até então sonegada ao excluído.

Na variação entre os argumentos de criminalização e descriminalização de condutas para persecução, via Direito Penal, da cidadania,

Justiça e dignidade humana, uma consiste na justificação da repressão necessária, mediante arsenal jurídico-penal, à criminalidade econômica sob o foco da verificação do dano social provocado pela conduta ilícita em questão.

Por outro lado, merece espaço a incursão tocante à ameaça de criminalidade (a também uma cultura do pânico), segurança pública, intervenção estatal atuante no limite entre o legal e legítimo e ilegal e ilegítimo, bem como a transformação do já debilitado estado social em estado penal.

Em que pese possam em alguns momentos parecer contraditório os argumentos aqui trazidos no tocante à criminalização ou descriminalização de condutas, o que se pretende é justamente gerar um raciocínio de análise da compatibilidade entre a criminalização e a descriminalização de condutas, juntamente com uma resposta penal efetiva e um conjunto de práticas de aplicação do direito no objetivo de consolidação da práxis democrática.

Sem a construção de um espaço significativo comum à cidadania e à intervenção penal não há condições de sociabilidade, e, não há coletividade. E sob a égide do princípio da proporcionalidade se espera a aproximação entre a efetividade de direitos na intervenção penal e a efetivação da Justiça.

“Direito Penal e princípio da proporcionalidade: uma releitura no contexto da sociedade excludente” consiste no tema aqui desenvolvido, com a modesta pretensão de contribuição inicial e instrumental acerca da temática, para investigações futuras em área de tamanha complexidade.

CAPÍTULO I – O DIREITO, O ESTADO E A JUSTIÇA

A sociedade enquanto organização humana para perpetuidade da vida estabelece normas que tornam a convivência social viável. A afirmação simples anterior reveste-se de maior complexidade a medida que guarda em si a essencialidade da aglutinação humana e sua finalidade, bem como o instrumental indispensável para manutenção desta vivência comum.

Trata-se aqui da garantia da vida enquanto bem irrenunciável do homem que resolveu se associar para dar maior condição à perpetuidade desta, sendo a continuidade da vida a finalidade da reunião dos homens.

Por outro lado, em complementariedade e como condicionante, os homens têm normas a seguir, de modo a possibilitar a convivência pacífica entre os indivíduos (viabilidade da convivência social).

Estas normas que regulam o *modus vivendi* humano podem ser de diversos segmentos da sociedade, diretamente relacionados aos campos de realização do homem, a exemplificar, a família, a religião, ou mesmo as normas sociais de maior alcance de indivíduos, como a moral e o próprio Direito.

O Direito enquanto ordenador social é afeto a todos os indivíduos, a ponto dessa presunção ser expressa em codificações¹.

Em simples palavras têm-se, no Art. 21, do Código Penal, como regra: “Ninguém se escusa de cumprir a lei alegando não conhecê-la.” Mas observe-se que até mesmo as exceções estão contempladas neste fragmento da norma que se revela em parte no dispositivo mencionado, frise-se, afinal, em parte, visto que o preceito secundário da norma não está neste dispositivo contemplado.

A importância dada à presunção de conhecimento da norma está no caráter cogente que se verifica ao se contemplar aludida presunção no ordenamento penal, o qual, diga-se de passagem, se não o é, está entre os mais intervencionistas

¹ Dentre diversas codificações, atente-se à descrição do Art. 21, do Código Penal:

Art. 21 - *O desconhecimento da lei é inescusável*. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência. (sem grifo no original)

dentro do ordenamento jurídico.

O Estado Social e Democrático de Direito tem por função essencial a busca da paz social e o bem comum, motivo pelo qual os direitos foram editados para serem cumpridos e respeitados, sob pena de desagregação social.

De igual forma, assim como o Direito serve a todos como complexo de normas sociais a serem observadas, serve também a resguardar a todos, e desse modo a cada um em si, da não observação das normas sociais por qualquer dos indivíduos que pertença à sociedade.

Se a negação das normas sociais componentes do Direito gera ao Estado o direito de perseguir e punir o descumpridor dos postulados como mecanismo para evitar ou minimizar o caos social, em sentido oposto, toda e qualquer forma que minimize ou elimine o exercício de direitos deve ser coibida também em nome da pacificidade social, assim como aclamadas devem ser as iniciativas para promover o exercício de direitos.

Neste sentido, os mecanismos que oportunizam a realização de direitos contribuem para a distribuição da justiça, outro fim essencial do Direito, merecem destaque e crítica doutrinária.

Com isso, intencionalmente, seguindo-se o raciocínio despertado, desloca-se a indagação agora para o justo e seus atributos. Mesmo na diversidade de conceituações, o cerne está na imediata correlação existente entre Justiça e manutenção/oportunização da dignidade humana, ou seja, o reconhecimento de uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais aos seres humanos pela sua simples existência. (RODRIGUES, 1994, p. 28.)

“Não há maior valor aspirado pelo homem que a realização da justiça” (LARA, 2002, p. 33.). A perseguição da justiça é inerente à vivência social, em plena compatibilidade com a idéia de cessão recíproca de direitos em nome do convívio pacífico e garantidor da vida.

Qualquer criança já carrega em si a idéia de justiça, ao, por exemplo, se sentir injustiçada no partilhar de uma fruta com os demais companheiros de merenda quando não recebe fatia de igual proporção.

A problemática reside na elucidação do conteúdo de justiça.

Diversas são as concepções de Justiça e, não sendo este o cerne do estudo, a brevidade e omissão de concepções revela uma técnica à elucidação, até mesmo porque toda elucidação perpassa por enunciados carregados de valoração e por mais fortes que sejam os laços entre aqueles que se ocuparam de conceituar Justiça, os elementos eleitos na elaboração de um conceito variam de pessoa a pessoa.

Na tópicada exclusão denunciada por Enrique Dussel, há uma concepção de justiça aqui eleita, principalmente porque desperta a atenção para um foco diferente, o do reconhecimento da injustiça vivenciada. Ao questionar a tênue linha entre justiça e injustiça, reflete sobre os reflexos do entendimento que se dá a elas (justiça e injustiça), o papel do Estado e da Ética (enquanto práxis):

Na fragilidade do existir surge a voz de um mestre que me ensina esse sentido. Assim, parece haver uma preferência à *injustiça sofrida do que à injustiça cometida*. A justiça deve, a partir desta lógica, rever-se constantemente, pôr-se também em questão. (DUSSEL apud LORENZETTO, 2009)

Neste sentido, a Justiça é conceito inacabado, em constante confecção própria, num processo de análise e aperfeiçoamento, sempre atenta às determinações sociais, como chama a atenção o autor:

O problema é quem colocará a justiça em questão? Parece que se faria necessária uma *instância superior* capaz de *exigir justiça* da própria *justiça*. Nesse sentido, se percebe que para Lévinas há um rearranjo das ordens sociais, em que a *hierarquia* só poderá ser legitimada se for capaz de *traduzir as vozes do povos*. (DUSSEL apud LORENZETTO, 2009)

Resta referenciado o início da compreensão substancial da Justiça: estar no povo e ouvir a voz deste. E mais, a Justiça é objeto do direto intervir humano, como responsável por sua conformação:

Qualquer cidadão, desse modo, é capaz e legítimo para inquirir a justiça e exigir que a mesma esteja a serviço de um *compromisso ético*. Dentro da sociedade, a própria justiça deverá atualizar e prolongar a responsabilidade pelo Outro. A política deve orientar-se pela Ética, senão perde-se na teoria de princípios que não consegue cumprir. Ou seja, a justiça exercida pelas instituições deve buscar inspiração na relação do face a face que é sempre original.

A entrada do terceiro provoca no Eu a consciência dos limites de sua bondade, pois este não pode prestar atenção somente ao Outro, mas em todos aqueles que estão a sua volta.

Deve-se ir em busca de um Estado orientado para a *justiça* e não na busca de uma justiça que surja para assegurar a subsistência do Estado. Lévinas destaca que o *Estado Moderno* representou na verdade a possibilidade de

concretização de seus desejos, o começo da história de seres livres. (DUSSEL apud LORENZETTO, 2009)

Enquanto uma resposta do homem ao próprio homem e à sociedade, a Justiça tem urgência, tempo limite para se apresentar:

A *justiça* como um dito necessário, uma resposta concreta à *fome do Outro* que não pode esperar, não pode esquecer sua inspiração, ou seja, a significação primeira, o *dizer* presente no rosto. O *dito* é a resposta possível, sempre insuficiente para responder ao *dizer* que nos remete a um além, mas que possui sua significação no *rosto*. A justiça representa a urgência do presente, enquanto o *rosto* é a expressão de um além e um aquém (futuro e passado) de si mesmo. Assim, a justiça não pode se contentar com suas conquistas, devendo sempre ser revista. A Ética é então o movimento possível da justiça. A justiça é, desse modo, a responsabilidade pela vida; a impossibilidade de omissão diante da negação da alteridade. (DUSSEL apud LORENZETTO, 2009)

Então, a problemática reside no fato de ser a Justiça resultado de um direito intervir humano e ser, ao mesmo tempo, um dos objetivos do Direito. Para um Direito como relação humana, é a Justiça uma natural característica deste, o que exige do mesmo uma práxis responsável, concretizadora de Justiça.

Ao Estado, como criatura do Direito, não resta prática senão ser a própria Justiça institucionalizada, assim como aos agentes do Estado cabe o dever de ser a personificação da Justiça.

1.1. O Estado Social e Democrático de Direito e a Dignidade Humana

O Estado Social e Democrático de Direito está pautado em postulados básicos que lhe caracterizam, a citar, como fundante, a dignidade da pessoa humana, e tem por seu destinatário final o homem.

Segundo Gelson Amaro de Souza (2002. p. 19), não há possibilidade da existência de sociedade sem Direito, e este tem por finalidade “controlar o comportamento em sociedade”.

A Constituição Federal de 1988, em seu Art. 1º, inciso III², incorpora

² Art. 1º 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:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

a dignidade da pessoa humana como um bem tutelado e como princípio fundamental do Estado Brasileiro.

Segundo Valter Foleto Santin, a dignidade humana está, juntamente com a cidadania, entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, listada na Constituição Federal de 1988:

O constituinte brasileiro ao relacionar os fundamentos (art. 1.º, CF) já trouxe os elementos conceituais do Estado Democrático de Direito: é o sistema marcado pela manutenção da soberania (poder nacional, do povo brasileiro, e independência), prestígio da cidadania (direitos individuais, sociais e políticos), elevação da dignidade da pessoa humana (direitos humanos), valores sociais do trabalho (proteção ao trabalho e ao trabalhador) e da livre iniciativa (liberdade de exercício de atividade e estímulo ao desenvolvimento da atuação privada) e pluralismo político (liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos e inviolabilidade de opiniões, palavras e votos dos representantes do povo eleitos, com poder emanado do povo e por ele exercido (soberania do povo e participação popular direta ou indireta), inclusive participação direta do usuário de serviço público (art. 37, § 3.º, CF: reclamação, acesso a registros e representação, por negligência ou abuso). (SANTIN, 2004, p. 33.)

Assim, os artifícios legais e legítimos do Estado para defesa da dignidade humana encontram no atuar proporcional do Estado a concretização do fundamento existencial do Estado e a realização da Constituição. Trata-se de busca de meios idôneos para implementar efetivamente os objetivos estabelecidos nesta, para justificação existencial daquele e realização do homem em sua plenitude.

Conforme define Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 83.), a dignidade da pessoa humana é valor constitucional supremo que “agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem”, incluso nestes, “o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, os direitos sociais, os direitos econômicos, os direitos educacionais, bem como as liberdades públicas em geral”.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, dignidade humana é:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da Comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2001, p.60.)

A partir deste conceito e da relação entre Direito e Estado, observa-

se que as promessas do citado Estado não estão sendo cumpridas e negam, no momento, aquilo que era sua razão de existir: a garantia de dignidade ao homem.

Sob diversos aspectos pode ser visualizada essa negação de dignidade, contudo, por questão de opção, toma-se o homem negado por questões de classe econômica e vinculado a uma esfera de manifestação do Estado, a intervenção penal, numa dupla negação de seu direito à dignidade, seja como ser de direito que o é, no entanto, está sendo negada a possibilidade de exercitar seu direito e também a qualidade de ser humano, detentor de direitos apenas pela condição de ser que lhe pesa, seja pela ineficácia da tutela de direitos que se propõe a garantir ao tutelado.

Das instituições estatais se deveria esperar a consagração do Direito e dos sujeitos de direito, mas o que se verifica é a negação do Direito. O próprio Direito torna-se instrumento de negação de si próprio e difunde sua negação com a negação de direitos aos seus destinatários, levando-os à condição de desprotegidos e marginalizados.

Não há como conceber um Estado que negue a condição de sujeito de direitos a todos os sujeitos que o integram enquanto membro deste, mas, por outro lado, não pode o Estado deixar de travar empreitada contra a ofensa aos bens jurídicos na conduta ilícita penal. Segundo Nils Christie (1998, p. 05),

[...] os maiores perigos do crime nas sociedades modernas não vêm dos próprios crimes, mas do fato de que a luta contra eles pode levar as sociedades a governos totalitários [...]

Constituído está o desafio do Estado: afastar-se da configuração de uma sociedade sistematicamente intolerante, mas agir e reagir contra as atividades ofensivas aos bens jurídicos, catalogadas como ilícitos penais.

1.2 A Relação da Sociedade Excludente com o Direito

O Direito quer representar um elemento no consócio de esforços dos demais setores da sociedade para promoção da cidadania, o que para tanto exige uma postura da atividade jurisdicional no processo de inclusão social, enquanto atividade materialmente significativa ao ambiente social complexo.

A sociedade excludente é aquela que carrega em si a distribuição não equitativa de bens e riquezas, ratifica a desigualdade de acesso aos direitos no Estado de Direito e estratifica a qualidade de vida abaixo do nível da sobrevivência.

O Direito Penal que serve esta sociedade excludente reproduz a ideologia da exclusão do sistema de produção e consumo, reiterando, em sua intervenção seletiva de ilicitudes, a seleção dos sujeitos infratores dentre aqueles que integram o estrato de menor qualidade de vida, e, a fazer recair sobre estes as agruras de capacidade interventiva sistêmica.

Desse modo, não se pode deixar de reconhecer, como já explicitado por José Murilo de Carvalho (2007), que o Direito Penal atinge também outros segmentos sociais, todavia, o que não se pode dizer é que está em igual proporção às infrações por estes outros estratos cometidas, e, intensidade e qualidade de intervenção.

Tomada a exclusão como um processo de perda da identidade e espaço do ser – aqui o sujeito de direito – via ruptura de vínculos econômicos, sociais ou simbólicos, esta se manifesta em dois paradigmas: a) o utilitarista, que dá ao indivíduo o direito de viver socialmente quando tem uma utilidade prática à sociedade; e, b) o organizacional, que diz respeito à competência e ao espaço social conquistado. (PAULA, 2002, p. 90)

Excluir significa mais do separar, segregar, deixar de lado, colocar à margem. No que toca ao mundo social, a expressão exclusão social quer denotar deixar fora das relações sociais, desconsiderar a existência humana em seus parâmetros, extirpando a participação. Neste sentido, Jônatas Luiz Moreira de Paula afirma que a exclusão consiste num processo e não em mero ato:

O conceito de exclusão sempre levará ao entendimento de expulsão, de marginalização, de eliminação. A expressão 'exclusão social', todavia, não significa um ato ou fato, mas um processo de marginalização ou eliminação de pessoas ou de grupos sociais dos benefícios conferidos por um sistema político-econômico.

[...]

A exclusão social é um processo, posto que excluir não significa apenas 'eliminar' ou 'marginalizar' dos benefícios do sistema político-econômico; mas também manter 'eliminado' ou 'marginalizado' dos benefícios do sistema político-econômico. (PAULA, 2002, p. 91)

A partir deste parâmetro conceitual, a aproximação do Direito Penal com a exclusão social torna-se estanque.

A inclusão social, em oposição à exclusão social, constitui-se de um processo que visa eliminar a exclusão social, ou seja, objetiva fazer cessar as situações de manutenção da exclusão e viabilizar o acesso aos benefícios do sistema. Nos dizeres de Jônatas Luiz Moreira de Paula,

Assim, o Estado pode, no redirecionamento de suas relações de poder, via intervenção jurisdicional, recompor o cenário social, minorar a exclusão social pela implementação de duas propostas: (1) intervir penalmente na prevenção de ofensas aos bens jurídicos que uma vez lesados possam gerar, ou contribuir para a exclusão social ou agravamento desta; (2) na intervenção penal sobre o sujeito agente da conduta ilícita penal, resgatar-lhe a condição de sujeito de direito que possivelmente lhe fora negada.

Nesta modalidade interventiva pode, inclusive, o Estado resgatar o cumprimento das promessas do sistema penal que se encontra desvirtuado, como adiante se cuida de apresentar.

O intervir penalmente para coibir geração de exclusão social compreende a ação estatal de legislar contra as condutas de lesão aos bens jurídicos supra-individuais, atribuindo sanção em proporcional compatibilidade com a lesividade da conduta, observado o dano social. Uma conduta que perpetua a exclusão social é, em sua essência, potencialmente mais lesiva à sociedade do que uma conduta que infrinja patrimônio privado, e, quando da imposição da sanção no caso concreto reforçar este sopesamento valorativo.

Uma releitura do Direito Penal consiste na adoção de um posicionamento ético para guiar a operação cotidiana do Direito em favor da Justiça. Há a introdução da categoria da proximidade para dimensionar o fundamento da ética da libertação. Estar na proximidade é estar na relação de justiça com o Outro que se encontra à margem da sociedade, e, por assim dizer excluído.

Neste mecanismo de proximidade se busca romper com a exclusão social.

Oportuno o conhecimento das necessidades sociais objetivas para determinação de um conteúdo da exclusão. Para Yves Lacoste (apud PAULA, 2002, p. 63), são, dentre outras, necessidades objetivas no Estado Social e Democrático de Direito: a) o combate à fome e subalimentação; b) a produção e distribuição

igualitária de recursos; c) investimento na educação em seus diversos níveis; e, d) investimento em segurança pública, urbanização, lazer e saúde pública.

Ao identificar as necessidades e atendê-las se viabiliza, por resultado, a inclusão social de dezenas de milhões de brasileiros, num caminhar rumo à justiça social constitucionalmente almejada.

De conhecimento desta teleologia estatal, o processo de inclusão social guarda direta relação com o ilícito penal no que toca à análise do injusto.

Reforçado resta, se não por se dizer configurado, o injusto penal quando este contribuir, de forma significativa, à perpetuação da exclusão social, ou seja, quando a conduta representar um contributo à impossibilidade de se promover a inclusão social por qualquer das necessidades apontadas.

1.2.1 Os sujeitos de direito e seus direitos primários

Antes de se ver o Direito como necessário meio para realização da Justiça, a valer-se do mecanismo crítico-consciente de interpretação das normas jurídicas, indispensável se faz a rememoração da qualidade de sujeito que recai sobre os indivíduos que se aglutinam socialmente, bem como de seus direitos básicos.

A presunção de conhecimento e dever de agir conforme o ordenamento permite, por outro lado, ao destinatário da norma jurídica se impor como sujeito de direito.

O conhecimento pelo indivíduo de sua condição de sujeito de direitos consiste no primeiro direito do indivíduo. Conforme ensina Celso Lafer, o Direito tem destinatário, referencial e ordem:

Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. Neste cenário, no dizer de Hannah Arendt, o primeiro dos direitos é o direito a ser sujeito de direitos (LAFER, 1998, p. 14.).

O sujeito de direito é aquele que atravessa da linha da simples formalidade ao exercício material de direito.

Deve haver uma identidade entre o ser humano e o sujeito de direito.

Assim, todo ser humano deve ser considerado um sujeito de direito, capaz de exercer, materialmente, os direitos que lhes são assegurados pelo ordenamento jurídico.

A questão está em como este ser humano assume a qualidade de sujeito de direito. A assunção da qualidade de sujeito de direito está diretamente relacionada ao conhecimento de direitos. O grau de conhecimento de direito encontra relação direta com a qualidade de sujeito de direito.

Para José Murilo de Carvalho o desconhecimento do direito é um fato e se relaciona com o fator educação:

[...] pode-se dizer que, dos direitos que compõem a cidadania, no Brasil são ainda os civis que apresentam as maiores deficiências em termos de seu conhecimento, extensão e garantias. A precariedade do conhecimento dos direitos civis, e também dos políticos e sociais, é demonstrada por pesquisa feita na região metropolitana do Rio de Janeiro em 1997. A pesquisa mostrou que 57% dos pesquisados não sabiam mencionar um só direito e só 12% mencionaram algum direito civil. Quase a metade achava que era legal a prisão por simples suspeita. A pesquisa mostrou que o fator mais importante no que se refere ao conhecimento dos direitos é a educação. O desconhecimento dos direitos caía de 64% entre os entrevistados que tinham até a 4ª série para 30% entre os que tinham o terceiro grau, mesmo que incompleto. (2007, p. 210.)

Há uma relação direta entre a educação e os comportamentos adotados pelos sujeitos que as detêm, principalmente no que tange ao conhecimento acerca do direito visto que “os dados revelam ainda que educação é o fator que mais bem explica o comportamento das pessoas no que se refere ao exercício dos direitos civis e políticos.” (CARVALHO, 2007, p. 210.)

Dessa forma, não só o conhecimento do direito relaciona-se com a educação, como a capacidade de reivindicá-los também guarda consonância com esta, conforme leciona José Murilo de Carvalho: “A maioria ou desconhece seus direitos, ou, se os conhece, não tem condições de os fazer valer.” (2007, p. 214.)

Verifica-se como a escolaridade tem grande importância no conhecimento do direito e na reivindicação de seu exercício. Descartar a relação entre grau de instrução e condição econômico-financeira é ignorância. Os redutos da pobreza são também o da baixa instrução.

1.2.2 Alguns fatores de exclusão

O exercício de direitos pode encontrar limitação. A plenitude do sujeito de direito é objetivo do Estado de Direito. Apenas se pode ter um indivíduo em sua plenitude enquanto sujeito de direito se forem afastados os obstáculos que lhe impedem o exercício de direitos na amplitude cabível.

A exclusão do exercício de direitos pode, então, ter, dentre outros fatores, o desconhecimento acerca do direito e dos mecanismos de acesso e realização de direito, como também de garantia dos mesmos.

A ausência de conhecimento dos seus próprios direitos é fator gerador de exclusão do detentor desta ignorância. Uma vez este obstáculo superado, os demais podem ser de menor magnitude em sua expressividade, o que não quer dizer que sejam de menor importância ou de fácil superação.

Do corolário lógico da luta pelo exercício de direitos, o direito ao conhecimento quanto aos seus direitos é o primeiro dos direitos.

Apenas a consciência de ser sujeito de direitos é que permite ao indivíduo especular dentre as possibilidades existentes se há ofensa ou ameaça a um direito seu, para então se valer de meios para o resguardo de seus direitos. A primeira exclusão está na privação do conhecimento da qualidade de sujeito de direito, privação esta que guarda estrita relação com a condição socioeconômica dos indivíduos.

Quanto menor o poder aquisitivo do cidadão menor o conhecimento acerca de seus direitos e menor a capacidade de identificar um direito violado e passível de reparação judicial ou um direito ameaçado, passível de tutela preventiva.

Apesar da disposição do Art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal³, a restrição cultural e econômica também é objeto de enfrentamento no cotidiano forense, quando não em esferas administrativas, impedindo o exercício de direitos.

³ São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

Se o indivíduo para o qual é negado o direito de petição ou de obtenção de certidão, a título de exemplificação, não souber que estes lhes são direitos assegurados, nem sequer tomará providências outras para fazer valer seus direitos, como para cessar esses abusos. Assim, a bagagem cultural pesa na reivindicação do exercício de direitos, tanto como a carência econômica pode ser fator de cerceamento. O fato de integrar um grupo privado de formação cultural crítica contribui para um menor comportamento analítico e crítico do cidadão, e, projeta reflexos no exercício de direitos.

No campo da execução penal, por exemplo, se o preso provisório não dispuser de defensor constituído para o acompanhamento de sua execução provisória, está, na prática, desprovido de qualquer mecanismo para resguardo de seus direitos visto que a insuficiente, quando existente, defensoria pública não dá conta de assistir a todos os internos em igual situação.

Imagine-se, então, a situação da execução penal definitiva, onde o número de presos é maior, e, normalmente já há diversos benefícios legais a serem concedidos. Ao interno do sistema prisional, desprovido de defensor constituído, resta esperar sua vez na fila daqueles que, em iguais condições, requereram os serviços da assistência jurídica, quando existente, na busca de não perder os benefícios de que faz jus.

Há visível cerceamento de direito fundamental nas situações narradas. Trata-se de restrição fática ao direito fundamental de acesso à justiça, e, por conseqüência, limitação de cidadania.

Dalmo A. Dallari (1998, p. 14), ao conceituar cidadania fornece informações de como a restrição ao exercício de direitos pode tornar o indivíduo um sujeito à margem da sociedade:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social.

Neste sentido, a conquista progressiva dos espaços de efetivação do direito dos sujeitos sociais é marcha contra esta situação de marginalização e exclusão dos sujeitos e a favor da democratização dos direitos.

Diversos mecanismos podem ser utilizados para dominação. O simulado acesso à informação é uma forma de dominação. Não permitem que se conheçam os direitos para que não se tornem reivindicáveis. A falsa idéia vigente de acesso à informação acerca do Direito, assim como ao Judiciário permite mascarar uma realidade que é latente, o não conhecimento do Direito é sinônimo de passividade e o conhecimento gera a possibilidade de se atacar o que está errado.

José Murilo de Carvalho (2007, p. 215.) faz uma denúncia dos diferenciados níveis de acesso à justiça diretamente relacionados aos estratos sociais que classifica segundo a garantia de direitos civis:

Do ponto de vista da garantia dos direitos civis, os cidadãos brasileiros podem ser divididos em classes. Há os de **primeira classe, os privilegiados**, os 'doutores', que estão acima da lei, que sempre conseguem defender seus interesses pelo poder do dinheiro e do prestígio social. Os 'doutores' são invariavelmente brancos, ricos, bem vestidos, com formação universitária. São empresários, banqueiros, grandes proprietários rurais e urbanos, políticos, profissionais liberais, altos funcionários. Frequentemente, mantêm vínculos importantes nos negócios, no governo, no próprio Judiciário. Esses vínculos permitem que a lei só funcione em seu benefício. Em um cálculo aproximado, poderiam ser considerados 'doutores' os 8% das famílias que segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 1996, recebiam mais de 20 salários mínimos. **Para eles, as leis ou não existem ou podem ser dobradas.** (CARVALHO, 2007, p. 215.)

E na explicitação de classes e correlação aos direitos, continua:

Ao lado dessa elite privilegiada, existe uma **grande massa de 'cidadão simples', de segunda classe**, que estão sujeitos aos rigores e benefícios da lei. São a classe média modesta, os trabalhadores assalariados com carteira de trabalho assinada, os pequenos funcionários, os pequenos proprietários urbanos e rurais. Podem ser brancos, pardos ou negros, têm educação fundamental completa e o segundo grau, em parte ou todo. Essas nem sempre têm noção exata de seus direitos, e quando a têm carecem dos meios necessários para os fazer valer, como o acesso aos órgãos e autoridades competentes, e os recursos para custear demandas judiciais. Frequentemente, ficam à mercê da polícia e de outros agentes da lei que definem na prática que direitos serão ou não respeitados. Os 'cidadãos simples' poderiam ser localizados nos 63% das famílias que recebem entre acima de dois a 20 salários mínimos. **Para eles, existem os código civil e penal, mas aplicados de maneira parcial e incerta.** (CARVALHO, 2007, p. 215.)

Finaliza, confirmando fato notório aos mais informados e conhecedores do sistema penal:

Finalmente, há os '**elementos' do jargão policial, cidadãos de terceira classe**. São a grande população marginal das grandes cidades, trabalhadores urbanos e rurais sem carteira assinada, posseiros, empregadas domésticas, biscateiros, camelôs, menores abandonados,

mendigos. São quase invariavelmente pardos e negros, analfabetos, ou com educação fundamental incompleta. Esses 'elementos' são parte da comunidade política nacional apenas nominalmente. Na prática, ignoram seus direitos civis ou os têm sistematicamente desrespeitados por outros cidadãos, pelo governo, pela polícia. Não se sentem protegidos pela sociedade e pelas leis. Receiam o contato com agentes da lei, pois a experiência lhes ensinou que ele quase sempre resulta em prejuízo. Alguns optam abertamente pelo desafio à lei e pela criminalidade. Para quantificá-los, os 'elementos' estariam entre os 23% de famílias que recebem até dois salários mínimos. **Para eles vale apenas o Código Penal.** (CARVALHO, 2007, p. 215.) – sem grifo no original.

O que se verifica é a eleição clara de destinatários de direitos. Cada grupo de sujeitos é chamado a ser possuidor de determinado rol de direitos, de modo que alguns sobrevivem da ignorância acerca dos direitos de outros, uma ignorância por conveniência, que tolhe possibilidades de exercício de direitos daqueles que mais necessitam ver seus direitos resguardados pelo Estado.

Tem-se, então, a denúncia da conveniência da manutenção da condição de ignorância dos sujeitos de direito tornados invisíveis como mecanismo para manutenção de *status quo* e que representam perigo potencial à modificação da ordem social conveniente, se conhecedores de seus direitos e de sua qualidade de sujeitos de direito.

Cappelletti e Bryant concluíram que o desafio não é ampliar o rol de direitos, mas encontrar meios e recursos para tornar mais efetivos e coativos os direitos que os cidadãos já têm, e, conferir àqueles que ainda não tem acesso, o direito de gozá-los. Segundo os autores, o acesso à justiça

serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos. (1988, p. 8.)

Se a constituição jurídica resulta da soma, não necessariamente proporcional, de diferentes fatores reais de poder, quer interessar a algum grupo de indivíduos a manutenção da ignorância de outros, e, conseqüentemente a não alteração do *status quo* e não exercício de direito e da justiça (aqui entendida a justiça social, no Estado Social e Democrático de Direito).

As oportunidades de ampliar o número de sujeitos como detentores de direito com exercício potencial são bem vindas no Estado Social e Democrático de Direito [ou deveriam ser] e contribuem para a cidadania e reconhecimento dos

direitos fundamentais. Trata-se, então, de ampliação de meios que permitam a democratização do acesso ao Direito e ao Judiciário para fins de tutela e realização de direitos. Afinal,

Seria tolo achar que só há um caminho para a cidadania. A história mostra que não é assim. [...] Mas é razoável supor que caminhos diferentes afetem o produto final, afetem o tipo de cidadão, e, portanto, de democracia, que se gera. (CARVALHO, 2007, p. 221.) – sem grifo no original.

Não se pode querer a simplicidade na implementação de direitos. Os direitos são tão mais complexos conforme maior a obscuridade que se dá a sua não implementação, principalmente numa sociedade na qual negar direitos a terceiros significa manutenção de privilégios.

Na aspiração de democratização de direitos, serve o princípio da proporcionalidade para uma interpretação constitucional principiológica concretizadora. No entanto, necessárias são algumas considerações acerca da Justiça, do aludido princípio e da implementação de direitos fundamentais.

1.3 A Normatividade Operante da Justiça para além do Eu

O sujeito em seu espaço integra um Estado, uma sociedade, uma família e variados outros agrupamentos sociais. Como membro destas esferas de manifestação da vida, seus atos são mediações para a vida como sujeito humano. (DUSSEL, 2002, p. 137.)

Assim, todos os atos do sujeito, assumida a consciência de sujeito ético, projetam reflexos na vida por ser sujeito mediador. Desta capacidade fática intervencionista, os atos do membro social importam na condução da sociedade e o sujeito é incumbido de comportamentos éticos, dotados de conteúdos que resguardem a essência de aglutinação social. Sua prática-material deve referendar a vida, em pulsões de conservação da própria e desejo de conservação da alheia.

Todavia, referendar a vida exige a reflexão do próprio sujeito quanto a vida, um juízo de realidade sobre si, sujeito vivente e seu meio humano.

Essas atividades de conscientização e ação em torno da vida foram classificadas, por Enrique Dussel, como uma atividade ética de ordem material,

adjetivada pelo termo *libertação*, diante da carga ideológica que o autor atribui à mesma. Analisando essa construção filosófica, Dean Fabio Bueno de Almeida, a sintetiza como:

A ética da libertação é uma ética material, de conteúdo, reconhecidamente voltada para um fim (uma inclinação), que é a produção, reprodução e desenvolvimento da vida do sujeito ético em comunidade. É a ética do sujeito agente auto-responsável, autoconsciente. (ALMEIDA, 2004, p. 185.)

Há uma normatividade ética (de preservação material da vida) imperante sobre o sujeito, ordenando-lhe postura ativa no seu espaço e observadas as peculiaridades:

A obrigatoriedade que marca a normatividade ética não é idêntica à necessidade das leis físicas ou instintos animais, mas define-se socialmente a partir de um marco delimitado por tendências aproximadamente constantes de atos não intencionais, ou monológica ou intersubjetivamente por exigências próprias do ser humano, livre e não obstante socioculturalmente regulado, já que todo ato humano, como humano, tem como momento constitutivo específico o exercício da auto-consciência. (ALMEIDA, 2004, p. 184.)

Ordenado ao sujeito a adoção de atos conscientes, dentro de momentos constitutivos que permeiam sua vida, constitui-se o sujeito o elemento axial da vivência comunitária. A questão está na não simplicidade hegemônica que se quer dar à comunidade. A comunidade não é espaço apenas de iguais, mas se forma de indivíduos e relações para perpetuidade da vida, em igualdade aos membros.

Pode-se dizer que indiretamente Lévinas reflete acerca da igualdade em sua análise da vítima do campo de concentração nazista. No cenário dramático busca conhecer a razão de diferenciação que transportou os não-iguais ao holocausto. Aprende sobre a capacidade sinestésica subjetiva do ser que impacta com a racionalidade objetiva ontológica do ser.

Às relações sociais atribui o escopo de mediações de vida e aos sujeitos a incumbência de sua promoção.

O sujeito agente assume uma auto-responsabilidade tomando a cargo as mediações da vida (“possibilidades ou ações como exigências da realização da própria vida humana, comunitariamente”), e, esta como horizonte último implícito, de toda a humanidade. A vida está sob sua responsabilidade. (DUSSEL, 2002, p. 140.)

O Outro há de ser reconhecido como igual na comunidade da vida. Como ressaltado, não se trata de uma mesmice. É na intuição, em Dussel, de que o Outro é fonte inicial de qualquer discurso possível, essencialmente ético, bem como é a partir da exterioridade, da irrupção do Outro como sujeito interpelante que surge dentro de uma comunidade do sistema institucional vigente (totalidade), que se pode efetivar um julgamento de valor com premissa na justificativa externa para formular argumentos de modo a defender a vida e a dignidade humana na realidade fática.

Neste compasso, a realidade fática serve de diretriz à formulação de argumentos para a efetivação de justiça, engendrando circunstâncias justas ou injustas conforme atenção dispensada à realidade concreta e aos sujeitos da relação:

Como é possível haver justiça? Respondo que é o facto da multiplicidade dos homens e a presença do terceiro ao lado de outrem que condicionam as leis e instauram a justiça. Se estou sozinho perante o outro, devo-lhe tudo; mas há o terceiro. Saberei eu se o terceiro está de acordo com ele ou é sua vítima? Quem é o meu próximo? Por consequência, é necessário pensar, pensar, julgar, comparando o incomparável. A relação interpessoal que estabeleço com outrem, também a devo estabelecer com os outros homens; logo, há necessidade de moderar este privilégio de outrem; daí justiça. Esta, exercida pelas instituições, que são inevitáveis, deve ser sempre controlada pela relação interpessoal inicial. (LEVINAS, 2007, p. 73.)

Como bem ensinado por Levinas, o “privilégio” de um frente a outro deve ser moderado para que ocorra justiça nas relações. De igual maneira, na aplicação do Direito ao caso concreto, a moderação de “privilégios” se faz imperiosa na propagação da Justiça:

As leis evitam, na prática, certas conseqüências. Mas a justiça só tem sentido se conservar o espírito do des-inter-esse que anima a idéia da responsabilidade pelo outro homem. Em princípio, o eu não se arranca à sua primeira responsabilidade; sustém o mundo. (LEVINAS, 2007, p. 83.)

Assim, até mesmo do operador do direito, enquanto sujeito ético responsável se espera atitudes que sopesem conseqüências às relações de direito, de forma que não se pode esperar do mesmo uma atitude completamente apolítica e distante de sua realidade contextual, desatenta à pulsão de vida:

Não é possível que o encarregado da aplicação do direito possa escolher entre sentidos variados a partir de um ponto de vista neutro, apolítico ou não comprometido com suas convicções pessoais. O direito é sempre fruto de uma decisão, um ato de poder que está na sua origem e perdura no sentido de impor a sua validade através do tempo. (KOZOCKI, 2005, p. 130.)

Se o rosto significa o infinito, e nunca há uma libertação do Outro se assumida posição de responsabilidade pela Justiça, tem-se uma exigência ética insaciável, de modo que ninguém pode dizer em momento algum: cumpro todo meu dever. Essa impossibilidade de alcançar o limite da responsabilidade não significa a intangibilidade da Justiça. Por outro lado, é nesta abertura para além do que se delimita que o Outro se concretiza como ser e orienta a efetivação do justo para além da concepção egocêntrica de justiça.

Para Levinas, a Justiça somente pode ser entendida e reconhecida na perspectiva da alteridade. É a Justiça uma forma manifesta de reconhecer o Outro. Somente há Justiça quando a identidade do não-eu se reafirma na decisão tomada pelo operador do direito ou na atitude do homem igual.

Culmina, então, Levinas com a *normatividade* operante da Justiça que se realiza para além do eu.

Levinas estrutura a constituição jurídica do eu através do princípio da substituição. Utiliza-se por um lado, da figura estilística da representação de que o Eu é portador da responsabilidade do outro, por outro lado introduz na fenomenologia e na hermenêutica jurídica o conceito de substituição. (SIDEKUM, 2005, p. 120).

E, no processo de substituição, o Outro pode tomar a posição do eu e entender realizada a justiça ao caso concreto como a solução mais adequada à realidade revelada na interpelação ética do Outro, no contexto fático e na responsabilidade ética.

Na linha do pensamento ético de Levinas emerge um novo imperativo categórico que, mesmo além da condição de ser anterior a todo pensamento e a toda fundamentação, põe a interpelação ética como princípio da justiça. (SIDEKUM, 2005, p. 120)

Ou seja, apenas como conhecedor da realidade e dela um dos responsáveis o eu tem condições de caminhar em direção à confecção da justiça. Tal conhecimento e assunção de responsabilidade advém da interpelação ética que o Outro promove em face do eu.

Há o questionamento da instituição jurídica formal para além de seu código restrito de normas com a introdução da interpelação ética pelo Outro e a relação jurídica passa a ter uma base na experiência fenomenológica propiciada pela figura do Outro, numa interpretação proposta por Lévinas: “A relação jurídica segundo a interpretação de Levinas sustenta-se na experiência fenomenológica do

momento em que o Eu é despertado pela interpelação ético-jurídica do outro.” (SIDEKUM, 2005, p. 120.)

Fixa-se, segundo Antonio Sidekum, um postulado da Justiça: o reconhecimento do outro em sua identidade única, de modo que “A justiça consiste em reconhecer a condição da alteridade do outro na sua absoluta alteridade e tempo.” (SIDEKUM, 2005, p. 123.)

Em Lévinas, o paradigma para a reflexão ético-jurídica “emerge pela interpelação ética face ao impacto da infinita responsabilidade e de uma obediência irrestrita à voz da alteridade absoluta do outro que questiona a segurança e a radicalidade da minha subjetividade.” (SIDEKUM, 2005, p. 119)

Há uma ruptura com a moral hegemônica e com um Direito que se justificam a partir de dentro do próprio sistema, de seus próprios valores e interesses. A abertura diante da interpelação do Outro se fundamenta em um critério ético externo ao sistema totalitário, um ato de fala feito pelo diferente da totalidade, por aquele que teve sua humanidade negada.

Trata-se da negação do negado no sistema. A normatividade ética da alteridade promove um giro de concretização da diferença e reconhecimento de seu aspecto positivo, como mediações de vida para sua positividade fática, uma real mudança de paradigma pela superação do paradigma anterior que fazia do Outro um não-ser, libertando-se deste erro maior, para uma expressão positiva do não-eu em sua exterioridade rica de diversidade, um movimento metafísico “pelo qual se ultrapassa o horizonte do mundo, negação do negado no sistema, concomitantemente à afirmação expansiva daquilo que no oprimido é exterioridade”. (ALMEIDA, 2004, p. 194.)

Neste sentido, o justo está em relação direta com a responsabilidade para com a vítima, o Outro que tem sua alteridade negada. A limitação ética da norma advém da responsabilidade com o Outro.

Para Dussel,

Os que agem ético-criticamente re-conheceram a vítima como ser humano autônomo, como o Outro como outro que a norma, ato, instituição, sistema de eticidade, etc., ao qual se negou a possibilidade de viver (em sua totalidade ou em algum de seus momentos); de cujo re-conhecimento simultaneamente se descobre uma co-responsabilidade pelo outro como vítima, que obriga a tomá-la a cargo diante do sistema, e, em primeiro lugar,

criticar o sistema (ou aspecto do sistema) que causa esta vitimação. O sujeito último de um tal princípio é, por sua vez, a própria comunidade das vítimas. (2002, p. 380.)

Assim, se o próprio ordenamento nega o escopo primário da aglutinação social, a vida de seus membros, o [re]conhecimento do Outro é premissa para o agir justo, e, o agir justo é aquele provido de responsabilidade.

O ponto de partida do agir eticamente responsável está na crítica à norma, ato, microestrutura, instituição ou sistema de eticidade, permitindo a captação da existência real de "vítimas" no sistema social, bem como na assunção da responsabilidade pela vida negada do Outro, a qual se funda num enunciado normativo: devo produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana em geral, e, há razão para reproduzir a vida negada da vítima.

Se a norma jurídica caminhar ao lado do postulado ético da alteridade há obstáculos a serem transpostos: reconhecer o outro como sujeito de direito e efetivar-lhe direitos.

O passo necessário é dar qualidade de ser humano ao Outro, o que fatalmente foi negado na experiência nacional-socialista de prática da intolerância. Outra superação está na ruptura com as determinações históricas da ideologia da exclusão, de essência totalitarista e reducionista, para traçar uma relação com o Outro que não se resolva em mera imagem ou tema, dado ser a subjetividade irreduzível à tematização ou símbolo, escapando de toda representação única por deter representação fenomenológica própria.

O caminhar em direção à justiça se faz a partir da visibilidade dada àquele que sempre teve sua condição humana negada, de modo que o processo de ida em direção à justiça e de compreensão desta passa pela identificação das relações de injustiças historicamente marcadas.

O eu, na realização da Justiça, assume o dever de reconhecer o Outro na categoria da exterioridade, num ouvir atento às súplicas pela vida do Outro em sua plenitude, iniciando pelo respeito à sua existência que se revela quando o eu não se fixa apenas na racionalidade da totalidade excludente, mas se posiciona numa realidade analética de resgate real do Outro de uma forma não reduzida.

Trata-se a confecção da justiça de assunção pelo eu do processo de fuga da redução da multiplicidade à unidade, redução esta que elimina o diferente e

quer permitir apenas o igual, com eliminação da exterioridade. O agir com justiça é um caminhar, por consequência, em direção à realização da vida humana em seus conteúdos, numa mediação de produção, reprodução e desenvolvimento da vida com responsabilidade.

1.4 Aspectos Jurídicos Primordiais da Efetivação dos Direitos Fundamentais

A aplicação fria de normas contidas em textos legais ocasiona, por vezes, descontentamento e injustiças ante alguns contextos sociais. Para efetivação de direitos fundamentais há necessária pressuposição de circunstâncias e elementos que conferem peculiaridade ao caso concreto, como antecedente lógico essencial à existência do objeto, a dizer, o direito fundamental que se quer ver garantido e exercido, uma vez que são as particularidades que importam mais na efetivação de direitos fundamentais do que a generalização abstrata destes.

1.4.1 Pressuposto para interpretação no Estado Social e Democrático de Direito (sensibilidade, alteridade e responsabilidade)

A responsabilidade é elemento que revela a humanidade do ser. Segundo Levinas a identidade do humano está na sua responsabilidade como condição inalienável e daí ética:

A minha responsabilidade não cessa, ninguém pode substituir-me. De facto, trata-se de afirmar a própria identidade do eu humano a partir da responsabilidade, isto é, a partir da posição ou da deposição do eu soberano na consciência de si, deposição que é precisamente a sua responsabilidade por outrem. A responsabilidade é o que exclusivamente me incumbe e que, humanamente, não posso recusar. Este encargo é uma suprema dignidade do único. Eu, não intercambiável, sou eu apenas na medida em que sou responsável. Posso substituir a todos, mas ninguém pode substituir-me. Tal é minha identidade inalienável de sujeito. (LEVINAS, 2007, p. 84.)

O homem tem a responsabilidade como algo que lhe é intrínseco à condição do eu, e, conforme asseverado, a responsabilidade não recai apenas sobre a vida do próprio indivíduo, mas se projeta sobre o Outro.

O que representa a humanidade do homem é o cuidado pela vida e

morte do Outro, um ocupar-se do Outro ao sair de si, pensar o Outro como um ser não somente vivo, mas detentor de uma liberdade análoga e exterior ao ser pensante.

Há uma preocupação não apenas com o ser, mas com a questão do Outro, uma fuga do padrão da ontologia:

A humanidade no ser histórico e objectivo, a própria aberta do subjectivo, do psiquismo humano, na sua original vigilância e ou acalmia, é o ser que se desfaz da sua condição de ser: o des-inter-esse. [...] A condição ontológica desfaz-se, ou é desfeita, na condição ou incondição humana. Ser humano significa: viver como se não fosse um ser entre os seres. Como se, pela espiritualidade humana, se invertessem as categorias do ser, num *de outro modo que ser*. (LEVINAS, 2007, p. 83.)

Não se trata de um modo de ser diferente porque este outro modo de ser é ainda ser. Consiste num acontecimento sem uma expressão que o designe, mas que liga a realização do ser à questão do não se resumir a si.

Ser humano significa assumir a responsabilidade pelo não-eu que existe, interpela-me e exige-me a adoção de uma postura ético-responsável.

Ao descobrir o Outro no rosto interpelativo, o sujeito se descobre por aquele responsável. Levinas responde afirmando necessária a descrição positiva do rosto, além de seu modo negativo:

[...] a abordagem do rosto não é da ordem da percepção pura e simples, da intencionalidade que se encaminha para a adequação. Positivamente, diremos que desde que o outro me olha, sou por ele responsável, sem mesmo ter de *assumir* responsabilidades a seu respeito; a sua responsabilidade *incumbe-me*. É uma responsabilidade que vai além do que faço. Habitualmente, somos responsáveis por aquilo que pessoalmente fazemos. Digo, em *Autrement qu'être*, que a responsabilidade é inicialmente um *por outrem*. Isto quer dizer que sou responsável pela sua própria responsabilidade. (LEVINAS, 2007, p. 80.)

Levinas concebe uma relação intersubjetiva, dada entre os sujeitos sociais, não necessariamente simétrica:

a relação intersubjectiva é uma relação não simétrica. Neste sentido, sou responsável por outrem sem esperar a recíproca, ainda que isso me viesse a custar a vida. A recíproca é assunto dele. Precisamente na medida em que entre outrem e eu a relação não é recíproca é que eu sou sujeição a outrem; e sou sujeito essencialmente neste sentido. [...] Não devido a esta ou aquela culpabilidade efectivamente minha, por causa de faltas que tivesse cometido; mas porque sou responsável por todos os outros e por tudo o que é dos outros, mesmo pela sua responsabilidade. O eu tem sempre uma responsabilidade a mais do que todos os outros. (LEVINAS, 2007, p. 82)

E na responsabilidade que se firma entre os relacionados admite um eu efetivamente responsável pelo Outro:

A subjectividade, ao constituir-se no próprio em que lhe incumbe ser responsável pelo outro, vai até à substituição por outrem. Assume a condição ou a incondição – de refém. A subjectividade como tal é inicialmente refém; responde até expiar pelos outros. (LEVINAS, 2007, p. 83.)

Ilustra a possibilidade de compreensão do outro ao se tornar *refém*, na experiência do ser refém da situação, donde é possível operar a *substituição* do eu pelo Outro, onde o eu sofre a perseguição pelo Outro.

“O *rostro* significa o Infinito. Este nunca aparece como tema, mas na própria significância ética: isto é, no facto de que quanto mais justo eu for mais responsável sou; nunca nos livramos de outrem.” (LEVINAS, 2007, p. 87.)

Levinas estabelece oposição entre o retornar do ser a si (conservar-se em seu ser = *conatus essendi*, na fórmula estóica caracterizada pela *hormé*) e o desejar (*désir*) o Outro, o que leva a uma exigência de um ser mais completo, um ser já satisfeito, que é independente e não deseja para si e avança para a realização daquele que se apresenta diante do eu responsável.

Segundo Sidekum, o Outro é preenchido por um conteúdo e uma dimensão ética:

A alteridade do outro é descrita por Levinas com uma dimensão ética. Mas, parte de uma fenomenologia da percepção. O Outro, carnalidade sensível e como o Eu psíquico, manifesta-se pelo rosto. Levinas apresenta o rosto do outro na negação para ser conteúdo. Pois, assim ele não poderia ser compreendido, isto é englobado. Não poderia ser visto e nem tocado, por que na sensação visual ou tátil, a identidade do eu envolve a alteridade do objeto que é precisamente conteúdo. (SIDEKUM, 2005, p. 120.)

Assim, não se tem o Outro como um eu igual. Na negação de seus atributos humanos é que o Outro é visível, diferente do que poderia ocorrer se fosse igual e estivesse em semelhante situação que o interpelado, onde seria englobado pela mesmidade.

O Outro não é uma alteridade relativa, mas totalizante. Como o Outro não se revela apenas repositório de um não-eu, ele ganha forma e realidade existencial própria.

Segundo Gabriela Lafetá Borges, este enigma primeiro de Levinas

permite uma investigação interminável, mas o mais indicado é tomá-lo como o “inegável da ética”, o qual, diante da dificuldade de se tematizar sobre ele, autoriza assunção de significados como “o oprimido”, “o emigrante”, aquele a quem é dada a palavra, posto que sempre calado pelo discurso hegemônico do “Dito”, “o absolutamente não-eu”. (2007, p. 60.)

Assim, a identidade do Outro aparece como o marginalizado, ou então, como o eleito como alvo no processo de desconstituição do ser na sua qualidade nata, aquele do qual se retira atributos em nome da mercantilização da vida.

A interpretação permitida para caracterização do repositório do não-eu decorre de uma transcendentalidade interna, ou seja, da exterioridade. Segundo Dean Fabio Bueno de Almeida:

A superação da totalidade não se efetiva com a simples atualidade do que está em potência no sistema, mas desde a transcendentalidade interna, ou seja, da exterioridade, o que nunca esteve dentro do sistema. (2004, p. 164.)

Nesta esteira, Dussel propõe um transportar daquele que não integrava o sistema para uma posição no discurso, uma posição ativa de fala, interpelativa e de contestação.

Assim, apenas um elemento diferencial permitiria ao sujeito realizar um olhar não apenas sobre si e o igual: a sensibilidade. Para chegar ao reconhecimento da diferença e do diferente a posteriormente permitir a si mesmo uma reflexão acerca do não igual, o sujeito haveria de aguçar em si uma sinestesia até então adormecida pela razão, sufocada pela auto-legitimidade da totalidade. É na sensibilidade o ponto de encontro do eu com o não-eu, além do eu.

Enrique Dussel concebe a sensibilidade como “uma pré-abertura ao mundo já como corporalidade traumatizável, vulnerável”. (DUSSEL, 2002, p. 366.)

Trata-se de momento pré-ontológico, ou seja, anterior à nomeação do ser, ao seu conhecimento enquanto existente.

Enquanto o eu racional pensa sua existência consciente a partir da razão, Lévinas concebe o indivíduo em sua corporalidade existente além da capacidade pensante que atribui ao homem Descartes. É o aparecer do sujeito como possibilidade pré-cognitiva. Um indivíduo que existe não apenas pela

detenção da capacidade cognitiva, mas que se encontra em predisposição para apreensões que lhe são extracorpóreas.

No sujeito revela-se [a sensibilidade] como uma capacidade de percepção de circunstâncias e fatos de diferenciação transpostos, dentre outros meios, pelo modo de viver dos sujeitos, ou da comunidade e as relações decorrentes, seja esta capacidade para julgamento *a priori* ou *a posteriori*.

Uma capacidade perceptiva da existência individual, uma sensibilidade aguçada a partir da corporalidade subjetiva decorrente da relação intersubjetiva, mas que deve caminhar a um protótipo objetivo de relacionamento e atuação social.

Na sensibilidade, corporalidade vulnerável, sensível que pode ser interpretada a partir do rosto de outrem está o repouso do agir com alteridade, da alteridade como racionalidade.

O Outro, como antecedente ao sentido que se dá ao mundo constituído a partir do eu, às suas culturas e determinações, recolhe em si uma dignidade fixada na própria existência, de modo que permite uma concepção de mundo para além do eu, um mundo com o Outro.

Todavia, o mundo que haveria de dar espaço ao Outro, em sua configuração totalitária imperante o deixa oculto. Dessa feita, a sensibilidade de reconhecimento não basta às relações intersubjetivas. Faz-se necessária a atitude em alteridade.

As características veladas do sistema totalitário vêm à tona, e, segundo Dussel são perversas e provocadoras de injustiças dolorosas:

A alteridade das vítimas descobre como ilegítimo e perverso o sistema material dos valores, a cultura responsável pela dor injustamente sofrida pelos oprimidos, o 'conteúdo', o 'bem'. (DUSSEL, 2002, p. 316.)

A indagação que toma eticamente o sujeito passa a ser: ao ser sujeito consciente, como perpetuar a injustiça estanque denunciada sem qualquer dificuldade ética?

A existência real de vítimas num sistema material de valores culturalmente responsável pela dor injustamente sofrida pelo outro negado exige uma racionalidade ética de atividade fim, com pulsões de conservação da vida.

Neste sentido, o papel do operador do sistema não pode permitir, diante da atrocidade revelada na cotidianidade sistêmica penal, que se puna apenas e tão somente os eleitos na seletividade.

Retoma-se, então, o discurso da cifra negra da criminalidade e seletividade penal, o qual não perde sua importância frente à flagrante e habitual reiteração de conduta atentatória ao Direito e à Justiça. Há de ser entendido que somente com a real alteração do quadro estigmatizante, por meio de conduta ativa, é que se poderá cogitar espaço ao discurso de mesmice igualitária. Enquanto houver demagogia há lugar ao discurso e à reivindicação de mudança.

1.4.2 A interpretação constitucional principiológica concretizadora de direitos fundamentais

O que caracteriza a aplicação do Direito em sentido à Justiça nas sociedades democráticas é o não revestimento de um caráter totalizador na interpretação, de modo que a interpretação esteja sempre aberta a novas possibilidades significativas, sem desrespeitar os padrões de conduta estabelecidos como elementares para solução de conflitos sociais.

A atividade de interpretação da norma é, além de cognitiva, um ato de vontade. Assim, se pode afirmar que na hipótese de um mesmo fato comportar mais de uma interpretação, a opção fica a cargo do exegeta, configurando-se uma valoração específica feita pelo intérprete. (ROBALDO, 2008, p. 79)

Neste espaço limitado de ação interpretativa atua a criatividade do intérprete na busca do que melhor atenda a realização substantiva de direitos fundamentais, com a imposição de uma validade temporal não neutra ou apolítica.

Segundo Luís Roberto Barroso,

a interpretação da Constituição freqüentemente envolverá, um além de um ato de conhecimento, um ato de vontade por parte do intérprete. Tal vontade, todavia, não deve ser tida como livre ou discricionária, mas subordinada aos princípios que regem o sistema constitucional, às circunstâncias do caso concreto, ao dever de fundamentação racional e ao debate público. (apud ROBALDO, 2008, p. 79).

Aludida vontade está atrelada, em última análise, não à vontade pessoal do intérprete ou ao texto da lei infraconstitucional, mas à vontade do

momento constituinte materializada na norma constitucional.

Superada a formal idéia de *locus* normativo como garantia de seu exercício, o que se observa é a utilização de mecanismos para implementação de direitos.

O *locus* normativo consiste na posição formal da norma num escalonamento. Acreditava-se que simplesmente pelo fato da norma estar na Constituição, prevista formalmente no seu texto legal era suficiente para sua implementação, o que de fato não ocorreu.

A partir da crítica desta estrutura, passou-se a observar a materialidade ou formalidade constitucional das normas.

Sem parar por aí, a problemática deslocou-se para efetivação das normas materialmente constitucionais.

Assim, um raciocínio é permitido: como nem tudo que estava na Constituição era efetivamente constitucional, também não se pode dizer da inexistência de algo materialmente constitucional externo à Constituição. E mais, a força normativa de determinadas normas, ainda que extraídas ou nunca integrantes de uma constituição, é perfeitamente factível ao nível de normas constitucionais. Todas estas variáveis permitem o entendimento da existência de uma crise constitucional.

Paulo Bonavides trata a questão da crise constitucional do século XX, e poder-se-ia também dizer do século XXI:

A crise constitucional do século XX nos serve de lição, ensinando-nos com mais evidência do que nunca a existência de duas Constituições e dois poderes constituintes: uma Constituição e uma constituinte de aspecto formal e jurídico, ao lado de outra Constituição e poder constituinte, de natureza basicamente material, sociológica e permanente. (p. 323.)

Segundo referido doutrinador, existe um ordenamento normativo superior em sua essência, não vinculado à forma, de constituição sociológica que se perdura ao longo do tempo, ainda que não esteja escrito no corpo do texto constitucional. Trata-se, então, de uma verdadeira constituição sociológica composta de ordenamento mutável, dinâmico. Desperta-se, então, para uma consciência da normatividade para além de textos legais, a normatividade de uma constituição viva, em permanente atualização.

O intérprete ao realizar a sua função deve sempre iniciá-la pelos princípios constitucionais, é dizer, deve-se partir do princípio maior que rege a matéria em questão, voltando-se em seguida para o mais genérico, depois o mais específico, até encontrar-se a regra concreta que vai orientar a espécie. (BASTOS, 1998, p. 45.)

A atividade do intérprete não pode ser voltada a apenas aplicar métodos e extrair normas. Deve entender-se capaz de agir de modo a proceder à integração do sistema, permitindo-lhe coesão e coerência, em constante busca, a qualquer custo, de realizar os objetivos da Constituição, enquanto dotação de sentido às normas.

A consciência de que o Direito está além da norma torna-se requisito de pré-implantação de direitos fundamentais.

Neste sentido, Otto Bachof concebe um Direito supralegal e pré-constitucional que é incorporado na Constituição, um Direito não criado, e sim declarado, reconhecido. Observe-se a relação entre este Direito supralegal e a Constituição:

a incorporação de direito supralegal na Constituição tem apenas – doutro modo já esse direito não seria supralegal – significado *declaratório* e não constitutivo: tal incorporação não *cria* direito, mas antes o *reconhece*. (1994, p. 45.)

Ainda que decorrentes de conquistas em diferentes períodos históricos, os direitos fundamentais podem ser assim catalogados por guardarem todos um elemento de unificação. Incuti-los na Constituição de um Estado além de reforçar a unidade e trazer o reconhecimento, conduz a interpretação sistematizada deste ordenamento ao qual integra, de modo que a Constituição se torna o espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade. Para Pérez Luño:

Aludir a um sistema constitucional dos direitos fundamentais sugere de imediato a questão da interdependência ou mútua implicação entre tais direitos; já que a unidade de sentido não aparece como uma qualidade das formulações normativas individuais de cada um dos direitos fundamentais, mas sim como uma característica de todos eles em conjunto. (p. 30.)

Nota-se uma conexão conformativa dos direitos fundamentais, a despertar estudos, como assevera Pérez Luño, o que faz vir à tona a necessária compreensão da sistematicidade do ordenamento jurídico:

O tema de interconexão orgânica e finalista dos direitos fundamentais, isto é, sua dimensão sistemática, tem suscitado um crescente interesse na

dogmática constitucional recente. Não é em vão que o processo de sistematização dos materiais normativos é um fenômeno paralelo ao da formação do Estado moderno, e que tem adquirido progressiva importância à medida que tem crescido o número e a complexidade das regras que integram o direito positivo estatal. De aí que precisamente a sistematicidade seja uma das expressões definidoras dos ordenamentos jurídicos mais evoluídos, nos quais se dá como uma garantia à segurança jurídica. Com efeito, a sistematicidade permite que se conheça, interprete e aplique o direito de acordo com critérios precisos e rigorosos, que são bem mais confiáveis que o arbítrio e a casualidade. (p. 30)

Acrescenta Pérez Luño que a constitucionalidade do ordenamento irradia características próprias, possibilitando sua adaptação aos valores e necessidades flutuantes que emergem da consciência social e, tem no direito positivo objetivo os princípios basilares da unidade, plenitude e coerência, a dizer:

a) *Unidade*, porque sua estrutura constitui um todo único, claramente delimitado e específico, cujas características informam e se manifestam em cada um dos elementos que o integram: as normas são definidas a partir de sua pertença ao ordenamento jurídico, e não o ordenamento que se está em função das várias normas que o compõem. Isso permite dizer que todo o ordenamento jurídico possui uma norma ou uma regra fundamental que o identifica, e que orienta e guia a interpretação e a aplicação das normas que o integram. Em nosso ordenamento jurídico, a Constituição assume o papel de norma fundamental e em seu seio aparece como a cúspide da estrutura hierárquica do sistema o conjunto dos valores, princípios e direitos fundamentais [...]

b) *Plenitude*, já que todo ordenamento jurídico aspira a ser uma estrutura completa, no sentido de ser auto-suficiente para regular todas as hipóteses que sejam suscitadas em seu seio, desde que possuam relevância jurídica. O estatuto constitucional dos direitos fundamentais se apresenta como um sistema pleno, enquanto pretenda responder a todas as exigências ou necessidades básicas individuais e coletivas de nossa conjuntura histórica. [...]

c) *Coerência*, isto é, a tendência de todo ordenamento jurídico a estar de acordo com um conjunto de elementos entre os quais há uma ordem sistemática. Se a unidade do ordenamento jurídico aponta para a definição de seus sinais de identidade, e a plenitude para evitar possíveis lacunas em sua estrutura, a coerência se orienta à eliminação das antinomias ou contradições que podem surgir em seu seio. A partir disso, o sistema constitucional dos direitos fundamentais, ao supor a suprema expressão da ordem axiológica da comunidade, projeta sua unidade de sentido sobre todo o resto do sistema normativo, sendo o postulado-guia de todo o ordenamento jurídico e político, ao mesmo tempo em que religa a constituição formal com a constituição material. (p. 31)

Logo, não há como não reconhecer o caráter essencial que compõe a Constituição, mas o que se deve ter em conta é a normatividade de normas que detêm o *status* constitucional e projetam-se na interpretação de outras normas, ou mesmo de princípio que orientam diretamente a interpretação de normas de direito fundamental.

As normas de direito fundamental atentam à lógica da estrutura

constitucional e não são de aplicação exclusivista e imperativa por possuírem caráter principiológico, como referenda Suzana de Toledo Barros:

As normas de direitos fundamentais têm caráter de princípios; por isso, constituem exigências de otimizações, vale dizer, não obedecem à lógica do tudo ou nada. Os princípios não trazem consigo, como as regras jurídicas, a decisão definitiva quanto a uma conduta imperativa (fazer ou não fazer) ou facultativa, por isso têm um caráter normativo só *prima facie*. Diante do caso concreto, admitem ser ponderados, objetivando harmonizar os vários valores que encerram. (2003, p. 217.)

Os direitos fundamentais, por seu caráter principiológico contido em suas normas, à vista de princípios opostos são passíveis de restrição, e, de igual forma as restrições são passíveis de sofrer limitação. “Esses direitos são posições jurídicas *prima facie*, sujeitas a ponderações em face de situações de colisão de bens ou valores no caso concreto.” (BARROS, 2003, p. 161.)

Se para Perez Luño três princípios basilares compõem o direito positivo, a dizer, a unidade, a plenitude e a coerência, estes também estão para a composição do ordenamento jurídico penal.

A unidade está presente, enquanto princípio basilar do ordenamento jurídico, também no microssistema penal em seu aspecto interno e externo. Ao mesmo tempo em que as normas penais não podem subsistir sem a presença de um elemento de identificação entre elas, o mesmo micro-ordenamento requer a presença do elemento de identificação de suas normas com as demais norma da ordem jurídica.

Neste sentido, se um Direito Penal necessita de identidade com os demais ramos do Direito, ressaltada a divisão meramente didática e funcional, se pode afirmar da necessária unidade deste com os segmentos do Direito, tanto para preservação de direitos de liberdade quanto de intervenção estatal regulada.

Partindo-se da compreensão, esposada por Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso, de serem os princípios espécie de norma que convive ao lado das regras, com funções distintas destas, pois, enquanto as últimas prescrevem condutas e se ligam preferencialmente ao valor da segurança jurídica, aqueles estabelecem objetivos e realizam os ideais de Justiça. (BARCELLOS; BARROSO, 2003, p. 58.)

Para Humberto Ávila:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação de correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (apud MARTINS, 2007, p. 73.)

Assim, os princípios, são pautas de objetivos cumpridos de acordo com as circunstâncias concretamente enfrentadas pela sociedade que se submete a determinado sistema jurídico (daí o caráter finalístico, parcial e prospectivo dos princípios), como mandados de otimização que são atendidos em diferentes graus, com harmonização a partir do processo de ponderação. (MARTINS, 2007, p. 74.)

Cabe ao juiz, diante do caso concreto, fazer “compressões recíprocas”⁴ entre os interesses eventualmente tutelados por princípios distintos, buscando o ponto de equilíbrio que nos dizeres de Daniel Sarmento:

atenda aos seguintes imperativos: (a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; (b) tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto; e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico. (apud MARTINS, 2007, p. 74.)

Nesta linha, o poder do juiz na interpretação e aplicação das normas requer, como salvaguarda do princípio democrático, um maior cuidado na motivação da decisão judicial, a fim de possibilitar a crítica aos critérios norte do processo de ponderação.

A compreensão do fenômeno jurídico, em qualquer ramo do Direito, exige seleção, teleologia, análise e interpretação da totalidade do sistema jurídico. A historicidade do Direito repele a imutabilidade e a permanência. (DERZI, 2007, p. 236.)

Pode-se afirmar, juntamente com Cláudio do Prado Amaral, que os princípios penais “funcionam como bússola de navegação na tarefa de criminalização, e que, ao mesmo tempo, permitem a proteção de um determinado

⁴ Expressão utilizada por Fernando Barbalho Martins (2007, p. 74), em sua obra referida, significando a manobra feita pelo operador do direito, especialmente o juiz na conformação do princípio ao caso concreto, dada a flexibilidade de aplicação do mesmo.

bem jurídico” (apud BORGES, 2007, p. 65.)

Dada a hegemonia sobre as demais normas do ordenamento jurídico, “os princípios são convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES apud BORGES, 2007, p. 67.)

Segundo Clemerson Merlin Clève,

Os dados normativos, democráticos, compromissórios, analíticos e reflexivos da Constituição, aliás não de qualquer Constituição, mas de uma Constituição como a brasileira de 1988, devem ser potencializados por uma dogmática constitucional. Se a Constituição condensa normativamente valores caros às classes populares, nada mais importante do que a busca (política, sim, mas também jurídica) de sua afirmação, realização, aplicação. O como fazer isso juridicamente, esta é obra da nova dogmática, cujo desafio é fazer desta Constituição uma Constituição normativa integral. Porque hoje corremos o risco de fazer dela uma Constituição normativa na parte que toca aos interesses da classe hegemônica e uma Constituição nominal na parte que toca aos interesses das classes que buscam a emancipação. Faço uso da terminologia de Loewenstein para ressaltar que a dogmática alternativa não pode aceitar nem uma Constituição nominal (Constituição de papel, despida de valor jurídico efetivo), devendo lutar para fazer da Lei Fundamental em vigor uma Constituição normativa integral. (apud BASTOS, 2002, p. 100.)

Há, pois, necessidade de se promover a efetividade e valorização do conjunto axiológico integrativo da normatização constitucional principiológica que define a essência político-jurídica do Estado Social e Democrático brasileiro, fixada em valores fundamentais da pessoa humana, em harmonia com a coexistência entre direitos e garantias fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos, e a consolidação da segurança pública pelo combate às infrações penais, e, na busca de efetivação dos princípios fundamentais, asseguradores da dignidade e justiça social.

Acrescenta Clemerson Merlin Clève:

Um juiz perdido no cipoal normativo do direito positivo, que se pretende mero aplicador da lei, será um juiz corporativo ou individualista ou social conforme o texto que pretenda aplicar. O juiz não pode ser prisioneiro das concepções que presidiram a elaboração dos textos normativos individualmente considerados. O Juiz deve entender a dimensão axiológica que preside, hoje, na atualidade, no momento da realização da justiça, o sistema jurídico. (apud BASTOS, 2002, p. 101.)

A pretensão reside na potencialização da força normativa dos preceitos principiológicos, corporificando e materializando suas mensagens axiológicas.

Raquel Denize Stumm apresenta os princípios como razões de *prima facie*, possuidores de “uma ordem de concreção que considera, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, a melhor possível”, que, inseridos no ordenamento jurídico constitucional, são detentores de um caráter deontológico, à medida que informam o que deve ser. Importantes por conferirem fundamentos às normas, constituidores da razão de ser das regras jurídicas e do elo legitimador de uma regra jurídica ao sistema. (1995, p. 42)

Robert Alexy assim conceitua os princípios:

Os princípios são mandados de otimização, quer dizer que o seu comando deve ser realizado da melhor maneira possível. A otimização repercute em diferentes graus de cumprimento do mandado, pois depende das possibilidades fáticas e jurídicas do problema. A limitação ou expansão ‘das possibilidades jurídicas é determinada pelos princípios e regras opostas’. (apud STUMM, 1995, p. 42)

A lição de Celso Antonio Bandeira de Mello atinge o imo da discussão:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério pra sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. (1998, p. 583.)

Dentre os princípios constitucionais, volta-se especial atenção ao princípio da proporcionalidade. Contudo, dada a central temática do trabalho, uma incursão à intervenção penal é o passo imediato de abordagem.

CAPÍTULO II – O DIREITO PENAL E O SEU RESPECTIVO SISTEMA NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As idéias do período da razão influenciaram os ordenamentos sociais. A prática do questionamento como exercício da razão e emancipação do ser alcançou o ordenamento jurídico das sociedades, englobando as sanções impostas aos infratores, desencadeando mudanças inclusive no Direito Penal, as quais ao nosso conhecimento foram trazidas por clássicos como a obra de *Cesare Beccaria*, intitulada *Dos delitos e das penas*.

A contínua contestação da razão de ser do Direito Penal confere possibilidade de aprimoramento ao respectivo ramo. Concomitantemente, a razão servia para firmar discursos de acirramento e flexibilidade das ações interventivas estatais.

A garantia das conquistas advindas do período da clareza era marcante característica dos diplomas jurídicos, revelando uma invasão da sensação de segurança pela existência de documento garantidor de direitos e regulamentador da intervenção estatal.

As experiências de fundamentação de condutas nos textos do ordenamento legal de diversas sociedades, justificando, por vezes, arbitrariedades institucionalizadas, conduziu o Direito Penal ao constante repensar de si mesmo.

Em 1973, em Bellagio (Itália), reuniram-se especialistas em ciências penais, criminologia e penologia para discussão sobre a temática da descriminalização. O tema exigia muito estudo e cautela.

A preocupação não se afastava dos cientistas deste ramo jurídico, então, no ano de 1975, durante o 5º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção de Delito e Tratamento do Delinqüente, novamente o tema foi suscitado.

Em 1980, em Estrasburgo, publicizou-se a vertente minimalista penal, mais especificamente, levando-se ao público a sistematização dos debates da década de 1970.

Concomitantemente, algumas bandeiras para institucionalização de

condutas eram levantadas, num escopo de garantia de não lesão ou ameaça a determinados bens jurídicos.

O reforço trazido pelo Humanismo implicou na configuração de mandados de descriminalização e criminalização como elementos renovadores do Direito Penal.

Um novo Direito Penal apresentando grande contração quando comparado ao Direito Penal tradicional era o esperado por aqueles estudiosos que têm o Princípio da Intervenção Mínima como eixo ideológico. A reformulação das propostas penais tornara-se necessária já naquele contexto vez que ocorria o desvirtuamento da finalidade da norma penal.

A outra frente, defensora do recrudescimento do Direito Penal, formulava postulados de intervenção pautada na intolerância, com a desconsideração de garantias conquistadas.

O Direito Penal enquanto *ultima ratio* dentre as esferas de controle social tem por missão garantir o mínimo de coerção do Estado, além de caracterizar-se pela subsidiariedade. Todavia, na sociedade pós-guerras houve uma hipertrofia irracional deste ramo jurídico. A sociedade em beira do caos resolvera inverter a ordem de uso de seus instrumentos reguladores para obter resultados mais céleres, abrindo mão de conquistas históricas.

No Brasil, em 1988, instalara-se novo modelo de Estado, formado de valores em consonância com o Humanismo. Nova tábua de valores a orientar antigas leis: iniciava-se, neste momento, o desafio de positivizar a Justiça nestes novos valores em arquétipos de um modelo estatal diferenciado.

2.1 A Intervenção Estatal Jurídico-Penal

Na determinação dos bens e interesses mercedores de tutela jurídica, o legislador avança sobre a realidade e extrai os valores que precisam ser

protegidos pelo Direito, trazendo-os ao ordenamento jurídico⁵. De igual modo procede o Direito Penal ao depurar quais os bens e interesses estão aptos a receber seu empenho.

Na formação do tipo legal ocorre uma ordenação de fatos segundo os valores da sociedade na qual incidirá a regra, qualificando comportamentos futuros e previsíveis e, com atribuição de conseqüências jurídicas para tais. Assim, não há uma elaboração aleatória do tipo. Os perfis paradigmáticos e comportamentos traçados na norma estão eivados de ordem e significados axiológicos⁶, possibilitando, assim, a defesa de valores.

Os valores eleitos são tidos por importantes àquela sociedade naquele momento, requisitam preservação visto serem características em torno das quais transcorre a dinâmica daquela sociedade. Assim, os valores constituem o conteúdo da norma penal:

O conteúdo da norma penal, a partir da perspectiva dos valores que o Estado, por meio da sua Constituição, procurou tutelar, deve atender a todos os princípios ou proposições de política criminal que lhe são compatíveis. (ROBALDO, 2008, p. 84)

A determinação de um modelo de conduta, fundamentada no resguardo de bens e interesses relevantes para uma sociedade, passa pelos momentos da positivação de valores: observação-seleção, valoração e transposição para a esfera deôntica (dever ser)⁷. A partir destas diretrizes, estabelecidas de modelos de comportamento, dar-se-á o convívio social escolhido, ou seja, há uma estruturação deôntica dos comportamentos sociais vislumbrados.

No primeiro momento (observação-seleção), volta-se o legislador aos fatos naturais do cotidiano social, apreende aqueles carecedores da ingerência institucional do Direito, escolhendo-os a partir de um diálogo com a sociedade onde

⁵ O legislador constrói os modelos jurídicos, recortando porções da realidade, elevando ao plano abstrato ações que constituem um todo indecomponível, cujas partes se inter-relacionam e se polarizam em torno de um sentido, de um valor.

Graças a um abstracionismo prático, como quer Cesarini Sforza, o legislador examina os dados empíricos, que já possuem uma ordem e um sentido intrínseco, objetivando e racionalizando a tipicidade imanente, construindo-a abstratamente e ajuizando-a com base em um valor que se coloca como um fim a ser alcançado. (REALE JÚNIOR, 2000, p. 36)

⁶ Quando o legislador colhe na realidade um modelo de conduta, os elementos constitutivos têm a sua razão de ser em função do valor que se visa proteger. (REALE JÚNIOR, 2000, p. 38)

⁷ A estruturação da positivação de valores é proposta apresentada por Lourival Vilanova, como espaços de conformação legal e procedimento para efetivação de valores socialmente eleitos. Vide: VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1997.

os fatos se manifestam – momento pré-legislativo – e inserindo-os no ordenamento jurídico, através de instrumentos introdutórios de normas.

Em seguida (valoração), atribui-se aos fatos selecionados uma carga valorativa graduada e em conformidade com a aceitação ou o repúdio dos sujeitos sociais. A graduação mencionada atua diretamente no *quantum* de interferência do Direito subjugar-se-ão os fatos, implicando qual o ramo jurídico – divisão didática – conferirá tutela. Aos fatos repudiados pelos sujeitos sociais confere-se carga valorativa negativa. Os fatos não-reprováveis recebem carga valorativa positiva. O reflexo da valoração, positiva ou negativa, é observado no último momento do processo de positivação.

Por último, apresenta-se à sociedade o comportamento catalogado dentre os permitidos, esperados ou reprováveis. Estes quando realizados, por uma autorização já previamente concedida pelos sujeitos sociais e agora sujeitos de direito, passam a ser merecedores de sanção pela desatenção ao escopo do convívio social: o bem comum. Neste momento os fatos que receberam valoração negativa passam a catalogados como proibidos. Os comportamentos esperados são considerados como obrigatórios para atingir a finalidade da aglutinação dos sujeitos em sociedade e existencial do Estado de Direito. Se não realizados também autorizam a imposição de sanção. Já aos fatos permitidos não resta qualquer sanção em decorrência de sua realização ou não. Encontram-se na esfera de discricionariedade dos sujeitos de direito. Todavia, àqueles que inibirem a realização de fato legalmente permitido pode resultar sanção pelo atingimento de esfera de liberdade tutelada pelo Direito.

José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade aludem à censura ético-jurídica decorrente da não realização de conduta esperada, considerada axiologicamente relevante:

O comportamento socialmente esperado, porque axiologicamente relevante, e que tende a evitar um resultado proibido, não sendo efectivamente levado a cabo, merece uma censura ético-jurídica. (COSTA; ANDRADE, 2000, p. 110.)

Assim, verifica-se, nas palavras de Miguel Reale Júnior (2000, p. 39), ser o tipo penal uma manifestação do processo de positivação, decorrente de

uma elaboração abstrato-prática⁸.

Neste sentido, inteligível a conduta do legislador infraconstitucional de dedicar, respaldado na proteção de bens jurídicos, uma intervenção jurídico-penal proporcional à lesividade provocada nos bens jurídicos relacionados.

Se a função maior do Direito Penal está em intervir, quando necessário for, nas ações humanas lesivas ou potencialmente lesivas a bens e interesses jurídicos, valer-se da taxatividade para indicar quais as infrações penais merecedoras de tratamento penal diferenciado transcende a linha da pena máxima abstrata cominada no tipo. Deve-se incorporar também na determinação destas infrações outros elementos relacionados com o objeto protegido, ou ainda, os efeitos penais produzidos no desencadear da ação do agente que encontrem proximidade finalística com as denominadas infrações de menor potencial ofensivo.

Numa definição substancial de delito, tem-se que mais do que lesar um valor moral ou religioso, deve a conduta afetar a sociedade, trazendo por conseqüências prejuízos a esta, ou demonstrar periculosidade tamanha a justificar intervenção – como no caso dos crimes de perigo. (FERRAJOLI, 2001, p. 373)

Observando-se os efeitos de catalogar uma conduta como infração penal, principalmente quanto à pena que irá ferir o agente (retributividade), o Direito Penal pátrio apenas admite como infração penal (crime ou delito e contravenção penal) aquelas condutas que foram objeto de normatização jurídico-penal e estiverem legalmente definidas. A esse pressuposto denomina-se princípio da estrita legalidade. (FERRAJOLI, 2001, p. 375).

A aplicação do princípio da legalidade no Direito Penal encontra justificativa na intervenção disciplinada deste visto que atinge, quando sanciona condutas, direitos fundamentais dos infratores.

Neste contexto, apenas a incidência em conduta regradada, legalmente prevista e substancialmente ofensiva aos bens e interesses jurídicos

⁸ O tipo penal é fruto de uma elaboração abstrato-prática, que apreende na experiência as condutas típicas possíveis e submete-as, segundo as condições materiais, morais e culturais necessárias à vida e próprias daquele momento, a um ajuizamento valorativo, do qual decorre a imposição de uma solução, de um comando permissivo ou proibitivo.

Tais condutas são dotadas, como já dissemos, de tipicidade e de sentido. O legislador capta a estrutura típica da conduta concreta, apreende seu sentido e o submete a um enfoque valorativo, considerando-o positivo ou negativo, conforme exigências de conveniência humana. (REALE JÚNIOR, 2000, p. 39)

autoriza a utilização do Direito Penal, atendendo ao princípio da intervenção mínima, da subsidiariedade e principalmente da adequação social e ofensividade, todos estes compatíveis com a ideologia do Estado Social e Democrático de Direito.

Um direito penal compatível com o Estado Social e Democrático de Direito é aquele voltado à proteção integral do homem, proteção da dignidade humana interpretada em sua forma mais ampla, 'uma referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais', seja do autor da infração penal, como em relação às pessoas com bens jurídicos lesados ou ameaçados de lesão (dano). Um direito penal que gera "um ordenamento jurídico-penal, a um só tempo, garantidor e protetor dos bens jurídicos essenciais. (ROBALDO, 2008, p. 45)

Em tese, tem-se no ordenamento uma gradação valorativa dos bens jurídicos penalmente protegidos na cominação abstrata das penas aos infratores. Este critério objetivo reflete a reprovabilidade social da conduta e importância dos bens jurídicos, bem como a catalogação proporcional das condutas atentatórias aos bens jurídicos tutelados. A magnitude e a importância do bem ou interesse jurídico que se objetiva tutelar pela norma penal não de ser os elementos norteadores da classificação gradativa das infrações penais.

Reclama o Direito Penal constitucional uma distinção escalonada de ingerência penal proporcional ao valor dado ao bem ou interesse jurídico pela sociedade, bem como uma satisfatória adequação da resposta penal à lesão ou perigo de lesão ao objeto tutelado, visto que não basta a relevância social para um bem ou interesse vir a ser penalmente tutelado, fazendo-se precisa a insuficiência de tutela adequada por outro meio de defesa menos lesivo. (PRADO, 2003, p. 111)

No dizer de Luiz Regis Prado (2003, p. 104), um bem para ser merecedor de tutela penal necessita ser considerado como fundamental para o indivíduo e para a sociedade⁹.

Se eleitos são os bens jurídicos dignos da tutela penal, tem-se,

⁹ [...] É de notar que nem todo bem jurídico requer proteção penal. Isto é, nem todo bem jurídico há de ser convertido em um bem jurídico-penal. [...]

[...] o Direito Penal deve oferecer a substância básica do que for por ele protegível. Explicando: o interesse social relevante para o indivíduo deve ser elevado à categoria de bem digno de tutela jurídico-penal.

Assim, para que um bem jurídico possa ser considerado, em sentido político-criminal, como bem jurídico-penal, insta acrescer ainda o juízo de suficiente importância social.

O valor social do bem merecedor de garantia penal deve estar em consonância com a gravidade das consequências próprias do Direito Penal.

A exigência de uma particular relevância social para os bens jurídico-penais significa postular sua autonomia axiológica – tais bens devem ser considerados fundamentais para o indivíduo e a vida social. (PRADO, 2003, p. 104)

também, a gradação da interferência penal deflagrada ligada intimamente a um grau de relevância criado internamente no Direito Penal, colimado com uma gradação valorativa de cada bem jurídico. De certo, não cabe a idéia de uma igualdade de magnitude entre todos os bens e interesses penalmente tutelados.

A gradação valorativa dos bens jurídicos penais atende requisito constitucional, como afirma José Carlos de Oliveira Robaldo:

A partir da introdução da axiologia constitucional no âmbito do direito penal que este se torna materialmente mais justo e apto a atender racionalmente às necessidades do homem como ente social, da forma mais ampla possível. (2008, p. 44)

Este escalonamento valorativo-material dos bens e interesses jurídico-penais autoriza a intervenção penal e processual penal proporcional, implementando-se, para cada classe de infração penal, uma atuação penal variante desde a aplicação de uma medida despenalizadora até a aplicação da mais rigorosa sanção penal prevista, obedecidos todos os princípios constitucionais penais e processuais penais.

2.2 Do Direito Penal como Afirmação da Liberdade

Consagrada no Art. 5.º, da Constituição Federal de 1988, a liberdade é, ao mesmo tempo objeto de tutela do Direito Penal e espaço de intervenção material deste. Em face deste dispositivo, a liberdade é a regra do ordenamento, resultando que toda restrição à ela há de pressupor absoluta necessidade e adequação da intervenção estatal, vale dizer, as violações autorizadas da liberdade, pelo intervir do Direito Penal, somente podem ser toleradas quando necessárias à afirmação da liberdade mesma,

razão pela qual crime só pode consistir numa lesão grave à liberdade de alguém, isto é, lesão a um bem jurídico definido, não se tolerando intervenções pedagógicas ou moralizadoras para coibir comportamentos que não lesam ninguém (v.g., porte ilegal de droga e o próprio tráfico entre adultos) ou possam ser objeto de suficiente repressão fora do direito penal (civil, administrativo etc.), como por exemplo, as contravenções penais. Porque a liberdade, no sistema democrático, é a um tempo o limite e o fim do direito penal. (QUEIROZ, 2008, p. 117.)

Todavia, Paulo Queiroz bem informa que não há restrição ao campo

da liberdade enquanto direito individual para figuração como bem jurídico penal, ou seja, não se pode esperar ser bem jurídico de ordem penal apenas quando houver previsão de sanção infringente da liberdade do agente da conduta ilícita penal. O bem jurídico eleito interessa por si.

Não quer isso significar que só ataques à liberdade individual justifiquem a intervenção penal. Obviamente, com maior força de razões, justificam-na interesses coletivos desde que sejam claramente individualizáveis, isto é, que protejam bens jurídicos realmente. (QUEIROZ, 2008, p. 117.)

Há a intervenção do Direito Penal na proteção de bens jurídicos supra-individuais e mais acertadamente neste é que se justifica o intervir estatal no que toca à proporcionalidade da intervenção.

E se até este momento se tratava da função de prevenção geral negativa-subsidiária, ao se deslocar o Direito Penal para fins de intervenção na tutela de bens jurídicos supra-individuais, não raras vezes se pode encontrar justificativa ao atuar punitivo do Direito Penal para além da subsidiariedade, mas como efetivo mecanismo de redução prospectiva de dano social.

2.3 O Desvirtuamento do Escopo Existencial do Sistema Penal

A negação do direito ao sujeito de direitos alcança a todas as esferas do ordenamento jurídico e deturpa a finalidade de cada uma das searas. Criado no seio social e em estrita relação com a sociedade, o Direito tornou-se um instrumental para consecução de objetivos, sejam eles, numa visão dicotômica, bons ou maus.

Pode-se dizer que a intenção de estabelecer normas para reger o convívio social consiste num bom objetivo. Contudo, a partir do despertar consciente [e perverso] de que estas normas além de ditar modos de ser/agir aos destinatários servem para a criação ou manutenção de condições sociais privilegiadas, o ordenamento jurídico mantém sua característica de instrumental, mas se desvirtua de sua finalidade existencial primeira: reger e possibilitar o bom convívio social.

Nesta ótica, mas relevando apenas a condição econômica, sem acentuar questões de cor apesar da combinação se fazer quase sempre presente,

este estudo tece apontamentos da possibilidade de desvirtuamento do existir do sistema penal.

O descaminho do ordenamento atinge os diferentes ramos do Direito, promovendo injustiças legalizadas, que são contestadas pelos intérpretes substanciais da justiça ao longo dos tempos. Têm-se um choque entre fórmula e matéria: inúmeras vezes o legal (formalmente institucionalizado) afasta-se do considerado justo para o pacífico e saudável convívio social.

Para Jônatas Luiz Moreira de Paula (2002, p. 151), a perseguição ao justo está além da busca do legalmente estabelecido e corresponde a uma atribuição da jurisdição: “O papel da jurisdição está em justamente propiciar meios para a justiça social, bem como alcançar a própria justiça social, em vista de atenuação dos efeitos nocivos da globalização.”

Ao longo do tempo, os defensores da justiça social por ela lutam nas diversas esferas do ordenamento jurídico. Atualmente a bandeira é por sua consecução diante do despertar para uma jurisdição constitucional vez que a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) traça como pilar do Estado ora constituído a dignidade da pessoa humana a orientar o modo de ser desta sociedade.

Os diversos ramos jurídicos são atingidos pela utilização “mal-intencionada” e desvirtuante do Direito. O Direito Civil, uma vez desvirtuado de seu escopo existencial, tutela veementemente o patrimônio em detrimento, muitas vezes, de direitos de personalidade. Apenas quando se encontra com a hermenêutica constitucional sofre uma inversão em seus valores. Outras esferas jurídicas são mais diretamente atingidas.

O escopo existencial do Direito Penal consiste em tutelar, por meio de seus próprios mecanismos, os bens e interesses jurídicos que foram eleitos como merecedores da tutela penal.

A tutela penal revela-se como uma tutela de direitos que conta com certo “*plus*”, um acréscimo interventivo que recai sobre a liberdade dos sujeitos de direito e que se caracteriza pela especificidade de seus mecanismos e objetos de atuação, a dizer, a coercibilidade incidente sobre um bem jurídico fundamental da pessoa humana, a liberdade.

Na determinação dos bens e interesses merecedores de tutela jurídica, o legislador avança sobre a realidade e extrai os valores que precisam ser protegidos pelo Direito, trazendo-os ao ordenamento jurídico. De igual modo incumbe ao Direito Penal: depurar quais os bens e interesses estão aptos a receber seu empenho.

A questão está na eleição dos bens considerados dignos para referida tutela e uma vez eleitos os bens e interesses merecedores de tutela penal deve-se primar pela efetiva tutela.

A eleição dos bens e interesses e a efetiva tutela não podem desrespeitar a promoção da dignidade da pessoa humana sob pena de um não condizente atuar institucional em relação ao Estado Social e Democrático de Direito objetivado.

A legitimidade do instrumental com atuação desvirtuada é colocada em questão e deve ser denunciado e repudiado, e, para conhecimento acerca de possível desvirtuamento necessário se faz atentar para o escopo existencial do instrumental.

O Direito Penal, como ramo do Direito [numa divisão meramente didática], tem por finalidade a tutela de bens e interesses jurídicos relevantes, como outrora exposto.

A intervenção estatal que compreende a dinâmica do Direito Penal chega à população viciado em seu escopo e desvirtuado atua como mecanismo para controle social de indesejados, não pertencentes ao sistema, excluídos, dos quais são retirados o direito de ser sujeito de direito, realçando, cada vez mais, a desigualdade no tratamento dos indivíduos que pertencem às camadas diferenciadas da população, conforme condições econômico-financeiras. Desvirtuado, transita de um Direito Penal de tutela de bens e interesses jurídicos relevantes para um relevante instrumento de controle dos não-iguais e desprivilegiados socialmente.

Loïc Wacquant (2001b, p. 7) denuncia que a partir de um Estado policial se quer remediar a ausência de um Estado Social:

[...] a penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um 'mais Estado' policial e penitenciário o 'menos Estado'

econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países [...]

Complementa, Wacquant (2001b, p. 7), ao afirmar que a diminuição das prerrogativas estatais na frente econômica e social conduz ao aumento e reforço de suas missões em matéria de segurança, subitamente relegada à mera dimensão criminal. Assim, o tratamento social da miséria, advinda das transformações no mundo do trabalho que abalam significativamente os países já atingidos pelas desigualdades de condições e ineficiência estatal, acaba por ser a intervenção penal como solução de curto prazo¹⁰.

O seu imediato correspondente, o sistema penal, torna-se um estandarte da desigualdade social, a instrumentalizar e institucionalizar a diferença entre os sujeitos.

A seletividade do sistema que se torna objeto de análise pelos estudiosos traduz-se, então, como o discurso do momento, acaba por perder a credibilidade em sua real finalidade e passa a compor a temática dos congressos de Direito Penal e ciências afins, mas com pouca contribuição para melhoria do sistema.

Neste sentido, há a perda, ou ao menos se coloca em xeque com maior freqüência, a liberdade de determinados sujeitos do que de outros. Verifica-se a seletividade corroendo a razão existencial do sistema penal e, conseqüentemente, um verdadeiro e palpável desvirtuamento da finalidade do Direito Penal também ocorre.

2.4 A Eleição de Modelos Ideais

O sistema penal, em contra-lógica à sua finalidade, seleciona,

¹⁰ [...] a penalidade neoliberal ainda é a mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século. Isso quer dizer que a alternativa entre o tratamento social da miséria e de seus correlatos – ancorado numa visão de longo prazo guiada pelos valores de justiça social e de solidariedade – e seu tratamento penal – que visa as parcelas mais refratárias do subproletariado e se concentra no curto prazo dos ciclos eleitorais e dos pânicos orquestrados por uma máquina midiática fora de controle [...] (WACQUANT, 2001b, p. 7)

marginaliza e exclui, cada vez mais determinados grupos que fogem ao “modelo ideal” que lhe foi determinado, e, sobre estes recai com maior recrudescimento e reafirmação de sua capacidade de tutela de bens e interesses jurídicos.

A questão está em como e por quem foram determinados os “modelos ideais”. A criação de “modelos ideais” reflete o ranço do controle de condutas, determinações cartesianas e de cunho privilegiante àquele que possui capacidade de eleger os citados modelos, num processo não-democrático e excludente.

A eleição dos “modelos ideais” conferida a determinados grupos ou estratos sociais, que afirmam, com base em seus modos de vida e comportamento, o que será aceitável e o que se torna reprovável para esta sociedade e, cartesianamente, excluem desses modelos referenciais os considerados diferentes deles e que desagradam pela presença, gerando incômodo e desconforto, pela simples existência, por representarem ameaça aos “modelos ideais”. Assim, o processo de estereotipia exclui aqueles que não se revelam capazes de enquadramento nos “modelos ideais” e busca o sistema penal como mecanismo para neutralização da ameaça desconfortável que se revela possível pela convivência com esses subversivos ao modelo.

Neste sentido, o sistema penal passa a reafirmar os modelos criados e fica incumbido de assegurar a neutralização de potenciais ameaças ao modelo idealizado.

A chave decodificadora deste senso comum radica no livre-arbítrio ou na liberdade de vontade, tão cara aos liberalismos do passado e do presente. Se tudo radica no sujeito, se sua bondade ou maldade são determinantes de sua conduta, as instituições, as estruturas e as relações sociais podem ser imunizadas contra toda culpa. Os etiquetados como criminosos podem então ser duplamente culpabilizados: seja por obstaculizarem a construção de sua própria cidadania (eis que não fazem por merecer, de acordo com a liberdade de vontade que supostamente detêm, e a moral do trabalho, que dela se deduz); seja por obstaculizarem a plenitude do exercício da cidadania alheia, encerrada que crescentemente se encontra no cárcere gradeado de sua propriedade privada. (ANDRADE, 2003, p. 21.)

A partir dos “modelos ideais” é possível traçar, então, uma linha de separação entre o que escolhe e o que é escolhido para preenchimento destes arquétipos. Referida linha divide, no atual cenário nacional, segmentos sociais, colocando, de um lado, os mais econômico-financeiramente favorecidos, e de outro, os menos favorecidos. São os “modelos ideais” marco divisório entre o aceitável e o

inaceitável na convivência social, uma expressão da intolerância com o diferente.

Observa-se, desse modo, que o “modelo ideal”, como afirma Alice Bianchini, é preconizado pela classe dominante e são os menos favorecidos econômico-financeiramente que não se enquadram no modelo adotado, desvelando um direito preconceituoso e excludente, que, guardadas as devidas proporções, promove a antiga diferenciação de nobres e plebeus, como um instrumento para manutenção e perpetuação de estratificação social. (BIANCHINI, 2000, p. 63)

O estabelecimento de modelos permite a conclusão de que a rotulação consiste num mecanismo excludente, por si, por refletir os valores eleitos por determinado grupo ou camada social em desfavor de outro, e, reflete os valores vigentes em determinado tempo numa determinada sociedade – ainda que sejam esses valores negativos. Os modelos ideais são produtos ideológicos que refletem o modo e o poder de uma camada social em determinado momento histórico.

2.5 O Sistema Penal do Não-serviço e as Promessas Descumpridas

O ser negro, de classe não favorecida é excluído de situações que lhe confeririam direitos, e, em contrapartida, é incluído em rol de atividades desqualificantes apenas por sua condição econômica e cor. A combinação de condição econômica desprivilegiada e cor maximiza as relações de dominação, ou a repulsão do indivíduo que reúne estas características, e constitui manifesta expressão da concentração do poder em determinados estratos sociais e da intenção de completa anulação dos demais estratos pelos que ostentam o poder.

O Direito Penal e o sistema penal, segundo este modo de atuar pautado em “modelos ideais” acaba por servir a uma parte da população que tem seus bens e interesses tutelados e por prestar um *não-serviço* para outra parcela da população, aquela que se torna alvo de sua intervenção, ofendendo-lhe a dignidade apenas pela condição econômico-financeira que se encontra.

Contudo, isto resta encoberto ou mesmo é olhado sob “vistas grossas” por parcela considerável da população, até mesmo por uma questão de comodidade e conveniência – é conveniente ao grupo detentor de poder que seu

poderio não seja contestado ou ameaçado pela camada excluída e a melhor forma de afastar uma ameaça é institucionalmente porque assim não há a individualização ou determinação de um culpado, mas sim uma falha detectada no sistema vigente.

A partir da constatação desta falha se questiona novamente a legitimidade do sistema penal que descumpra seus propósitos e explicita a fragilidade do Estado Social e Democrático de Direito que se mostra incapaz de proteger seus cidadãos da criminalidade e coloca cada vez mais uma faixa maior de sua população sob supervisão penal. (YOUNG, 2002, p. 56)

Estudos denunciam o *não-serviço* prestado pelo sistema penal diante de sua seletividade:

Então, por isso é justo afirmar que o sistema penal é seletivo e que esta seleção é realizada nas camadas mais vulneráveis ao próprio sistema, visto que elas não são detentoras de poder político e/ou científico e/ou cultural. Por outro lado, esse mesmo sistema garante a imunização das outras camadas da sociedade (criminalidade oculta). (NEPOMOCENO, 2004, p. 43)

Numa comparação do sistema penal com um automóvel exposto à venda, o Alessandro Nepomoceno traça um paralelo entre as promessas do vendedor quanto às características do automóvel e garantia de seu perfeito funcionamento teórico, mas que somente pode na prática ser verificado. Neste sentido, após apontar as finalidades teórico-estruturais do sistema penal destaca que, na prática, em seu real funcionamento, nem sempre todas as promessas feitas são cumpridas e ainda mais, outras características até então ocultas são reveladas e nesta construção metafórica o desempenho e alta performance esperado é substituído pela desilusão advinda da constatação de seu real funcionamento.

Assim, o sistema penal moderno quando é analisado em seu real funcionamento, pois possui promessas não cumpridas (alto desempenho no combate à criminalidade) e cumpre o que não foi dito ("queima óleo", isto é, reproduz o *status quo* através da penalização, pois só alguns 'eleitos' serão punidos). (NEPOMOCENO, 2004, p. 43)

O sistema penal pauta-se na seletividade de camadas sociais que permite a imunização de outras. Enquanto as camadas detentoras de poder político, econômico ou científico torna-se imunizada por esta função latente do sistema penal, outra parcela da sociedade é por ele selecionada como objeto de intervenção e sobre a qual deve cair a neutralização.

Alessandro Nepomoceno (2004, p. 49-50) acusa o perfil da população carcerária brasileiro, traçada pelo Censo Penitenciário Brasileiro de 1994:

- a) 95% dos presos são pobres;
- b) 87% deles não concluíram o primeiro grau;
- c) 85% não possuem condições de contratar advogado;
- d) 96,31% dos encarcerados são homens;
- e) os crimes mais apenados são:
 - 33% por roubo (Art. 157 do CP);
 - 18% por furto (Art. 155 do CP): 51% contra o patrimônio, que representa mais da metade do processamento feito pelo sistema;
 - 17% por homicídio (Art. 121 do CP);
 - 10% por tráfico de drogas (Art. 12 da Lei n.º 6368/76);
 - 3% por lesão corporal (Art. 129 do CP);
 - 3% por estupro (Art. 213 do CP);
 - 2% por atentado violento ao pudor (Art. 214 do CP);
 - 2% por estelionato (Art. 171 do CP);
 - 1% por extorsão (Arts. 158 e 159 do CP).

A partir desses dados extrai-se a função não-declarada (ou função latente) do sistema penal, isto é, aquela que não foi prometida, mas de fato é cumprida: a conservação do status quo reprodutor da desigualdade social. A manutenção do referido status inicia-se já na criminalização primária, quando as camadas mais vulneráveis da sociedade são ou acusadas ou esquecidas no processo de elaboração das leis, e, chega à criminalização secundária quando as instâncias/agências de poder fomentam essa discriminação ao atuarem orientadas pela lógica da seletividade, produtora da criminalidade e reprodutora da desigualdade social. (NEPOMOCENO, 2004, p. 228)

Nessa lógica da seletividade

o poder de repressão foca em uma espécie de criminalidade, deixando-a visível aos olhos de todos, por outro lado não reprime a maioria das condutas criminalizadas em lei, especialmente as perpetradas por camadas sociais imunes à repressão do sistema. Logo, pessoas pertencentes a determinados nichos societários que possuem algum tipo de poder não vão ser 'escolhidas' para sofrerem a repressão do sistema pelo cometimento de condutas consideradas socialmente negativas pela lei penal. (NEPOMOCENO, 2004, p. 43)

Ao tentar conceituar sistema penal Francisco Bissoli Filho reconhece a independência das agências que o constituem, mas não descarta a atuação integrada entre elas para que se opere a ideologia esperada, ao que acrescenta não se poder "ouvidar a atuação integrada em continuação dos diversos órgãos, desde o legislador até o sistema penitenciário, que dá consistência à funcionalidade do sistema pela mesma ideologia", sendo, segundo Alessandro Baratta, a ideologia da

defesa social a orientadora do sistema penal como combate à criminalidade via agências constituintes do referido sistema. (apud NEPOMOCENO, 2004, p. 42)

Segundo Vera Andrade, o sistema penal¹¹ tem presente duas ideologias: a ideologia liberal, que tem por sustentáculo o princípio da legalidade, e, a ideologia da defesa social, a qual tem por alicerce a divisão maniqueísta do mundo entre o bem (sociedade) e o mal (criminoso). Assim,

o sistema penal é um conjunto de agências de poder, que interage com o meio social, influenciando e sendo por este influenciado (mídia, família, igreja, vizinhos, escola etc., os quais formam o senso comum), funcionando com o objetivo de combater a criminalidade (função declarada) para proteger pessoas de bem daquela minoria muito má que põe em risco a segurança pública (ideologia da defesa social). Esse combate ocorrerá através da aprovação e aplicação das leis penais (criminalização primária) pelas várias agências de poder que compõem o sistema penal, as quais funcionam como filtros de poder devido à possibilidade de declarar quem será criminalizado ou não (criminalização secundária). Ao escolhido será aplicada a sanção penal, previamente decidida pelo 'código ideológico' (estereótipos e senso comum sobre a criminalidade) e posteriormente justificada pelo 'código tecnológico' (lei e dogmática penal e processual penal) que, na maioria dos casos, foram *selecionados* junto às camadas sociais vulneráveis. (apud NEPOMOCENO, 2004, p. 42-43 - grifo no original)

A falsa prosperidade do sistema penal foi revelada pelo estudo crítico do aprisionamento ocorrido nos Estados Unidos da América que afirma a prosperidade do Estado penal, mas esconde as cifras dos encarceramentos. Após traçar, em diversos estados-membros da federação uma política de maior repressão à criminalidade, chegando à intolerância em determinados momentos, o número de condenados cresceu e mostrou-se como sucesso da política adotada através de uma hipertrofia do sistema punitivo, mas ocultando as cifras quanto às infrações penais praticadas. (WACQUANT, 2003, p. 65)

Segundo Loïc Wacquant, em duas décadas (entre 1975 e 1995) quadruplicou a população carcerária nos Estados Unidos da América, mas a explicação não está no aumento da criminalidade violenta, mas sim na extensão da pena privativa de liberdade para uma gama de crimes que até então não incorriam em condenação à reclusão, o que se traduz num recrudescimento do sistema penal, com a severidade do conjunto legislativo penal. (WACQUANT, 2003, p. 64)

¹¹ Na concepção de Eugenio Raúl Zaffaroni não existe apenas uma ideologia do sistema penal, mas várias que se expressam no discurso de cada um dos grupos humanos e facções que o compõe, sendo que deste entendimento comunga Vera Andrade. (NEPOMOCENO, 2004, p. 42-43)

O que mudou neste período não foi a criminalidade, mas a atitude dos poderes públicos em relação às classes pobres consideradas como seu principal foco. Classes junto às quais o Estado penal se encarrega de reafirmar os imperativos cívicos do trabalho e da moralidade com força crescente na proporção em que a precarização do emprego e a contração das políticas sociais os colocam em situação ainda pior. (MELOSSI apud WACQUANT, 2003, p. 65)

No mesmo período que o acima discriminado sobre o perfil da população carcerária brasileira, os números pertencentes ao sistema penitenciário estadunidense (1994) mostram que os condenados por violências contra as pessoas (homicídios, assassinatos, estupros, vias de fato caracterizadas, roubos sob ameaça) representam apenas 23% dos detentos nos cárceres de condado, 11% dos reclusos em prisões federais e menos da metade dos internos das prisões estaduais, e, no caso dos 94 mil menores encarcerados apenas 15% deles eram acusados ou culpados de crimes violentos. (WACQUANT, 2003, p. 68)

Wacquant apresenta o perfil da população carcerária estadunidense:

Em 1992, no auge da vaga de encarceramento, o prisioneiro-tipo que entrava em uma penitenciária estadual na América era um homem de origem afro-americana (54% dos admitidos, contra 19% de brancos), com menos de 35 anos (três quartos deles), sem diploma de estudos secundários (62%), condenados por um delito ou um crime não violento em mais de sete casos em dez [...] As infrações cometidas com mais frequência pelos recém-chegados eram: posse ou distribuição ilegal de drogas (29%), roubo e receptação (19%), arrombamento (15%), atentados à ordem pública (8%). Somente um quarto foi condenado à reclusão por roubo com violência (11%), agressão (7%), violências sexuais (5%) e assassinato ou seqüestro (4%). (WACQUANT, 2003, p. 68)

E tece conclusões convergentes às obtidas no Brasil quanto à finalidade oculta do sistema penal:

O encarceramento serve antes de tudo para 'governar a ralé' que incomoda - segundo a expressão de John Irwin (1986) - bem mais do que para lutar contra os crimes de sangue cujo espectro freqüenta as mídias e alimenta uma florescente indústria cultural do medo dos pobres (com as emissões de televisão *Cops e 911*, que difundem, em horas de grande audiência, vídeos de intervenções reais dos serviços de polícia nos bairros negros e latinos deserdados, com o mais absoluto desprezo pelo direito das pessoas presas e humilhadas diante das câmeras). (WACQUANT, 2003, p. 68)

No Brasil, a situação não difere muito em sua essência. Duas características são peculiares: o período de hipertrofia do aprisionamento é limiarmente posterior ao estadunidense, e, não se pode dizer de uma redução de políticas sociais, mas se deve atentar para a eficácia e finalidade das políticas sociais implementadas, que se revelam como mantenedoras de status quo,

distanciando-se de qualquer caráter emancipatório. No mais, o fenômeno teve, mesmo em espaços territoriais diferentes, os mesmos destinatários: os desprivilegiados sociais. Assim, por detrás desta hiperinflação carcerária está a intenção de reafirmar os imperativos cívicos do trabalho e da moralidade diante da precarização do emprego (redução acentuada das ofertas de emprego) e a contração de políticas sociais emancipatórias, substituídas por políticas assistencialistas de manutenção de status sociais, essenciais para a retroalimentação do sistema vigente na nação de modernização tardia.

Katie Argüelo afirma que o cenário hipertrofiado do sistema penal decorre da própria realidade construída pelo Estado:

A desregulamentação da economia e a destruição do Estado social, que produzem desigualdades sociais, exigem o fortalecimento do Estado penal para normalizar o trabalho precário.

Os resultados dessa violência punitiva são obviamente mais sinistros em países onde imperam a desigualdade social, a pobreza e a ausência de tradição democrática, nos quais a influência norte-americana, tanto no plano econômico como no penal, pode ser sentida com maior intensidade. Na América Latina, quase todos os candidatos a cargos eleitorais, nos últimos anos, têm como tema central o discurso sobre a segurança pública. Na maioria das vezes, sem o menor pudor de proclamar, como solução definitiva para os problemas atuais, a volta do suplício, abolido oficialmente há séculos. (ARGÜELO, 2005, p. 8)

A análise crítica das funções reais do sistema penal, conforme ensina Juarez Cirino dos Santos, conduz ao entendimento de que

O Direito Penal é um sistema dinâmico desigual em todos os níveis de suas funções: a) ao nível da *definição de* crimes constitui proteção seletiva de bens jurídicos representativos das necessidades e interesses das classes hegemônicas nas relações de produção/circulação econômica e de poder político das sociedades capitalistas; b) ao nível da *aplicação de* penas constitui estigmatização seletiva de indivíduos excluídos das relações de produção e de poder político da formação social; c) ao nível da *execução* penal constitui repressão seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho e, portanto, de sujeitos sem utilidade real nas relações de produção/distribuição material, mas com utilidade *simbólica* no processo de reprodução das condições sociais desiguais e opressivas do capitalismo. (apud ARGÜELO, 2005, p. 11-12)

Assim, Katie Argüelo conclui:

Deslinda-se em definitivo o caráter desigual do sistema penal, o qual, por um lado, pune certos comportamentos ilegais (das classes subalternas) para encobrir um número bem mais amplo de ilegalidades (das classes dominantes), que ficam imunes ao processo de criminalização; e, por outro, aplica de modo seletivo sanções penais estigmatizantes, especialmente a

prisão, incidindo no *status* social dos indivíduos que fazem parte dos setores mais vulneráveis da sociedade, os quais, dessa maneira, permanecem impedidos de ascender socialmente. (ARGÜELO, 2005, p. 12)

E denuncia que o fenômeno do aprisionamento não simplesmente aparece, mas também encontra causa de existir na dinâmica do mercado, e, aventa ainda, que em determinados momentos serve para a conferência de equilíbrio ao mercado:

[...] a crise da tradicional ideologia legitimante do cárcere coincide com um período de retração do Estado social e de expulsão de um enorme contingente de trabalhadores para a economia informal. A rede de instituições carcerárias (prisões, colônias penitenciárias, etc.) tornou-se uma 'alternativa ao emprego', uma maneira de 'utilizar' ou de 'neutralizar' a 'população inassimilável pelo mercado'.

Com a progressiva degeneração do Estado social em Estado penal, confirmam-se as teses fundamentais da criminologia crítica sobre a relação entre mercado de trabalho e sistema punitivo. (ARGÜELO, 2005, p. 18)

Argüelo chama a atenção para a antiga relação de disciplinamento que foi conferida à fábrica e que foi transferida à idéia da constituição das prisões:

[...] como assinala Cirino dos Santos, é possível verificar a centralidade da prisão e da fábrica e sua relação de dependência recíproca nas sociedades capitalistas, pois a prisão tem por objetivo 'transformar o sujeito *real* (condenado) em sujeito *ideal* (trabalhador), adaptado à disciplina do trabalho na fábrica, principal instituição da estrutura social'. (ARGÜELO, 2005, p. 17)

Ao revisitar os ensinamentos de Michel Foucault, apresenta a atualidade daqueles estudos, destacando principalmente as funções de vigilância e neutralização do sujeito que personaliza a ameaça, funções estas marcantes no sistema penal e que muito interesse despertam nos integrantes das classes detentoras de poder. A utilização de um instrumental institucionalizado [o sistema penal] para a manutenção dos status sociais, além de eficiente mecanismo para afastar os indesejados, a menor constrangimento ético-moral expõe os integrantes das camadas detentoras de poder.

Foucault explica como na sociedade capitalista a prisão evolui de um aparelho marginal ao sistema punitivo a uma posição de centralidade como aparelho do controle social, em razão da necessidade da disciplina (métodos para impor uma relação de *docilidade/utilidade*) da força de trabalho, promovida pela singularidade do *panóptico* [...]
A disciplina é a técnica específica de um poder que funciona de modo calculado, contínuo, "fabricando" indivíduos, tomando-os simultaneamente como objetos e instrumentos de seu exercício. [...]

Os mecanismos que possibilitaram o sucesso do aparelho disciplinar, segundo Foucault, são a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame. Sinteticamente, a vigilância hierárquica é um dispositivo disciplinar exercido pelo jogo permanente de 'olhares calculados' ao qual nada escapa, produzindo efeitos de um poder múltiplo, automático e anônimo. A sanção normalizadora é uma ordem portadora de uma referência *artificial* de penalidade permanente (sistema de recompensa/punição) que se difunde por todos os aspectos e instantes da instituição disciplinar para comparar, diferenciar, hierarquizar, homogeneizar, excluir, enfim, normalizar o comportamento dos indivíduos. (ARGÜELO, 2005, p. 14-15)

Não se pode dizer de um desvio de objetivo do sistema punitivo de aprisionamento visto que sempre atingiu seu escopo, retirar os transgressores de regras do convívio social e deixar explícito aos demais indivíduos sociais que determinados comportamentos eram reprováveis e sancionáveis.

Segundo Foucault, na realidade, a prisão não se desvia de seu objetivo ao aparentemente 'fracassar'. O sistema punitivo opera uma *gestão diferencial das ilegalidades*, cujo efeito indireto é golpear uma ilegalidade visível (e útil) para encobrir uma oculta; e diretamente, alimenta uma zona de marginalizados criminais (produz uma 'ilegalidade fechada, separada e útil'), inseridos em um próprio mecanismo econômico ('indústria' do crime) e político (utiliza-se dos criminosos com fins subversivos e repressivos). (ARGÜELO, 2005, p. 16)

Nesta perspectiva não se pode falar de cumprimento da promessa existencial pelo sistema penal do Estado Social e Democrático de Direito. A suposta efetividade do sistema penal que apresenta números como justificção oculta a função de controle social dos indesejados do sistema capitalista. A intervenção estatal penal é banalizada e centrada na ação dos indivíduos pertencentes a determinado estrato social.

Um sistema penal condizente com os postulados do Estado Social e Democrático de Direito necessita organizar-se de modo a não ofender a igualdade, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Se o sistema penal possui destinatários certos e estes o são apenas pela condição social que possuem, lesionado de morte está o Estado Social, e, pelo tratamento diferenciado aos que merecem tratamento tutelar igual, mas que passam a ser alvos preferenciais das intervenções penais, lesionado está o Estado Social e Democrático de Direito.

Outro ponto precisa ser observado segundo Juan S. Pegoraro. Há uma estreita relação entre o controle social pelo sistema penal e a marginalização

decorrentes do modelo capitalista de Estado adotado nas nações de modernização tardia.

[...] esta inflación del sistema en su conjunto, corre paralelo con los crecientes niveles de exclusión y marginalización de la población. En tal sentido, el origen social de la mayoría de los presos por delitos contra la propiedad da cuenta a las claras de una selectividad en la persecución de determinados delitos.

Entonces, los reiterados discursos referidos 'al combate contra la delincuencia' no pueden menos que hacer declinar toda consideración humana: cuanto más delincuentes, menos humanos. Efectivamente, con el abandono progresivo y explícito de la 'corrección' cuya finalidad declamada era que pretendía incluir a todos, la incapacitación se produce por el solo hecho de la exclusión por medio de las instituciones segregativas o 'totales', para utilizar la tradicional definición de Erving Goffman (1984). (PEGORARO, 2001, p. 369)

Pegoraro sustenta que o sistema penal torna-se instrumento para intervenção e controle dos espaços geográficos e sociais considerados como de risco à economia de mercado, o que reafirma sua importância para os incluídos neste cenário e exclui ainda mais os que não preenchem requisitos mínimos da qualidade de indivíduo pertencente ao modelo.

Y así, en el marco de la economía de mercado, con sus invocaciones y la eficiencia y a la mercantilización, surge la idea de una 'administración' de la cuestión criminal, por medio de 'intervenciones' en espacios geográficos y sociales caracterizados como de riesgo (Castel, 1986).

En suma, el control social y específicamente el control penal que se atribuye la posibilidad de ser una 'solución al problema de la delincuencia' se despliega en el nuevo escenario de la economía de mercado, la competencia y el utilitarismo no solidario; su estrategia no es tanto para corregir los problemas del orden social referido, sino de su mantenimiento y reproducción; para ello utiliza como nuevas herramientas del control social, políticas sociales neutralizadoras e incapacitadoras de gran parte de la población, por acción u omisión, y el aumento de formas represivas por medio de la acción policial. (PEGORARO, 2001, p. 369-370)

No sentido do destacado, o sistema penal encerra em si grande utilidade para a imobilidade social e manutenção das camadas detentoras de poder.

O sistema penal, com todos os instrumentos que encerra, acaba por permitir que, no seu interior, formas de discriminação, arbitrariedades e violência sejam garantidas e legitimadas, o que se obtém com o consentimento expresso ou tácito de uma maioria considerável da população, utilizando-se, para tanto, de mecanismos insinuantes, encobridores da verdade. (GOMES, 2006. p. 84.)

Sua função latente fica encoberta pelo discurso da eficiência fundado nos números e mascarado como está conquista até mesmo os marginalizados que não se apercebem vítimas, mas comungam da falsa sensação de segurança que o sistema proclama.

A concentração territorial das camadas operárias empobrecidas participa agora ativamente do processo da sua desconstituição como atores sociais e políticos. Por outro lado, a concepção moralista e moralizadora que hoje organiza as formas pelas quais são enunciadas as ameaças representadas pelas manifestas e crescentes distâncias sociais e culturais entre os deserdados e os vencedores da sociedade de mercado, ao responsabilizar os pobres e excluídos pela sua pobreza e exclusão, reintroduz no discurso a ótica estigmatizadora que demonizou as camadas populares no século XIX. O recalcado pânico social das 'classes perigosas' retorna ao imaginário coletivo na sua versão social-política e social-acadêmica, e participa da condenação do subproletariado urbano. (WACQUANT, 2001a. p. 14.)

A política de recrudescimento tem legitimado intervenções injustas e baseadas apenas em rótulos, como um não abandono ao etiquetamento que permeou o sistema penal. A aceitação deste caráter interventivo do sistema pode conduzir a um ciclo vicioso de ampliação do atuar estatal, o que numa sociedade onde muitos não pertencem aos espaços de decisão de quais são os alvos da intervenção estatal aparenta ser algo perigoso.

Atos não são, eles se tornam alguma coisa. O mesmo acontece com o crime. O crime não existe. É criado. Primeiro, existem atos. Segue-se depois um longo processo de atribuir significado a esses atos. A distância social tem uma importância particular. A distância aumenta a tendência de atribuir a certos atos o significado de crimes, e às pessoas o simples atributo de criminosas. Em outros ambientes – e a vida familiar é apenas um de muitos exemplos – as condições sociais são tais que criam resistências a identificar os atos como crimes e as pessoas como criminosas.” (CHRISTIE, 1998, p. 13)

Segundo Nils Christie, a intervenção estatal penal corresponde ao anseio representado na legislação penal e nesta estaria parte do problema: uma legislação preconceituosa, se efetivamente implementada promove injustiças legalizadas.

2.6 Os Contornos do Direito Penal Moderno: a Busca do Ponto Médio

Se por vezes as críticas ao Direito Penal foram radicais, o presente reclama, entre a busca de uma segurança pública e o respeito aos direitos fundamentais um espaço de equilíbrio caracterizado por uma reestruturação permanente.

Neste espaço, há de se consolidar a estrutura, com certa dinamicidade, de inserção e exclusão de condutas no campo da ilicitude penal, ou

melhor, de criminalização ou descriminalização de condutas, e, por que não também de despenalização.

Conclui Hassemer, após busca, através da história, de um princípio pré-positivo que seja capaz de estabelecer uma hierarquia entre bens jurídicos que as decisões incriminadoras estão vinculadas a um contexto histórico e cultural concreto. Assim, um valor que se dá a um bem jurídico não tem fundamento racional. E acrescenta que se domicilia o “conceito de bem jurídico no contexto histórico-cultural em que se faz a valoração, circunstância que não pode ser ignorada pela política criminal” (apud SALOMÃO, 2001, p. 36.)

Nesta linha, o conteúdo que preenche o conceito de bem jurídico de determinado ilícito penal o é porque representa a valoração socialmente feita acerca da necessidade de proteção deste bem jurídico, conferindo-lhe o atributo de bem jurídico-penal.

Este bem jurídico o é porque reflete decisão incriminadora da sociedade na qual vige o Direito Penal, estritamente naquele momento histórico-cultural. Pode, então, vir a não sê-lo em período imediatamente seguinte e retornar a sê-lo em momento posterior.

Em tal situação, desde que observados os postulados basilares do Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito, problema algum existe.

Enquanto Amelung (apud SALOMÃO, 2001, p. 33.) entende a sociedade como um complexo sistema de interações, impondo ao Direito a atribuição de conferir estabilidade às mesmas, e, assim, garantir a funcionalidade do sistema, observa que quando uma conduta viola as funções distribuídas pelo Direito, este se reafirma através da sanção, em busca da confiança e manutenção desta confiança da sociedade na funcionalidade do sistema.

Propõe, praticamente, a substituição do conceito de bem jurídico como fundamento do Direito Penal pelo conceito de “socialmente danoso”, sendo que dentro dessa categoria se encontrariam os “comportamentos disfuncionais”, a dizer, “aqueles que impedem ou dificultam que o sistema social supere os problemas que obstaculizam seu progresso. O Direito Penal somente poderia criminalizar essas condutas disfuncionais ou socialmente danosas.” (apud SALOMÃO, 2001, p.

33.)

A concepção reducionista do Direito Penal, apoiada por Hassemer, encontra neste, como argumento básico teórico-jurídico a teoria do contrato social, de forma que deriva dela que

[...] sólo debería considerarse hecho punible la lesión de las libertades aseguradas por el contrato social. Pero tal interpretación del contrato social, defendible, ciertamente, cuando se alude al origen de las sociedades humanas, no puede ser trasladada, sin embargo, de un modo tan simplista a sociedades con nivel ulterior de desarrollo en civilización y cultura. Antes bien, en ellas desempeñan asimismo un papel importante valores e intereses de naturaleza supraindividual, concernientes a la colectividad. [...] Para la teoría del bien jurídico estaba claro desde un principio que no sólo hay bienes jurídicos individuales. [...] (HIRSCH, 2008, p. 65.)

Assim, Hassemer propõe um caminhar do Direito Penal em proteção de bens de ordem coletiva, já com uma preocupação da definição destes bens num contexto de constante transformação.

[...] si es posible que el Derecho Penal proteja bienes jurídicos colectivos, como ha puesto de relieve desde hace tiempo la teoría del bien jurídico, entonces el catálogo de esos bienes jurídicos está tan abierto como el de los individuales. En la sociedad el desarrollo de las valoraciones y de los objetos de valoración se encuentra en constante evolución y, dependiendo de las circunstancias, se puede modificar el cupo de bienes jurídicos individuales e de bienes jurídicos colectivos en el seno de la protección jurídico-penal de bienes jurídicos. El verdadero problema del que tenemos que ocuparnos es el de la precisión. Se trata de la cuestión relativa a qué criterios han de aplicarse para poder hablar de un bien de contornos suficientemente trazados para ser considerado bien jurídico. (HIRSCH, 2008, p. 66.)

A nocividade da conduta em seu âmbito social permite tecer maiores contornos da determinação do conteúdo do bem jurídico e do materialmente injusto.

[...] El criterio de la nocividad social ayuda a efectuar una limitación negativa: el bien jurídico sólo se lesiona cuando se ha originado un daño mensurable. [...] es necesaria la función de racionalización y limitación del concepto de bien jurídico, no sólo por razones jurídico-estatales sino también para poder tener en cuenta adecuadamente en la valoración del contenido de injusto de las conductas la cercanía y lejanía de la lesión del bien jurídico [...] (HIRSCH, 2008, p. 67.)

Há de serem submetidos os instrumentos jurídicos-penais a uma importante revisão.

O sistema necessita identificar um núcleo axiológico digno da tutela penal.

[...] o *merecimento de pena*, ou a dignidade penal, envolve a consideração de um bem ou valor constitucional como condição essencial à garantia e implementação da dignidade e dos direitos fundamentais da pessoa humana; somente um bem ou valor dessa categoria, em nosso entender, pode ser considerado *bem jurídico-penal*; a *necessidade de pena*, ou carência de tutela penal, por sua vez, implica a comprovação da insuficiência de outras espécies de sanção na tutela do bem jurídico e a avaliação da danosidade social da conduta. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 65.)

O encontro do ponto médio do Direito Penal é o desafio do operador do direito. Não lhe cabe mais os radicalismos estremados de minimalismo tendente ao abolicionismo, nem tão pouco o recrudescimento acentuado da criminalização.

O conflito entre um Direito Penal amplo e flexível (convertido em um indesejável *soft law*) e um Direito Penal mínimo e rígido – certamente impossível – deve achar assim uma solução no ‘ponto médio’ da configuração dualista. Com efeito, não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um Direito Penal orientado ao paradigma do ‘Direito Penal mínimo’. Mas isso não significa que a situação nos conduza a um modelo de Direito Penal máximo. A função racionalizadora do Estado sobre a demanda social de punição pode dar lugar a um produto que seja, por um lado, funcional e, por outro, suficientemente garantista. Assim, trata-se de salvaguardar o modelo clássico de imputação e de princípios para o núcleo intangível dos delitos, aos quais se assinala uma pena de prisão. Em contrapartida, a propósito do Direito Penal econômico, por exemplo, caberia uma flexibilização controladora das regras de imputação (a saber, responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ampliação dos critérios de autoria ou da comissão por omissão, dos requisitos de vencibilidade do erro etc.), como também dos princípios político-criminais (por exemplo, o princípio da legalidade, o mandato de determinação ou o princípio de culpabilidade). Tais princípios, efetivamente, são suscetíveis de uma acolhida gradual e, da mesma forma que se dá hoje entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador, não teriam por que ser integrados em idêntica medida nos dois níveis de Direito Penal, com ou sem penas de prisão. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 145.)

Admitir um Direito Penal completamente mínimo implica, em determinado momento, perda da segurança pública. Esta corresponde a uma obrigação positiva do Estado, ou seja, o Direito exige uma postura positiva do Estado na realização da mesma.

Conforme Valter Foletto Santin:

O direito exige posturas negativas e positivas do Estado em prol das liberdades públicas. No enfoque negativo, de deixar de afrontar a liberdade, vida patrimônio do cidadão, numa obrigação de não fazer, conquista árdua do cidadão, o qual o lutou muito para o reconhecimento e respeito destes direitos e evitar a opressão do Estado e dos soberanos, ao longo da história. No ângulo positivo, o Estado deve tomar medidas ativas, prestações positivas, para garantir e concretizar a ordem pública e proteção à incolumidade da pessoa e o seu patrimônio, numa obrigação de fazer, para a realização do bem-estar social, finalidade cobrada no Estado Democrático de Direito.

[...] A segurança pública é considerada dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, destinada à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, caput, CF), que implicam num meio de garantia da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5º, caput, CF). [...] (2004, p. 79-80.)

Assim, a segurança pública, enquanto direito difuso reivindica, até certo ponto, o mínimo de criminalização de condutas como mais efetivo mecanismo de proteção de direitos fundamentais, dentre eles os listados acima.

Rogério Greco apresenta uma proposta denominada de “Direito Penal do Equilíbrio”¹² na qual elege como princípio central, a orientar todos os demais princípios que cercam o Direito Penal, o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste foco eletivo, leciona:

O homem, aqui, deve ocupar o centro das atenções do Estado, que, para a manutenção da paz social, deverá somente proibir os comportamentos intoleráveis, lesivos, socialmente danosos, que atinjam os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. (GRECO, 2009, p. 24.)

Não há como conceber um atuar interventivo estatal de cunho penal se inexistente o dano social. O dano individual merece tutela também, como de fato recebe. Neste sentido, o que se observa inicialmente é existência de uma valoração dos bens e interesses para atribuição de tutela penal.

“O primeiro passo para a criação do tipo penal incriminador é, efetivamente, a valoração do bem.” (GRECO, 2009, p. 25.)

Valorado o bem, o segundo passo está na observação da suficiência da proteção deste bem, em eleição, pelos demais ramos do Direito. Se a proteção por qualquer outro ramo do Direito for suficiente, não há razão para intervenção penal dada a orientação desta de ser subsidiária. Trata-se, aqui, da imediata correspondência com o princípio da subsidiariedade. Assim,

embora o bem tenha sido politicamente considerado como relevante, se outros ramos do ordenamento jurídico puderem, com eficiência, fazer a sua proteção, não haverá necessidade da intervenção radical do Direito Penal [...].(GRECO, 2009, p. 68.)

Se o bem, em eleição, for importante e incapaz de ser protegido pelos outros ramos do ordenamento jurídico, o procedimento seguinte corresponde à

¹² Referido estudo está parcialmente contemplado na obra do aludido autor, de igual denominação, constante nas referências deste trabalho.

observância da conduta que o ataca, quanto à tolerância social. Se o bem em eleição for atacado por conduta socialmente tolerada, aceita pela sociedade, não há de se cogitar em criminalização desta conduta, ou, se passou esta a ser aceita, o procedimento a ser adotado será o da descriminalização.

Se um bem que era importante no passado, mas, atualmente, já não goza desse prestígio, não poderá mais merecer a tutela do Direito Penal, servindo o princípio da intervenção mínima de fundamento para a sua revogação. (GRECO, 2009, p. 25.)

Para Cláudia Viana García e José Carlos Nobre Porciúncula Neto (MIR PUIG, 2007, p. 13.), somente há antijuridicidade penal, quando após o juízo de desvalor do fato, dada a nocividade para um bem jurídico, não houver justificação, da lesão ao bem, por um interesse superior, ou inexistir causa justificante que afaste completamente a antijuridicidade e torne o fato antijurídico e por assim punível.

Há a construção de um modelo de conduta ofensiva, delimitado a partir de comportamentos previsíveis com potencial capacidade de lesão ao bem jurídico eleito. Este “guia”, ou modelo de orientação de conduta ofensiva, compõe o “tipo”.

O tipo seleciona as ações humanas relevantes ao Direito Penal, consistindo em juízo de valor provisório que pode ser contraditado nas hipóteses de justificação. Do ponto de vista material, o injusto é a lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico. Já o bem jurídico é o interesse médio, que se pressupõe, de modo geral, protegido pelo Estado. (MEZGER apud DERZI, 2007, p. 167.)

A teoria social da ação entende que a única forma de encontrar um conceito de ação para os delitos dolosos, culposos e omissivos é remontar-se a um denominador comum que possa aglutinar as distintas modalidades de comportamento que originam cada uma daquelas classes de delito. Esse denominador comum não pode ser encontrado no âmbito do ser, já que nele se contrapõem duas categorias ontológicas inconciliáveis: a finalidade (exercício de atividade final) e a sua não utilização quando era possível e esperada. Para reunir ambas as categorias em um conceito unitário de ação, deve-se remontar a um ponto de vista superior de natureza valorativa, que reúne o que é incompatível na esfera do ser. Tal ponto deve ser a expectativa social: será ação todo ‘comportamento humano socialmente relevante’ (JESCHECK apud MIR PUIG, 2007, p. 159.)

Na continuidade do raciocínio, detectado o bem jurídico e a conduta atentatória ao mesmo, eivada de antijuridicidade, a punição pela adoção de comportamento desviante e ofensivo é imperiosa, recaindo a questão no como e qual medida dar-se-á a sanção.

Não se pune porque se pode punir, mas porque é necessário.

E a incriminação de condutas, assim como a cominação e aplicação de penas, deve pautar-se, rigorosamente por esses critérios. [...]

O Direito Penal deve buscar, enfim, não apenas a manutenção, mas também o restabelecimento da paz jurídica, violada sempre que verificada a prática de um delito.

Dessa forma, o mesmo argumento que recomenda a adoção da via reparatória em alguns casos, desaconselha sua aplicação em inúmeros outros, visto que é exatamente a ameaça penal que desestimula a violação da lei.

Com efeito, se de um lado a reparação não pode ter a eficácia de evitar a aplicação da pena em todos os casos, uma vez que em grande parte dos delitos a extinção da punibilidade em função da reparação do dano representaria a banalização do estatuto repressivo, em outros, como se viu, acaba por constituir importante instrumento a serviço do Estado na recomposição da paz social, profanada com a prática do delito. (ROSENTHAL, 2005, p. 112.)

Para Eliezer Gomes da Silva (2007, p. 265) há de ser deslocado, com o fluir do tempo, o núcleo central do Direito Penal do conceito de bem jurídico para o núcleo formado a partir do delimitado mínimo ético em termos de dignidade da pessoa humana, contido na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, dado esta ser um “sistema objetivo de valores” formadores de uma base ética da sociedade, denominada “interesses humanos”.

Assim, se encaminha a teoria do Direito Penal, conformada na relação entre Constituição e Direito Penal, a extrapolar a influência de princípios informadores, apontando a existência de uma autêntica formatação do Direito Penal em padrões não apenas estritamente delimitados pela Constituição e sua força normativa, mas também por contornos éticos universais contidos nas declarações de direitos.

Para um sistema penal que não está acabado, mas em constante [re]elaboração, nunca num estado final de elaboração, mas sempre como um momento desta, não como um fim em si mesmo, mas como um meio, flexível, provisório e aberto ao problema que se lhe apresenta como uma determinante questão de fato, que não se justifica apenas por si mesmo, nem por sua coerência ou rigor lógico, mas integrante de um contexto social e jurídico, a intervenção penal é o estágio da cautela estatal, tanto para proteção do bem jurídico como do agente agressor ao mesmo. Observe-se o entendimento de Paulo Queiroz:

[...] se a intervenção penal implica, como regra, mera tecnização dos conflitos, subtraindo-lhe toda carga de dramaticidade e humanidade, além de importar em despolitização e descontextualização, é preciso buscar, na medida do possível, re-politizá-lo, re-contextualizá-lo e re-humanizá-lo

segundo o sistema de valores e princípios (garantias) da Constituição Federal. Cumpre reaproximar, enfim, o Direito do Homem, pois mais que a 'verdade processual' importa a 'verdade existencial'. (2008, p. 126.)

A clareza que resta destes ensinamentos está na dinâmica do repensar o Direito Penal, como uma proposta em inacabada construção até mesmo como mecanismo de efetivação de justiça visto esta nunca ser estanque.

2.7 O Papel do Juiz no Direito Penal Moderno

Com a informação de reestrururação constante do conteúdo do materialmente tido por ilícito penal, as atividades legiferante e julgadora ganham espaço.

Em certa complementação à atividade do legislador, que realizou a constituição abstrata da norma, o juiz, no calor do caso concreto e com olhar atualizado ao Direito, concebe-a no mundo factível, na aplicação da pena adequada e necessária.

A pena, o castigo, só deverá ter lugar quando for absolutamente insubstituível e sobre isso decidirá o juiz, que há de ser, de certo modo, o legislador no caso concreto, mesmo porque a interpretação do direito penal há de partir, necessariamente, das funções político-criminais assinaladas à pena. (QUEIROZ, 2008, p. 135.)

Há uma racionalidade que permeia tanto o momento da criação quanto da concretização da norma penal e une os distintos operadores do sistema jurídico.

A racionalidade deve se fazer presente na norma penal, como assevera José Luis Díez Ripollés, apresentando uma coerência lógico-formal, teleológica e principiológico-moral: [...] “Deve tratar-se, em qualquer caso, de uma racionalidade forte, que não se limite à coerência lógico-formal, mas que se ocupe também dos fins a serem alcançados e de princípios morais.” (2005, p. 83)

Os princípios norteiam todas as atividades estatais, devendo serem obedecidos desde a elaboração das normas até sua aplicação, passando pela compreensão e integração do ordenamento jurídico.

Acrescenta Paulo Queiroz que as expressões “o juiz é a boca da lei”

e o “juiz é escravo da lei” já desguarnecem de sentido, dado que interpretar é, em verdade, argumentar, corretamente, num sistema aberto, e, se múltiplas são as possibilidades de argumentar, múltiplas são também as possibilidades de interpretar corretamente. (2008, p. 135.)

Avoca, então, os dizeres de Lênio Streck, no sentido da inexistência de julgamentos de acordo com a lei ou em desacordo com ela, porque compreende a norma como uma construção possibilitada ao intérprete a partir de um todo e no decorrer do processo de concretização do Direito, de sorte que, quando o juiz profere um julgamento considerado contrário à lei, na realidade está proferindo um julgamento contra o que a doutrina e a jurisprudência estabelecem como arbitrário, de maneira que

é necessário ter em conta que o direito deve ser entendido como uma prática dos homens que se expressa em um discurso que é mais que palavras, são comportamentos, símbolos, conhecimentos, expressados (sempre) na e pela linguagem. É o que lei manda, mas também o que os Juízes interpretam, os advogados argumentam, as partes declaram, os teóricos produzem, os legisladores criticam. É, enfim, discurso constitutivo, uma vez que deseje significado a fatos e palavras. (apud QUEIROZ, 2008, p. 136.)

O momento oportuno para correção de uma falha verificada pelo descompasso da lei com o princípio é o do provimento judicial. Se o princípio foi esquecido ou era desconhecido pelo legislador, não o poderá ser pelo aplicador do direito ao caso concreto.

Não basta ao operador do direito ter o conhecimento do poder do instrumental que maneja. Necessário se faz que assuma racionalmente uma posição de utilização deste em favor de uma ideologia, recepcionando, não pacificamente as conseqüências de sua tomada de decisão e investida.

A situação, porém, não comporta saídas fáceis, mormente quando se sabe que ao Direito, por exemplo, cabe garantir e não criar riscos para o funcionamento do construto social. O jurista que se propõe um projeto utópico em que os conflitos não sejam fonte de violência e de negação da vida, situa-se, porém, ainda diante de um outro dilema que, de modo nenhum é mais fácil de resolver: o grau elevado de percepção da realidade que precisa ter a sua consciência pode levar a que as suas objetivações se localizem, para a maioria dos homens, no limite do ininteligível, ou seja, encontrará dificuldades para conseguir a adesão da sociedade a um projeto que propõe, como forma de superar os riscos dos conflitos, o risco da fragilidade do acordo como mais importante do que um certo estado de segurança que gera a coerção. E isso vai obrigá-lo a repensar a sua posição e função como especialista que vai mediar os conflitos [...].(VOESE, 2006, p. 78.)

Necessária a constituição de um espaço, ou, porque não dizer o reconhecimento de um espaço já existente, de contribuição significativa¹³ do juiz no processo de interpretação da lei penal para elaboração da norma penal eficaz:

A interpretação, portanto, é um complexo ato de criação e não um simples ato de complementação da vontade da lei ou do legislador, como se imaginou no passado.

Por conseguinte, o juiz que supõe tomar seus critérios de decisão unicamente da lei é vítima de um fatal engano, pois (inconscientemente) permanece dependente dele mesmo, quando, na realidade, só o juiz que tenha plena consciência de que sua pessoa se co-implica no processo interpretativo pode ser verdadeiramente independente. E se isso é válido para a interpretação em geral e para as situações 'normais', tal vale, com maior força de razões, para a interpretação no âmbito do direito penal, em que, à superprodução de leis penais sem o menor critério, editadas, não raro, para criar uma só impressão – e uma falsa impressão – de segurança jurídica (leis puramente simbólicas e grandemente demagógicas), se soma uma linguagem freqüentemente confusa e imprecisa, tipos de conteúdo vago, já não bastasse o fato de a interpretação e a aplicação das normas competir a órgãos que atuam independentemente, sem nenhuma coordenação entre si e com grande margem de discricionariedade: Polícia, Órgãos da Execução Penal, Ministério Público, Judiciário etc. Aqui, mais do que em qualquer outro campo do direito, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas ocorrem de forma arbitrariamente seletiva e criadora de crimes e criminosos. (QUEIROZ, 2008, p. 136.)

Constatada a importância do operador do direito na interpretação e aplicação da norma penal, este profissional assume um também estimado papel no equilíbrio social. E isso se dá, nos dizeres de Santiago Mir Puig, “de modo a tender a uma solução que seja não só adequada ao Sistema, mas que seja mais justa possível” (apud ROBALDO, 2008, p. 44)

A solução positiva aos conflitos sociais hoje erroneamente objeto do Direito Penal somente será possível com o esfacelamento da cultura penal, a começar pelas atitudes individuais dos diretamente vinculados ao sistema penal.

A solução 'positiva' só será aplicável de a cultura penal ceder seu lugar a múltiplos processos de decisões democráticas transformadoras e de tentativas de solução dialógica dos conflitos. (ANDRADE, 2003, p. 12. [prefácio])

Daí a importância do papel dos juízes e outros agentes do sistema penal.

Para Eliezer Gomes da Silva (2007, p. 267), trata-se da alteração de posição dada ao interesse jurídico protegido, agora sob fundamentação ética.

¹³ Espera-se que a contribuição do operador do direito seja significativa e contribua efetivamente para o bem da sociedade da qual é parte integrante e na qual exerce destacado papel social.

A complementação necessária para tutela de direitos desprovidos de proteção eficaz se faz pela adoção da ética enquanto argumento de fundamentação do intervir penal do Estado.

Em que pese seja um discurso aproximado a este já rechaçado pela doutrina, no que toca à hipertrofia do direito penal, o que se observa aqui de diverso não consiste na simples criminalização para aparência e em resposta ao clamor popular, mas na criminalização pautada nos postulados do mínimo ético esperado e aceito universalmente, como bem aponta Eliezer Gomes da Silva (2007, p. 265-269), ao teorizar sobre um conteúdo material do conceito de crime.

Da comunhão deste pensamento, permite-se a intervenção penal de maior magnitude sobre condutas que importem em maior desvantagem a um número maior de pessoas do que quando promovam resultados a um número reduzido de indivíduos, quando não a apenas um diretamente.

Logo, o que se legitima neste aspecto é a criminalização de condutas que atentem ou lesionem diretamente um aglutinado de sujeitos de direitos, o que ocorre em condutas de ordem economicamente tuteladas pelo direito penal.

Pautado no princípio da proporcionalidade, após a Segunda Guerra Mundial, os tribunais alemães proferiram diversas sentenças impondo limitação ao poder do legislador, no sentido de o legislador não ter poderes ilimitados para a criação de leis que restringissem direitos fundamentais. (BORGES, 2007, p. 39.)

Tal limitação, ao mesmo tempo que representa um controle de constitucionalidade, se revela eixo de fortalecimento do uso do princípio da proporcionalidade no campo da aplicação da lei.

Com os direitos fundamentais colocados como núcleo principal de toda a ordem jurídica, assegurando a limitação do poder do Estado, para que este figurasse como um Estado Democrático de Direito, e, com a aplicação crescente do princípio da proporcionalidade, os aplicadores impuseram ao Estado uma obrigatória progressão dos direitos dos cidadãos a partir da defesa do caráter social da legislação já em sua elaboração, ou no momento de sua aplicação, dando conformidade reconhecadora de direitos.

Novamente vem à tona a finalidade existencial do Direito Penal, a

promoção da pacificação via redução de conflitos, valendo-se dos mecanismos majoritariamente de prevenção.

O Direito Penal não pode se separar da ética, a qual se impõe como instrumento jurídico de contenção do estado de polícia, sob pena de perder sua essência. Para proteger os valores elementares da vida comunitária, o Direito Penal deve saber que não regula o poder punitivo, mas tem o dever de contê-lo e reduzi-lo, para que não se amplie aniquilando tais valores.

CAPÍTULO III – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL

O princípio da proporcionalidade rege a intervenção estatal na repressão da criminalidade. As funções estatais, cada qual em sua esfera de atuação, estão adstritas a tal orientação principiológica: o Legislativo na determinação dos tipos penais; o Judiciário no julgamento e mensuração das sanções a serem aplicadas ao caso concreto; e, o Executivo na concretização da sanção imposta. A normatividade do princípio da proporcionalidade, no Estado Constitucional Brasileiro, exige, na proteção adequada e eficaz aos bens e interesses jurídicos, a adoção, por parte do Estado, de medidas condizentes com a valoração dada ao objeto protegido e suficientes para garantir-lhe proteção. A intervenção penal estatal, posterior a 1988, há de ser necessária, adequada e suficiente para, ao proteger um bem ou interesse jurídico, não provocar desgaste e ofensa desnecessária em outro. Apenas nesta linha de atuação, possível se torna a efetivação dos postulados constitucionais, a positivação de valores e direitos fundamentais e a implementação do Estado Social e Democrático de Direito.

3.1 Princípio da Proporcionalidade

Na solução de um problema, seja ele de ordem penal ou não, valer-se do princípio da proporcionalidade significa comprimir o menos possível cada um dos valores em causa segundo o seu peso na situação (segundo a intensidade e a extensão que lhe é constitucionalmente conferida), submetendo o conflito a um juízo de ponderação para emissão da melhor solução concreta, nos paradigmas constitucionais.

A importância da existência do princípio da proporcionalidade está na sua utilidade para resolução de conflitos entre direitos e bens juridicamente tutelados. No Direito do Estado Democrático, erguido sobre pilstras sociais, deve haver uma necessária harmonização entre os valores presentes no ordenamento jurídico, para que, no lidar com o conflito penal haja uma solução justa e razoável.

O princípio da proporcionalidade nasceu como medida limitadora da

discricionariedade dos atos restritivos de liberdade, advindos do poder executivo recebe a qualidade de princípio constitucional. Enquanto para alguns doutrinadores essa qualidade adviria da conexão do princípio com os direitos fundamentais, para outros, ele seria decorrente do Estado de Direito. (CANOTILHO, 2003, p. 266)

Restou conhecido também como princípio da proibição de excesso. Encontrou aceitação no sistema *Common Law*, onde se apresentou como regra de razoabilidade, influenciando os juízes que passaram a avaliar as dimensões do comportamento razoável, caso a caso, ou seja, o juiz analisava a necessidade e proporcionalidade do comportamento no caso concreto. (CANOTILHO, 2003, p. 267)

Nos ordenamentos europeus traduziu-se como um princípio material de controle das atividades dos poderes públicos. Tornou-se, no pós-guerra, instrumento para radicação de um direito materialmente mais justo. (CANOTILHO, 2003, p. 268)

Desde então, toda e qualquer manifestação dos poderes do Estado deve permear-se de uma proporcionalidade. A intervenção proporcional pauta-se nos critérios da razoabilidade-coerência, razoabilidade-adequação e proporcionalidade-necessidade. Trata-se, no dizer de Canotilho, de um controle de natureza equitativa que contribui para a integração do momento de justiça no palco da conflitualidade social. (CANOTILHO, 2003, p. 269)

As ações estatais, quando restritivas de direitos fundamentais devem ser proporcionais ao fim visado, sob pena de, na defesa de um direito, atingir a substância de outro de forma desmedida e assim injusta.

Canotilho apresenta o princípio da proporcionalidade constituído pelos subprincípios: conformidade ou adequação de meios, exigibilidade ou necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. (CANOTILHO, 2003, p. 269)

Exige-se, na relação medida-fim, que a medida adotada seja conforme aos fins justificativos de sua adoção.

O princípio da exigibilidade realça o direito à menor desvantagem possível ao cidadão quando da ingerência estatal. Questiona o meio adotado pelo

Estado na intervenção, em suas interfaces material, espacial, temporal e pessoal. Na exigibilidade material o meio escolhido deve ser o que ofenda o direito fundamental limitado da menor forma possível, numa ofensa não além da necessidade. Espacialmente refere-se à limitação do âmbito de intervenção, numa delimitação do espaço de vigência desta. Na exigibilidade temporal observa-se o tempo de limitação a direitos fundamentais impostos pela medida estatal, analisando-se potencial excessividade. Na interface pessoal analisa-se a limitação quanto à pessoa, ou seja, a quem deve ela ser dirigida, vedando a transposição para outrem.

Na proporcionalidade em sentido estrito foca-se a proporcionalidade da carga coercitiva da medida. Analisa-se “as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”, isto é, se o resultado obtido com a intervenção é proporcional ao meio utilizado.

Transportando-se a aplicação do princípio da proporcionalidade para a esfera repressiva do Estado à criminalidade, ao Direito Penal, assim como aos demais ramos do Direito, será um princípio norteador.

Respaldado constitucionalmente, direciona todas as funções do poder estatal. Ao atuar sobre a função legislativa, em matéria penal, impõe ao legislador, que em sua liberdade legiferante faça a conformação substancial entre a medida sancionatória e o bem ou interesse jurídico protegido pela norma, numa valoração quanto ao grau da intervenção estatal a incidir sobre a conduta ilícita, estabelecendo entre elas uma proporcionalidade para não haver impunidade, nem supressão substancialmente desnecessária de direito fundamental do agente. Assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade constitui-se meio para solução de conflitos entre direitos fundamentais, especificamente o que está sendo violado na conduta do agente e o do próprio agente da ilicitude penal.

O Estado na proteção adequada e eficaz aos bens e interesses jurídicos deve contrapô-los e, então, adotar medidas condizentes com a valoração dada ao objeto protegido e suficientes para garantir-lhe proteção.

Em que pese inexistir previsão expressa do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, traduzido diretamente numa norma constitucional, a Constituição Federal de 1988 o prevê implicitamente em

diferentes momentos, bem como o ordenamento jurídico pátrio o aceita como diretriz fundamental dada sua carga normativa.

Exige-se que o Estado tenha uma atuação positiva e concreta no campo social, de modo a preservar valores socialmente aceitos, que estão sintetizados na dignidade da pessoa humana. (BORGES, 2007, p. 40.)

Referida exigência que recai sobre o Estado ordena ao mesmo que aja prudentemente para não colocar em risco a dignidade da pessoa humana, ainda mais quando a dignidade não recair sobre um indivíduo apenas e estiver no âmbito dos interesses difusos.

Do princípio da proporcionalidade decorre que, na atuação do Estado ante os interesses públicos, faz-se necessário o sopesamento desses com os interesses individuais e coletivos, guardando assim todos os direitos dos cidadãos e realizando as intervenções proporcionais. (BORGES, 2007, p. 41.)

Canotilho informa ser o Estado de Direito concretizado a partir de subprincípios, a dizer, o princípio da legalidade da administração, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos, e, o princípio da proporcionalidade. (apud BORGES, 2007, p. 41.)

A partir deste modelo de Estado verifica-se a importância do princípio da proporcionalidade. Servindo à proteção da liberdade e igualdade de todos os indivíduos, e, há de se dizer igualdade material (não apenas formal), concretiza a idéia de justiça que se subsume no modelo de Estado adotado.

Um Estado de Direito é aquele que presa pela justiça aos seus membros e se outros atributos lhe forem incorporados, como o democrático e o social, há de se acrescentar também a atribuição do princípio da proporcionalidade, como de outros princípios.

Na instituição de um Estado Social e Democrático de Direito a função do princípio da proporcionalidade resta maximizada. O tratamento diferenciado de cada situação não pode ser sonogado por este Estado, e mais, este deve procurar adequar as leis às necessidades e peculiaridades de cada indivíduo, no caminho de uma igualdade formal a uma igualdade material.

Em Karl Larenz (apud BORGES, 2007, p. 41.),

o princípio da proporcionalidade é, na verdade, subsidiário do princípio da igualdade, pois pode haver motivos dentro da sociedade que possam vir a

justificar ou ainda fazer necessária uma parcial desigualdade. Quando esses motivos existem, o princípio da igualdade é substituído pelo princípio da proporcionalidade. Segundo este último princípio, a desigualdade não pode ir mais além do que a causa objetiva justifique. Assim, no lugar da igualdade estrita, temos uma igualdade relativizada pela proporcionalidade, demonstrando, desse modo, a preocupação de tratar os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade, para obter assim a igualdade material.

Por vezes no ordenamento se observa essa igualdade relativizada em razão do princípio da proporcionalidade, a citar, por exemplo, a tributação graduada conforme capacidade contributiva.

Mas, o princípio da proporcionalidade é reclamado na proteção dos direitos fundamentais, na medida que se procura estabelecer uma adequação justa da medida adotada em relação ao fim a ser alcançado.

Para Humberto Ávila (2001, p. 04), o princípio da proporcionalidade consiste num postulado normativo aplicativo, e não num princípio, dado que antes de ser deduzido ou induzido de um ou mais textos normativos, ele resulta, por implicação lógica, da estrutura das próprias normas jurídicas estabelecidas pela Constituição brasileira e da própria atributividade do Direito, que estabelece proporções entre bens jurídicos exteriores e divisíveis.

Ávila (2001, p. 02) prefere denominar o princípio da proporcionalidade de *dever de proporcionalidade* até mesmo porque não o entende como princípio, mas, para além, diferencia-o das categorias de princípios e regras e atribui-lhe um significado normativo autônomo, de referência ao ordenamento jurídico brasileiro e com aplicação fundada em critérios racionais e intersubjetivamente controláveis, ao ponto de afirmar que “a proporcionalidade destina-se a determinar a exigência de racionalidade na decisão judicial”.

Para Maniglia (apud BORGES, 2007, p. 43.), neste sentido, o princípio da proporcionalidade está fundamentado na proteção da dignidade da pessoa humana, nos direitos fundamentais da pessoa, de modo que o princípio da proporcionalidade fundamenta-se no Estado Social e Democrático de Direito porque este é o espaço de concretização dos direitos fundamentais.

Do caráter principiológico das normas de direito fundamental são dedutíveis os subprincípios componentes do princípio da proporcionalidade: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, explicitados em

momento oportuno.

A realização de direitos fundamentais supõe uma otimização das situações jurídicas, mas não apenas destas, incluindo-se também as situações fáticas em igual patamar. Neste sentido, a adequação dos meios aos fins bem como a busca da maior idoneidade do meio para realização ótima do fim estão implícitas no processo, a determinar o resultado apto dentro do aspecto da realidade possível. Verifica-se que

o equacionamento de um conflito entre princípios é regido pela proporcionalidade em sentido estrito, daí que este elemento do cânone da proporcionalidade é um consecutário lógico da natureza de princípio da norma de direito fundamental. (BARROS, 2003, p. 160.)

Neste sentido, ao se valer de um princípio constitucional para interpretação de normas de direitos fundamentais o intérprete reforça positivamente o ordenamento conferindo-lhe harmonia para melhor desempenhar seu processo autopoietico.

Utilizar-se de um princípio de essência ponderativa como o princípio da proporcionalidade possibilita o restabelecimento de legitimidade do ordenamento constitucional pela atualização da norma à situação concreta e cenário dinâmico.

A questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável. Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto é, atribui um peso maior a um deles. Se se pode estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo. (BARROS, 2003, p. 174.)

A Constituição para ver sua força normativa operar na realidade fática necessita da presença de elementos de ponderação. Segundo Konrad Hesse:

Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem os deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente – no mais tardar em momento de acentuada crise – que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derogados. (1991, p. 21.)

Na relativização do absoluto está presente o princípio da proporcionalidade como mecanismo de fortalecimento da normatividade

constitucional.

Como bem informa Suzana de Toledo Barros,

A questão da ponderação é, portanto, uma questão de controlabilidade do resultado restritivo que se adote para um direito em conflito, exurgindo desse procedimento a importância do princípio da proporcionalidade. (2003, p. 175.)

Assim, no controle de situações concretas pela plasticidade fornecida pelo princípio da proporcionalidade os direitos fundamentais encontram maior implementação e ao mesmo tempo o ordenamento jurídico de renova, fortalecido pela atualização da constituição de fato, não necessariamente escrita, mas de normatividade imperiosa.

Mas, não se pode olvidar que não apenas o intérprete pode limitar os direitos fundamentais. Pode também o legislador exercer esta tarefa, desde que não atinja o núcleo essencial do direito fundamental.

Se se pretende aquilatar a razoabilidade da interferência legal de caráter restritivo no âmbito dos direitos fundamentais, tem-se de ter, como premissa básica, o fato de se estar no campo de situações plausíveis, isto é, que os direitos fundamentais são passíveis de limitação e que o legislador pode exceder-se nesta tarefa. (BARROS, 2003, p. 160.)

O núcleo essencial consiste no conteúdo mínimo de um Direito, insuscetível de ser violado, sob pena de aniquilar-se o próprio Direito.

Suzana de Toledo Barros defende que “a concretização de direitos fundamentais está atada ao princípio da proporcionalidade, em razão do caráter principiológico das normas que os contemplam.” (2003, p. 160.)

O princípio da proporcionalidade funciona como guia de controle do poder estatal (executivo, legislativo, judiciário), com exigência de eficiência na escolha de meios de concretização de políticas públicas e implementação de direitos, inclusive servindo para dizer em quais situações concretas este núcleo mínimo é maior ou menor, visto que moldável à luz do direito restringido, segundo Hesse (apud BARROS, 2003, p. 102).

A realização da Constituição se dá na concretização de direitos fundamentais. Quanto mais e maior a realização de direitos fundamentais, maior o caráter normativo da Constituição.

No tocante ao direito estatal de restrição de direitos há de se indagar

não apenas a reserva legal (princípio da legalidade), mas a compatibilidade de restrição desses direitos com o contexto real da situação concreta, para tanto, necessário o princípio da proporcionalidade. (MENDES, 2001, p. 2)¹⁴

O direito fundamental não guarda conformação absoluta diante das possibilidades jurídicas de sua realização. Ensina Suzana de Toledo Barros:

Quando se tem um ou mais direitos fundamentais em jogo na solução de um caso concreto, devem eles sofrer uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretenda tutelar. Essa relativização da aplicação de uma norma de direito fundamental traz ínsita a existência de várias possibilidades jurídicas de realização dos direitos fundamentais. (2003, p. 159.)

Conceber o alcance do princípio da proporcionalidade é ponderar o resultado entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos inseridos na norma, perseguidos pelo legislador e extraídos pelo intérprete.

Neste mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 24)¹⁵ aponta a proporcionalidade como a regra da proporcionalidade para fins de interpretação e aplicação do direito, principalmente no tocante aos direitos fundamentais, com o logro de promover restrição às restrições infundadas de direitos fundamentais, nos caso de adoção de ato estatal para promoção ou realização de um direito fundamental individual ou interesse coletivo fundamental.

Para Virgílio Afonso da Silva o princípio da proporcionalidade diferencia-se do princípio da razoabilidade dado que além de incorporar a sub-regra da adequação, não se esgota nesta verificação de compatibilidade entre meio e fim, mas também compreende outros âmbitos de análise, a dizer, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito:

[...] O motivo é bastante simples: o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins [...]. (p. 33)

¹⁴ Gilmar Ferreira Mendes admite uma manifestação do princípio da proporcionalidade para denunciar e proibir leis restritivas de direitos que sejam inadequadas à consecução de seus fins, o que inclusive pode viabilizar a aferição da constitucionalidade dessas leis ou dispositivos.

¹⁵ Virgílio Afonso da Silva apresenta razões para adoção terminológica de *regra da proporcionalidade* e não *princípio da proporcionalidade* – vide: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002. Neste mesmo trabalho, cuida de diferenciar a regra da proporcionalidade do princípio da razoabilidade porque reconhece naquela uma estrutura própria de constituição e uma racionalidade também peculiar de aplicação que exige análises rigorosamente seqüenciais da operação das sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, respectivamente. (p. 27-31)

Numa interpretação que resguarde o Direito a partir de seu núcleo essencial e pela proporcionalidade caminhe gradativamente na realização deste Direito, ou quando inverso, na redução da realização do mesmo, sem contudo, perder o núcleo mínimo desse Direito, sob pena de aniquilá-lo, se tem garantido um menor sacrifício de direitos quando em colisão entre eles, e, por outro lado, maior implementação de direitos.

Não havendo conformação absoluta do direito fundamental, esses podem sofrer restrições. A intervenção estatal restritiva de direitos fundamentais deve ser controlada sob pena de atingimento do núcleo essencial desses direitos. Uma vez possível a limitação de direitos fundamentais há de se ter consciência de que o legislador pode exercer tal limitação, bem como na análise do caso concreto o intérprete do direito deve estar autorizado a tal procedimento. Autorizado a conferir implementação ao direito fundamental torna-se um agente importante no processo de democratização de direitos.

Destacado o cenário e compreendido seu efeito sobre o exercício de direitos, passa-se à proposta de como realizar direitos fundamentais.

3.2 O Princípio da Proporcionalidade e os Direitos Fundamentais

Os direitos de liberdade são tanto mais amplos quanto menor a intervenção estatal, já os direitos sociais só são factíveis em plenitude em decorrência de reconhecimento do Estado, ou seja, são conquistas que ganham registro e assento consolidativo na lei. (BARROS, 2007, p. 28.)

Neste sentido, quanto mais abrangente for o intérprete na definição dos direitos fundamentais, mais amplos estes serão, no que toca à esfera de seu exercício e eficácia, como consagra Vladimir Brega Filho (2002, p. 64): “A eficácia máxima dos direitos fundamentais exige que ao definir o conteúdo dos direitos fundamentais, o intérprete aja da forma mais abrangente, ou seja, que mais garanta a eficácia desses direitos.”

Um direito fundamental pode colidir com bens jurídicos da comunidade, resultando em tensões não-solucionáveis por critérios abstratos e

gerais. (BARROS, 2007, p. 28.)

Para Norberto Bobbio, [...] a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas. (apud BARROS, 2007, p. 29.)

Aqui cabe o princípio da proporcionalidade. A fundamentalidade de um direito é variável vinculada diretamente à sociedade e tempo.

A preocupação em não transformar uma injustiça arbitrária em 'justiça sob a forma da lei' fez o Poder Judiciário repensar os esquemas de controle de constitucionalidade, reconhecendo novos limites ao poder legiferante, sobretudo na tarefa de conformação dos direitos e garantias fundamentais. (BARROS, 2007, p. 25.)

Com este parágrafo, Suzana de Toledo Barros inicia sua obra específica sobre o princípio da proporcionalidade, chamando a atenção, já na apresentação do tema, do fator justificante de seu trabalho.

Não poderia deixar de ser aqui transcrito aludido parágrafo visto que o anseio maior deste, mas não o único, consiste em denunciar as arbitrariedades do sistema, apresentando, assim se espera, ao menos uma modesta contribuição para a confecção da justiça concreta em diametral oposição à injustiça institucionalizada, seja ela legislativa ou judicial conformativa.

Analisar a constitucionalidade de uma lei pode ser a examinar a compatibilidade dos meios idealizados e eleitos pelo legislador para atingir determinado fim.

A lei está eivada de inconstitucionalidade por intervir na esfera de liberdade humana no âmbito dos direitos do sujeito mediante adoção de cargas coativas maiores que as eficazmente exigíveis à efetividade da intervenção. Neste sentido, o princípio da proporcionalidade tem fundamental importância na aferição da constitucionalidade das leis interventivas de cunho restritivo de direitos. (BARROS, 2007, p. 27.)

Não se trata de tema isento de críticas visto que, dentre outras, estão em jogo questões ligadas à segurança jurídica e à transferência da valoração técnico-social do legislador para o juiz. Dessa forma, na análise de constitucionalidade das leis, o princípio da proporcionalidade serve como critério

técnico ao Judiciário, *standard*¹⁶ de apoio ao Judiciário no processo de exame da justiça das leis, “sem contudo contestar a liberdade de conformação do legislador para atualizar o programa normativo da Constituição e sem invadir o próprio mérito do ato legislativo”, ou ainda “reduzir a esfera de liberdade do legislador democraticamente legitimado para regular a Constituição”, todavia, em atuação de modo a evitar o excesso do poder político na produção de leis desnecessárias, casuísticas ou desarrazoadas.

3.3 A colisão de direitos fundamentais: segurança pública versus liberdade individual

Segurança é o direito fundamental que por um lado se apresenta como tal a todos os indivíduos de uma coletividade, a merecer a adjetivação de pública, ou seja, um direito individual que alcança a difusidade já em sua essência, e, de outro lado, por gerar obrigação primária ao Estado Social e Democrático de Direito brasileiro¹⁷, inclusive como meio de manutenção de sua unidade e supremacia, torna-se bem jurídico de magnitude ampla, oponível sua tutela até mesmo contra o próprio Estado.

Se de uma parte se apresenta a segurança como elemento fundante do intervir penal estatal, enquanto direito social fundamental¹⁸, de outra parte aparece o direito fundamental à liberdade.

Desse modo a tensão entre estes direitos fundamentais se faz presente quando supostamente inicia o Estado a persecução de uma infração penal.

A questão paradigmática reside nas nuances de flexibilização de cada um desses direitos fundamentais em conflito, vale dizer, do direito fundamental à segurança em colisão com o direito fundamental de liberdade.

Há desnaturação do direito fundamental à liberdade por submissão,

¹⁶ Conforme denomina Suzana de Toledo Barros ao justificar a adoção do mesmo pelo Judiciário. (BARROS, 2007, p. 27.)

¹⁷ Atente-se à redação do Art. 144, da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), a destacar a segurança pública como dever estatal ao mesmo tempo que direito e responsabilidade de todos, com fim próprio, a dizer, a manutenção da incolumidade das pessoas e patrimonial, bem como a preservação da ordem pública, viabilizando o andamento regular da sociedade brasileira.

¹⁸ Conforme previsto no caput do Art. 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

por presunção, ao direito fundamental à segurança, com conseqüente quebra da unidade normativa da Constituição e arbítrio fulcrado em irracionalidade metodológica de interpretação.

Trata-se nesta situação da atribuição de peso máximo ao direito fundamental de segurança, o que lhe retira uma de suas características enquanto direito integrante do rol de fundamentalidade diretamente relacionada à condição humana, a de bem se amoldar às situações fáticas do caso concreto vez que não há de se falar em direito fundamental que guarde sempre conformação plena em todo e qualquer caso, ou melhor, não se pode afirmar a existência de superior hierarquia sem que esta seja ditada, concretamente, na circunstância específica do caso concreto em epígrafe.

Não se pode afastar a essencialidade da intervenção penal diante da ofensa a bem ou interesse jurídico merecedor de sua tutela. Contudo, somente se pode analisar a incidente supremacia de um direito fundamental sobre outro nas particularidades do caso concreto de colisão de direitos fundamentais, como é o caso do conflito deflagrado sempre entre o difuso direito fundamental à segurança e o individual direito fundamental à liberdade.

Incompatível a presunção de que toda e qualquer conduta lesiva à integridade de um bem jurídico, a partir da conduta tipificada como ilícito penal, admita a superioridade do direito fundamental à segurança sobre o direito fundamental à liberdade.

Tão somente as nuances do caso concreto viabilizam este juízo fático.

Se pode verificar que entre alguns direitos individuais fundamentais e segurança pública (também direito fundamental) resta estabelecida uma situação de privilégio deste sobre aqueles, numa presunção de prevalência do direito à segurança pública sobre os demais direitos fundamentais.

Todavia, justamente o que não se pode admitir é a predominância generalizada e petrificada do direito à segurança sobre os demais direitos fundamentais, afastando a potencial colisão de direitos fundamentais diante de casos concretos, confronto este que somente é resolvido a partir do sopesamento, advindo da aplicação do princípio da proporcionalidade, fundado na análise da

situação fática.

Desprovida a análise da situação concreta há a fundamentalização do já direito fundamental segurança pública, tornando-o “mais fundamental” que os outros, dentre os quais o direito fundamental à liberdade.

Aludida medida de sublimação inconsciente do direito à segurança pública ofende postulados do Estado Social e Democrático de Direito. (DIAS NETO, 2005, p. 93)

3.4 Reflexos da Normatividade do Princípio da Proporcionalidade no Tratamento das Infrações Penais

À luz do princípio da proporcionalidade revela-se necessária a ponderação da ação interventiva estatal no tratamento das infrações penais, conferidora de resposta penal equivalente à lesão ao bem ou interesse jurídico tutelado, objetivando a contenção ou diminuição da criminalidade e, trazendo por consequência a positivação do princípio da proporcionalidade.

Neste escopo, revela-se o acontecimento delitivo como uma imagem complexa a ser decifrada. Atribui-se relevância aos diversos fatores e protagonistas que o integram.

O conceito de delito não permanece adstrito apenas como infração à norma. A conduta típica ultrapassa o limite normativo de crime, deixando de ser mero pressuposto fático da norma e antecedente lógico da sanção.

A consciência de que o crime não se resume apenas a ser fato típico, antijurídico e culpável leva à busca de reações condizentes e plausíveis, ao enigmático problema social que é o delito. O reconhecimento de uma limitação no lidar com este fenômeno torna-se o marco inicial da solução conflitiva penal.

Desta limitação extrai-se a necessária ponderação na utilização de meios para pretense controle do fenômeno. Ponderação que há de ser feita entre o custo social e a eficácia dos meios eleitos para se atingir a finalidade almejada.

O sistema penal recorre aos conhecimentos proporcionados por

ciências afins ao Direito, buscando sobriedade em seu atuar, adaptando-se às exigências do sistema.

A Constituição Federal de 1988, quanto a ingerência estatal em matéria penal consigna uma proporcionalização, revelada no Art. 98, inciso I, ao introduzir o sistema consensual penal a atuar quando das infrações penais de menor potencial ofensivo. Há uma gradação constitucional das infrações penais e conseqüentemente a exigência de adequação do sistema interventivo estatal.

Na esfera infraconstitucional, a título de exemplo, tem-se a regulamentação pela Lei n.º 9.099/95, conhecida dentre os operadores como “Lei dos Juizados”. O referido diploma reproduz a nova forma do atuar estatal sobre a criminalidade selecionada, refletindo-se, principalmente, na intenção de não aplicação da pena privativa de liberdade, avocando, para tal, princípios não contemplados no processo penal tradicional ou mesmo criando novos institutos, numa diferenciação no tratamento das infrações penais de pequeno, médio e grande potencial ofensivo, dispensando a cada modalidade medidas em conformidade aos graus de reprovabilidade social e normativa.

A orientação da moderna Criminologia apresenta o crime, para além do simbólico enfrentamento entre lei e infrator, como um conflito interpessoal histórico, concreto, cotidiano, ou seja, um problema social, comunitário e também jurídico. Para contenção ou diminuição da criminalidade reforça a necessidade de programas de atuação estatal e intervenção penal especialmente desenvolvidos para cada grau de infração penal. Essa proposta diferenciada de atuação expressa a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Na seara da intervenção penal estatal individualizada, reflete-se a normatividade do princípio da proporcionalidade, em qualquer de seus sistemas, desde os paradigmas até a concretização.

A sistemática consensual despenalizadora capta o conhecimento fornecido pela moderna Criminologia e o toma para si. Enquanto a Criminologia clássica contempla o crime como enfrentamento simbólico e formal entre o Estado e o infrator, tendo a pretensão punitiva do Estado como polarização e resposta esgotante ao fato delitivo, a moderna Criminologia, partindo de uma imagem complexa do acontecimento delitivo, atribuindo relevância aos diversos fatores e

protagonistas do fenômeno, propõe uma atuação mais completa e dinâmica sobre estes elementos que seja, ao mesmo tempo, satisfatória e adequada para lidar com a conduta infracional e atender às exigências do Estado Social e Democrático de Direito – balizado na Constituição Federal de 1988.

Se maior efetividade encontrar o ordenamento por aplicação de medidas outras, diferentes da pena e que encontrem maior proporcionalidade à lesão provocada ao bem jurídico, razão não há para um atuar desproporcional, não equiparável, inibidor de atingimento do escopo pacificador.

Para aplicação de uma pena exige-se, além da previsão legal da conduta como ilícito penal, uma substancialidade lesiva a bem ou interesse jurídico relevante; a não existência de excludente de ilicitude ou também de tipicidade, condições prévias de punibilidade; processo constitucional e jurisdicional a atribuir a culpa ao suposto agente e, ao final, a comprovação irrefutável de sua responsabilização penal. Todos estes são elementos para uma segurança do sujeito de direito perante o poder estatal, traduzindo-se em exame de necessidade e adequação.

Já para aplicação de uma medida despenalizadora, utilizada como instrumento de uma política criminal, exige-se menos, numa escala de razoabilidade, visto que não consiste em uma pena.

Conforme a estrutura lógica garantista somente há uma conduta normatizada e suficiente para aplicação de pena se existirem certas condições como a inexistência de causa de justificação da conduta, condições de punibilidade e procedibilidade e comprovação judicial do um delito. Assim, a pena só encontra justificativa preventiva geral de delitos e retributividade quando tenta suavizar as conseqüências e reduzir o cometimento de infrações, sem que almeje interferir no caráter pessoal do indivíduo, a não ser exercendo intimidação.

Desta forma, a aplicação de medida que possa incitar ao menos aquele que infringiu norma penal a voluntariamente praticar ato que produza benefício para a sociedade ou determinado setor desta encontra maior louvor na doutrina do que a aplicação de uma pena e maior condizência à proposta constitucional de tratamento graduado. (FERRAJOLI, 2001, p. 368)

Revelada resta a interferência, mesmo implícita, do princípio da

proporcionalidade no ordenamento jurídico, como um todo e, especificamente no Direito Penal, demonstrado na orientação constitucional, na atividade legiferante infraconstitucional (norma abstrata e geral) e na concretização da medida ou pena aplicada ao caso real (norma concreta e individual).

Conforme anteriormente informado, Virgílio Afonso da Silva (2002) defende a proporcionalidade como um dever, e assim, como uma regra e não como um princípio, ao ponto de denominá-lo regra da proporcionalidade ao invés de princípio da proporcionalidade. Sem se ater à discussão acerca da classificação mais apta doutrinariamente (regra ou princípio), é a análise da subdivisão (su-regras ou subprincípios) – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – deste que importa neste momento, certo de que é uma norma aplicável ao ordenamento penal na solução do conflito penal.

Na análise sub-regra da adequação, há de se considerar adequada a medida apta a alcançar o resultado pretendido, aquela que promove o objetivo, que em conformidade com o objetivo, o fomenta (SILVA, 2002, p. 36).

Na seara penal, uma conduta que atente contra um bem ou interesse jurídico que guarneça de proteção (porque esta não se operacionaliza) por demais áreas do Direito legitima a adequação da medida interventiva penal dado que esta serve quando não para preservar, ao menos para fomentar a preservação do objetivo, qual seja, a tutela do bem ou interesse jurídico já ineficaz por outras searas do Direito.

No que toca à sub-regra da necessidade, considera-se necessária a medida (ato estatal) que limita um direito fundamental quando um objetivo legítimo perseguido não pode ser promovido, com a mesma intensidade, por outro ato que limite, em menor medida, o mesmo direito fundamental atingido. (SILVA, 2002, p. 38)

Esclarece, Virgílio Afonso da Silva, a diferença entre exame da adequação e o exame da necessidade: “A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto.” (SILVA, 2002, p. 38)

À sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, Virgílio Afonso

da Silva atribui a análise da restrição do direito fundamental atingido e com a importância do direito fundamental que com ele colide. (SILVA, 2002, p. 40)

Neste sentido, na esfera interventiva penal, a medida que já preenche os requisitos de adequação e necessidade, é analisada sob a perspectiva dos direitos fundamentais colidentes. Há o sopesamento do direito fundamental restringido em relação ao direito fundamental objetivado.

Uma medida é proporcional em sentido estrito quando se justificar, no caso concreto, a restrição do direito fundamental atingido na busca do objetivo que se relaciona ao outro direito fundamental protegido, demonstrado o peso suficiente deste em relação àquele.

O caráter otimizador do princípio tem apenas a contribuir para um Direito Penal mais justo e que caminhe para o atendimento de sua função social.

A essência da normatividade do princípio da proporcionalidade no Direito Penal objetiva impedir sacrifícios desnecessários de direitos fundamentais, num conflito real entre direitos fundamentais de sujeitos de direito distintos, e, se fundamenta na própria colisão desses direitos fundamentais, que aspiram implementação, regrada, por este princípio, nas situações concretas, em graus variados.

3.5 A Intervenção Penal sob a Égide do Princípio da Proporcionalidade

A partir de um ponto de análise fundado no dano social provocado pela conduta ilícita penal o direito penal engloba bens jurídicos, adequando-se a critérios constitucionais de tutela e valoração.

3.5.1 Da intervenção penal de tutela de bens jurídicos supra-individuais

Neste espaço de intervenção do Direito Penal não reside o Direito Penal clássico, mas sim o moderno Direito Penal que se direciona nos parâmetros do princípio da proporcionalidade.

O socialmente tido por adequado está diretamente relacionado com

a sociedade em seus aspectos fundantes e momento histórico. Para um comportamento ser considerado adequado ou não há de ser realizado um juízo valorativo que contemple o arcabouço de valores incutido no imaginário social, além de integrar um ordenamento normativo.

Neste sentido, a volubilidade ou não de um comportamento na sociedade somente pode ser explicada diretamente por esta sociedade e a partir dela própria. Ou melhor, tão somente a partir da compreensão do ponto de vista dos próprios membros desta sociedade é permitido um juízo de valor para classificar uma conduta como relevante ou irrelevante, e, por conseguinte, no campo da punibilidade, punível ou não.

A implicação imediata entre ser ou não uma determinada conduta punível ou não está na necessidade de intervenção estatal como resposta à adoção do comportamento, e, diretamente em sua relação de atentado à Justiça.

Aceitar uma concepção de bem jurídico penal é reconhecer elementos para configuração do tipo normativo, todavia, de uma concepção não estática, mas localizada dentro de marcos da finalidade constitucional, sempre aberta às mudanças sociais e aos progressos do conhecimento científico, de modo que uma conduta ilícita possa assim ser considerada em um momento e noutro ser vista apenas como mera imoralidade ou até ato moralmente aceito, devendo ser suprimida do rol penal. (ROXIN, 2007, p. 57)

Aludida intervenção estatal deve encontrar razão de ser na própria sociedade, em seu tempo e valores, como assevera Rogério Greco:

[...] Condutas que, no passado, eram consideradas socialmente inadequadas, se hoje já forem aceitas pela sociedade, farão com que o legislador afaste a criminalização, tal como exige, atualmente, com a prática do jogo do bicho, conduta perfeitamente assimilada pela sociedade, que, inclusive, pratica jogos semelhantes, e que não merecem a repressão oficial do Estado. (GRECO, 2009, p. 25.)

Em termos de princípios penais, a análise do comportamento impingido pertence à esfera do princípio da adequação social. Aludido princípio, como diversos outros derivados da ordem constitucional, acabam por traduzir a expectativa ética de um povo acerca de uma existência plena em dignidade.

O princípio da adequação social serve como orientador ao legislador tanto na criação quanto na revogação de tipos penais, bem como serve ao aplicador

da lei na análise do caso concreto. Um limitador e condicionador do poder punitivo estatal. Destaca Rogério Greco que

O princípio da adequação social deverá, ainda, orientar a interpretação dos tipos penais, a fim de adaptá-los à realidade, tal como se exige com relação à interpretação da expressão *ato obsceno*, constante do art. 233 do Código Penal. O que era obsceno em 1950 pode não sê-lo hoje. Enfim, é um princípio de verificação obrigatória tanto pelo legislador como pelo aplicador da lei. (GRECO, 2009, p. 25.)

Assim, o princípio da adequação social, antes de ser um elemento para orientação do Estado aplicador da lei o é para o Estado legislador.

Todavia, a omissão ou incompetência deste não autoriza a irresponsabilidade e descaso daquele haja vista a manutenção do foco existencial do Direito.

A tutela de interesses e bens supra-individuais é vista no Direito Penal sob certo preconceito, o qual necessita ser superado inclusive para fins de obtenção de eficácia.

Se o Direito Penal não pode apenar, como retribuir por retribuir, nem mesmo pretender fazer justiça sobre a terra, mas cumprir o seu papel de tutor da ordem e manutenção da concretização de direitos fundamentais a partir da tutela de bens jurídicos, o mesmo não pode ser alienígena ao seu contexto temporal e fático.

De um lado a denúncia de um Direito Penal seletivo, que elege clientela. De outro, uma avalanche de leis penais, muitas delas introduzindo tipos penais incompletos, com finalidade moralizante ou de resposta ao imediatismo pregado pela ideologia da punição rápida.

A ideologia da punição rápida, enquanto característica principal da eficiência, representa um resquício de globalização.

O Estado ao declarar determinados comportamentos como delituosos pretende prevenir, em caráter residual, sua reiteração, protegendo determinados bens jurídicos.

Com efeito, no senso comum, existem os *homens de bem* e os *homens maus*, sendo os primeiros os artífices dos sadios valores e da boa vida que os segundos, em alarmante expansão, estariam impedindo de viver. A função declarada do sistema penal seria a de controlar a totalidade das condutas do *homens maus* (a criminalidade) para garantir a boa vida dos *homens bons* (a cidadania). (ANDRADE, 2003, p. 20.)

Tutelando os bens jurídicos das garras dos “homens maus”, o sistema penal, como mencionado anteriormente tem se colocado distante de seu espoco inicial.

E na ciranda do livre-arbítrio, quanto mais se anuncia o aumento e o alarma da criminalidade, mais se anuncia o aumento da culpabilização punitiva: o mercado da culpa e da responsabilidade individual e, portanto, do Direito e do sistema penal – o espaço da pena – é inesgotável. Uma cidadania assim maniqueistamente construída será perpetuamente seletiva, tão inalcançável para o mundo do mal quanto de questionável conteúdo para o acessível mundo do bem. (ANDRADE, 2003, p. 21.)

Observe-se que na conduta reside a razão de punir do transgressor da norma e esta conduta é ofensiva à cidadania, maior razão de criminalização merecem as condutas geradoras de ofensa aos bens jurídicos supra-individuais.

Nesta perspectiva, a criminalização não apenas reproduz a divisão entre o bem e o mal e não-cidadania, como responsabiliza os mesmos não-cidadão, que reproduz, pelo infortúnio da criminalidade, vale dizer, por sua própria criminalização, e por obstaculizar o exercício da boa cidadania: preciosa ciranda legitimadora e que vimos radicalizar-se a partir da década de 80 do século XX. (ANDRADE, 2003, p. 23.)

Denuncia então, Vera Regina Andrade a conveniência de manutenção do sistema:

[...] a necessidade de reverter a estrutural desigualdade dos espaços impostos pelo caminho único, para atuar (na contramão!?) num processo de maximização dos espaços da cidadania e de minimização da criminalização do sistema penal.

[...] Nesta esteira, a construção social da cidadania deve funcionar como antítese democrático-emancipatória à construção social autoritário-reguladora da criminalidade; a minimização dos potenciais genocidas da criminalização; no sentido da ultrapassagem ou superação da cultura e da engenharia punitiva e da dor e das mortes – da violência – que têm arrastado consigo, superação que é, a um só tempo, estrutural e ideológica, teórica e prática e, neste sentido, passa pela mudança de paradigmas – e da ideologia penal dominante – não apenas na Ciência e na Academia, mas no senso comum e na práxis do controle social informal e formal (operadores do sistema penal). (ANDRADE, 2003, p. 28.)

Cabe aqui, a utilização do raciocínio de atribuição de responsabilidade penal ao ofensor da cidadania, até então utilizado nos denunciados processos de etiquetamento da clientela preferencial do Direito Penal tradicional, ao ofensor de bens jurídicos supra-individuais.

Trata-se de um maniqueísmo que separa bons cidadãos de maus cidadãos. Dualidade esta aqui questionada porque incutida no imaginário social

dada a seletividade do sistema penal, aparelhado para perseguir rotulados sujeitos, sem, por vezes, sequer dispor de capacidade para ao menos identificar os agentes de crimes contra bens e interesses jurídicos supra-individuais porque estes fogem aos arquétipos do sistema.

Vera Andrade denuncia a necessidade de se romper com essa cultura de criminalização daqueles que já são não-cidadãos, reestruturando-se o conteúdo da cidadania e disseminando-a na luta contra a violência estrutural presente nesta rotulagem. Aponta, inclusive a obrigatória superação da cultura da punição, por ser uma ideologia que vela engenharias antidemocráticas e constitui o denominado mercado da culpa e da responsabilidade individual há de ter seu foco deslocado do sujeito etiquetado pelo Direito Penal tradicional ao sujeito ativo de condutas lesivas à coletividade por ser este o merecedor de violência institucional do Direito Penal. (2003, p. 27-28)

A intervenção penal nas condutas de lesão ou ofensa aos bens ou interesses jurídicos supra-individuais revela-se adequada, no que toca à sub-regra da adequação porque viabiliza a tutela efetiva daqueles, fomentando-a, no mínimo. (SILVA, 2002, p. 37)

Assim, o uso do sistema penal, inclusive com privação do direito fundamental de liberdade fomenta a intangibilidade dos bens e interesses jurídicos supra-individuais, como o faz em relação aos bens jurídicos individuais tutelados pelo Direito Penal, que sob uma perspectiva axiológica são de menor relevância que os supra-individuais, o que justifica a criminalização pelo atendimento da sub-regra da adequação, das condutas atentatórias e lesivas a este segmento dos bens e interesses jurídicos.

No exame da necessidade, ante a inexistência de uma medida estatal igualmente eficaz – em intensidade – para proteção dos bens ou interesse jurídicos supra-individuais, a criminalização, para além de adequada, se apresenta necessária, dado que não há alternativa a fornecer igual desempenho, na promoção do objetivo, com menor prejuízo ao direito fundamental que sofre a restrição. (SILVA, 2002, p. 38)

Ainda que medidas estatais existam como alternativas à tutela de bens e interesses jurídicos supra-individuais, estas não viabilizam, em mesma

intensidade a tutela daqueles (objetivo), em que pese sejam menos gravosas aos direitos fundamentais do agente, o que legitima e revela por necessária a criminalização das condutas lesivas deste rol de bens e interesses.

Se a proporcionalidade em sentido estrito corresponde à verificação do grau de afetação restritiva de um direito fundamental para implementação de outro de igual magnitude, somente se justifica a adoção da medida quando neste sopesamento, no caso concreto, o de maior peso prevalecer. (SILVA, 2002, p. 41)

Na esfera dos bens e interesses jurídicos supra-individuais, não raras vezes estes detêm maior peso que os direitos fundamentais do agente, o que justifica a adoção da medida interventiva penal, dentro dos meandros do caso concreto.

De fato, nesta engenharia está observado o postulado de *ultima ratio* do Direito Penal. A reserva do Direito Penal àquele que não provoca grave dano social é estanque sinônimo de injustiça social.

E é justamente aí, na interação entre os processos de construção social da cidadania e da criminalidade pelo sistema penal que se constrói e se reproduz, a sua vez, o senso comum da violência, identificada (e politicamente manipulada) com violência criminal, ou seja, com a criminalidade visível. Este código hegemônico da violência não casualmente coincide com a descrição de alguns crimes (contra os corpos e o patrimônio) no Código Penal, com as lições manualescas da Criminologia tradicional, e com a seletiva clientela da prisão. O senso comum da criminalidade coloniza inteiramente, submetendo ao seu reduto, o sendo comum da violência. (ANDRADE, 2003, p. 21.)

Necessário enxergar além do senso comum cíclico da violência, para visualizar os agentes da criminalidade velada. E, então, empenhar o Direito Penal ao serviço da sociedade, em busca de sua legitimidade perdida.

3.5.2 Crimes contra a ordem econômica

A tentativa de conceituação de Direito Penal Econômico perpassa por conteúdos como o da criminalidade por omissão e o papel do Estado como interventor na ordem econômica.

[...] o direito penal econômico é um dos domínios de eleição dos delitos por omissão, desde que se tenha por assente, como parece dever ter-se, que o direito penal económico é um ramo do direito interventor quando se não cumprem certas regras. Isto é, quando se omitem certos comportamentos

legalmente exigidos é então que uma grande área do direito penal econômico se faz sentir. E a omissão que implica a violação de um dever jurídico é, como se sabe, extraordinariamente sensível nos crimes negligentes, que são, por turno, também significativos na fenomenologia da criminalidade econômica. [...] (COSTA; ANDRADE, 2000, p. 110.)

Como espaço do domínio estatal de regulação da vida econômica de seu Estado, é o Direito Penal Econômico expressão da força potencial do Estado, adormecida até situação que lhe exija ação.

[...] la mayor parte de la doctrina especializada, al definir el concepto de delito económico, arranca del bien jurídico protegido orden económico, entendida esta acepción tanto em su significado estricto cuanto en su sentido amplio. La doctrina contemporánea define el orden económico – significado estricto – como la regulación jurídica del intervencionismo estatal em la economía en tanto identifica la segunda acepción – sentido amplio – con la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

Es cierto que un círculo extendido de autores dimensiona aún más el marco del delito económico; es la economía el eje de la tipificación penal, sinónimo de delitos no solo contra la planificación estatal de la economía, sino también de los relacionados con la actividad económica dirigidos contra las normas estatales que organizan y protegen la vida económica. (HIRSCH; MIR; DONNA, 2005, p. 644.)

Trata-se de ramo do Direito Penal, que em 1953, em Roma, durante o VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, ganhou relevo científico e a atribuição de tutelar as atividades econômicas regulamentadas não só pelo Estado, mas por associações profissionais que visassem o aumento e a justa distribuição de bens na comunidade. (SILVEIRA, 2003, p. 142.)

O objetivo de manter a ordem social básica nos leva a evitar danos ou riscos mais graves para bens fundamentais para convivência; a vontade de incidir sobre um dos fatores decisivos da lesão ou perigo de lesão a tais bens nos faz intervir socialmente sobre pessoas responsáveis ou suscetíveis de serem responsabilizadas por esses danos ou riscos; a decisão irrenunciável de lograr a neutralização dessas condutas socialmente tão perturbadoras nos remete ao controle social e, dentro dele, ao controle social penal. [...] (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, p. 133.)

A conduta tutelada no Direito Penal Econômico anula a possibilidade do exercício da cidadania, mantendo determinados grupos sociais sob a constante ameaça, e, por vezes factível situação, de não poder contar com o mínimo para viver.

Correntes divergem quanto a criminalização de condutas atentatórias à ordem econômica. Há os que advogam decididamente pela exclusão de ilícitos econômicos do âmbito jurídico-penal. Há, também, os que se posicionam favoráveis à intervenção penal

Necessária e legítima a intervenção do Direito Penal no âmbito econômico, principalmente porque as condutas perpetradas lesionam em sagacidade os direitos de uma coletividade. Difusamente, a sociedade é lesionada no que toca à organização do mercado, à regularidade dos instrumentos do mercado e a confiança neles exigida (deformação do equilíbrio do mercado), à segurança nos negócios, à ordem econômica em si, à administração pública, entre outras.

Para conservação de um sistema penal econômico, a opção pela relativização ou desvio de algumas instituições penais, sem que com isso se perca a essência do comportamento, transita entre o punir e o não punir.

[...] En este sentido, debe recordarse que los detractores de una criminalización en sentido estricto de las infracciones económicas apelan precisamente a supuestas necesidades de corrección y de institución de nuevos instrumentos de imputación como argumentos fundamentales para negar carácter estrictamente penal a las infracciones económicas – incluso a las más graves – y para configurar con las mismas, en consecuencia, un ordenamiento sancionador diferente – y, por ello, independiente y autónomo – Del llamado Derecho penal nuclear, ya sea en la forma de un ‘Derecho de intervención’, como postula la Escuela de Frankfurt, ya sea en la de un Derecho penal en ‘segunda velocidad’ sugerida por Silva Sánchez. (MARTÍN, 2004, p. 786.)

A razão fundamental que justifica a formação de um Direito Penal Econômico repousa em conteúdos essencialmente éticos, ideológicos e políticos, como bem assevera Luis Gracia Martín:

[...] La cuestión de la construcción de un Derecho penal económico es una que remite principalmente a la criminalización de todas aquellas formas y modalidades de conducta gravemente lesivas del orden social – y, por ello, altamente reprobables desde el punto de vista ético-social – de quienes detentan y ejercen el poder económico [...] integrado básicamente por las más graves manifestaciones de lesividad social consistentes en la utilización y en la adquisición de la propiedad mediante el ejercicio del dominio de las instituciones y de los instrumentos públicos y privados de la vida económica. (MARTÍN, 2004, p. 787.)

Continua o autor, arrolando os mais conhecidos agentes de condutas deste segmento do Direito Penal, a dizer, via de regra, o integrantes de estratos sociais mais privilegiados:

Puesto que este dominio es uno que de hecho monopolizan las capas sociales altas, el Derecho penal económico ha de ser entendido, tal y como define Schünemann, como el Derecho penal de las clases sociales media-alta y alta. (MARTÍN, 2004, p. 787.)

Neste sentido, constitui o Direito Penal Econômico o rol de infrações, em sua generalidade, modalidades de condutas materialmente relevante-criminais

praticadas por classes sociais mais poderosas.

[...] A mi juicio, la lucha por la modernización debe trascender el plano relativo a las decisiones políticas sobre una mera distribución de lo ilícito entre los ámbitos del Derecho penal, del Derecho administrativo, y, eventualmente, de otros sectores jurídicos como el mercantil o el civil. Mucho más importante y trascendente que este frente es otro en el que lo que se ha de tratar de conquistar para el Derecho penal es todo un campo de criminalidad material que en la actualidad, no obstante, se encuentra revestido, con todas las consecuencias, de un ropaje formal de ilicitud – de simple armadura del derecho subjetivo. Pues, desde un punto de vista histórico-material, la modernización del Derecho penal debe entenderse ante todo como lucha por el discurso material de criminalidad, la que ha de entenderse en el sentido de conquistar la integración, en dicho discurso, de toda la criminalidad material propia de las clases poderosas que estas mismas han logrado mantener excluida del mismo gracias al dominio absoluto que han ejercido siempre sobre el principio de legalidad penal desde su invención como un instrumento formal que incluye, pero que al mismo tiempo sobre todo – lo que es mucho más importante – excluye comportamientos criminales del discurso de criminalidad. (MARTÍN, 2004, p. 767.)

O Direito Penal há de acompanhar a sociedade na qual se insere. Se condutas atentam contra bens e interesses antes não visados ou que apenas nos tempos atuais tiveram sua maior importância reconhecida, carece de racionalidade a tentativa de resguardá-los ficticiamente apenas por outros segmentos do Direito.

Trata-se a criminalidade econômica de uma nova criminalidade que precisa ser coibida. Não se dissocia, em sua natureza finalista da ação, da conduta típicas tradicionais, inclusive por compor-se dos mais sagazes modos de execução, como a astúcia elementar de alguns crimes tradicionais, como aponta Renato de Mello Jorge Silveira:

Na emergência de uma nova criminalidade, em complicada trama que envolvia agora não mais a violência diretamente aplicada ao sujeito, mas agora perpetrada no mundo dos negócios, a fazer a cessão de espaço da violência à inteligência e astúcia, legitima-se a intervenção penal econômica. (SILVEIRA, 2006, p. 22)

A resposta estatal deve encontrar compatibilidade cerebrina com a lesão ou ameaça de lesão perpetradas, fulcradas no reconhecimento do cunho social da realidade mundial.

Aqui se trata de intervenção jurídico-penal no “campo supra-individual, vale dizer, difuso, onde não são encontradas vítimas reconhecíveis, tampouco pode admitir a ocorrência de dano real ao bem jurídico protegido.” (SILVEIRA, 2006, p. 22)

Demonstrada por adequada e necessária a medida penal na tutela desses bens e interesses, o que perquirir no caso concreto é a proporcionalidade em sentido estrito da medida adotada, dado que sabidamente direito fundamental está em campo como colidente.

Como Schünemann, también veo la modernización del Derecho penal como una utopia concreta. Respecto a la dirección de esta utopia, empero, hay que tener en cuenta la acertada e importante observación de Foucault de que 'en realidad, hay dos especies utopias: las utopías proletarias socialistas que gozan de la propiedad de no realizarse nunca, y las utopías capitalistas que, desgraciadamente, tienden a realizarse con mucha frecuencia'. La modernización del Derecho penal se inscribe, sin Duda, en la especie de las utopias socialistas que tienen esa propiedad de no realizarse nunca, y al respecto hace ya años que advirtió Baumann sobre las dificultades con que tropezaría – como sin Duda hoy podemos comprobarlo en todas partes, ya como realidad – la implementación del moderno Derecho penal, particularmente el relativo al ámbito de la economía dominado por las clases sociales poderosas. (MARTÍN, 2004, p. 768.)

Em que pese a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 173 estabeleça a necessidade de uma lei para regular a responsabilidade individual dos dirigentes e atos praticados contra a ordem econômica e financeira, o que representa, de certo modo um dos caminhos à segurança jurídica, não se pode diretamente atribuir a responsabilização ao Direito Penal, dado ao princípio de *ultima ratio* que a este é tão caro.

Neste sentido, como a criminalização de condutas atentatórias aos bens jurídicos encontra estrita proximidade com o conteúdo material do injusto a ser reprimido, não poderia de modo diverso se dar com o bem jurídico econômico merecedor de tutela penal.

O injusto penal consiste na modificação de um estado juridicamente aprovado, com uma realização juridicamente desaprovada. (WELZEL, 2003, p. 37)

Tomado o injusto penal como aquele especial desvalor que provem de ação do sujeito de direito, e, que atenta contra bem jurídico penal, tem-se um estado de coisas completamente axiológico e de resposta estatal perfeitamente compreensível, dado que neste momento não se ocupa da culpabilidade do agente. Assim, a concepção de injusto é que, num primeiro momento, legitima o agir estatal interventivo penal. Neste sentido, destaca Welzel (2003, p. 36):

Esto [injusto] es un estado de cosas totalmente axiológico y comprensible, que en la práctica existencia social aparece en general cuando nosotros

valoramos o intentamos valorar en todo momento acciones, independientemente de la culpabilidad o la inculpabilidad del autor, mediante expresiones como 'justo' o 'injusto'.

A partir desta valoração se legitima a extração de alguma consequência do ponto de vista jurídico, a dizer, no caso, uma consequência penal.

Atenta Renato de Mello Jorge Silveira sobre as considerações de Blanca Mendoza Buergo, no tocante à cautela necessária na criminalização de condutas, principalmente no tocante aos princípios:

[...] Eles [princípios] não são relativizados ou minimizados, senão, ainda e sempre defendidos de forma radical. Abrir mão de sua inteireza para situações supra-individuais, no caso econômicas, com a justificativa que uma criminalidade dos poderosos a isso possibilitaria, é por demais temeroso. O mesmo de se dizer das vantagens processuais quanto a obtenção de provas, significativamente maiores nas construções abstratas. [...] (apud SILVEIRA, 2006, p. 166.)

Assim, instaurado está o dilema da criminalização de condutas na seara do Direito Penal Econômico, o que reclama a intervenção do princípio da proporcionalidade.

Trata-se, enfim, de asseverar a relevância penal dos comportamentos que se mostrem realmente, ao menos em termos potenciais, lesivos ao bem jurídico. A incriminação de condutas que se revelem agressivas à ordem econômica só se mostrará legitimada se, de fato, tiver o condão de lesar este bem. (SILVEIRA, 2006, p. 166.)

Observa-se, então, um conflito entre a liberdade e segurança, de forma a determinar a criminalização se o bem jurídico, de fato, for posto em risco ou lesionado.

Por ser um mal a ser administrado em situação de sua imprescindibilidade, ressalta Silva Sánchez, diante da estrita previsão constitucional quanto a uma proteção penal econômica, que

[...] é de se ter em mente que ele [direito penal] não pode ser utilizado em momentos onde outras opções menos drásticas se mostrem presentes. Assim, essa demonstração subsidiária deve conduzir as aplicações do Direito Penal. [...] (SILVEIRA, 2006, p. 167.)

E mais, a aplicação subsidiária reforça a presença do princípio da proporcionalidade.

[...] Assim, situações previstas pela Carta maior podem, a seu modo, ser ou não criminalizadas e, diga-se, não necessariamente por situações abstratas. A isso se remete uma ponderação legislativa e judicial, que deve ponderar a utilização do Direito Penal [...] (SILVEIRA, 2006, p. 166.)

Logo, na estrutura dos tipos penal econômicos encontra repouso na pretensa proteção às questões supra-individuais, mas não impede a o questionamento da lesividade das condutas

Nos dizeres de Maria da Conceição Ferreira da Cunha:

[...] a imposição de criminalização só seria defensável face a condutas que se situassem no *núcleo* do Direito Penal, por ofenderem valores de *maior* dignidade penal, de *indiscutível* dignidade penal, e por causarem também elevada e indiscutível danosidade social, em relação às quais a proteção penal se mostrasse *necessária*. [...] (SILVEIRA, 2006, p. 168. – grifo no original)

Para Alice Bianchini (2002, p. 93.):

[...] a criminalização desajustada à necessidade de tutela penal implica, já se disse, descumprimento de princípios e valores constitucionais, como os da *intervenção mínima* e da *dignidade da pessoa humana*, devendo se objeto de ação declaratória de inconstitucionalidade toda lei que, por incorporar esta prática, não esteja conforme a Constituição. [...]

Regrado pelos princípios da intervenção penal mínima e da dignidade da pessoa humana, o Direito Penal Econômico tem, na noção de lesividade já cara ao Direito Penal clássico (individual), as mesmas dimensões de abrangência na concepção do injusto penal que agora se refere a bem jurídico supra-individual, em situações, por vezes, de criminalização por perigo abstrato justificável na modernidade presente.

É desse estado de distribuição das condições de vida que é preciso partir para discutir a violência que a proposta da não-violência busca superar. Em outros termos, quando fica bloqueado o exercício da autodeterminação (ou da subjetividade), está criado o primeiro movimento da violência social. (VOESE, 2006, p. 22.)

Parafraseando, é deste estado de distribuição das condições da vida que é preciso partir para discutir o Direito que a proposta da ausência de direito busca superar.

Se o discurso de não criminalização do Direito Econômico e suficiência da intervenção administrativa não tem produzido seu efeito de evitar o crime econômico, é o caso de aplicação do princípio da proporcionalidade na intervenção penal dado que a lesividade resultante da generalidade dos delitos econômicos enquadram-se como dano social, ofensivos ao direito de cidadania enquanto direito difuso.

3.5.3 Dano social no delito econômico: a razão do intervir penal

Pacífico no Direito que sua intervenção se justifica apenas quando envolvido está interesse de terceiro, ou seja, direito alheio, ou quando tratar-se de direito indisponível.

Assim, o Direito Penal, como já conhecido e a título de exemplo, não pune o suicídio, mas, por outro lado, tipifica as formas de contribuição para a prática do mesmo.

Diferente não ocorre com a questão do dano. Se a atuação do sujeito provoca dano e este se faz sobre a disponibilidade de seus bens, direitos ou interesses, não há de se falar em intervenção penal. Todavia, na ação ou omissão danosa do sujeito ativo em desfavor de direito de terceiro, a intervenção penal estatal ganha espaço legítimo.

Dentre inúmeras classificações possíveis, o dano pode ser de ordem privada ou pública. Naquela, abarcado está o dano individual e o coletivo ou supra-individual, bem como o moral e o patrimonial.

O dano social é aquele decorrente de uma valoração socialmente elaborada, restando impossível construir um conceito sem medir os seus efeitos, ainda que abstratos, num sistema social.

Já o dano social foi objeto de análise, dentre outros, por Beccaria, Von Liszt e Roxin, como informa David Baigún, respectivamente como medida da gravidade do delito; elemento de diferenciação entre antijuridicidade formal e antijuridicidade material, integrando esta como um princípio de política criminal; e, como conteúdo da conduta antijurídica (antijuridicidade material), isto é, como danosidade social da conduta. (HIRSCH; MIR; DONNA, 2005, p. 644.)

Para Rudolf Von Jhering, a danosidade social advém, ao desenvolver uma teoria dos interesses jurídicos, em aspecto substancial, de uma exposição ao perigo das condições vitais na sociedade, a qual dever ser constatada e juridicamente positivada pelo legislador. (apud SILVEIRA, 2003, p. 41)

Neste objetivo da proteção da seguridade das condições de vida da sociedade o direito mostra-se um meio subsidiário de proteção social, para,

mediante sanções próprias, controlar os ataques que impeçam a existência do próprio meio social.

No Direito Penal Econômico a lesão há de ser sempre contra uma coletividade ou difusidade.

Pero lo que nos importa destacar aquí, ya se hable de economía o de orden económico, es que la lesión del bien tutelado conlleva siempre la presencia del daño social o supraindividual; a diferencia del delito convencional, en el cual el daño se focaliza en un derecho, un bien o un interés particularizado, en el económico está presente, en todos los casos, el daño social como resultado. (HIRSCH; MIR; DONNA, 2005, p. 644.)

Há de se observar que por vezes a doutrina acusou o Direito Penal de promover a seletividade:

O direito penal funciona com a repressão, isto é, impondo a privação de direitos e impedindo a satisfação das necessidades humanas dos castigados. Em outras palavras, priva uma parte dos cidadãos de seus direitos de cidadania material e formal para preservar os direitos de uma outra parte da sociedade. (ANDRADE, 2003, p. 9. [prefácio])

O que se torna inconcebível é retirar este caráter de seletividade do Direito Penal quando ele mais ofende a uma parte da coletividade, principalmente quando esta parcela é a minoria sofredora que padece em filas à procura de satisfação do mínimo essencial, enquanto subtrai-se, em crimes de ordem econômica, o direito arrecado em impostos aos esforços desses vitimados.

Os delitos nos quais os danos afetam uma generalidade de pessoas, em número indeterminado podem ser denominados delitos de massa, e, assim o são os delitos econômicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico detém uma função social e esta deve ser objeto de constante busca.

A intervenção penal, para ser legítima e adequada, há de ser pensada sob a égide do princípio da proporcionalidade, para que não constitua simples castigo ou espetáculo público, que em nada contribui para a segurança pública, tampouco resolve o problema da criminalidade, apenas agudizando o processo de exclusão e marginalização social.

Ao trabalhar distante da realidade fática, com falsas imagens da realidade, acaba-se por coisificar o conflito, desumanizando-o em nome de um sistema que embora possa parecer coerente e justo, concretamente se deslegitima pelo distanciamento do postulado da igualdade material, encerrando resposta penal estatal ideológica, de cunho estamentário, a um problema demasiadamente humano, de cunho político e econômico.

O sacrifício de direitos fundamentais dos indesejados, apesar de visível sob olhares críticos, tem perdido vez mesmo após diversas vezes denunciados na academia, principalmente pelo aumento da criminalidade e medo que acomete os cidadãos e diante dos discursos políticos travados pelos candidatos em seus programas de governo.

A população amedrontada e refém da insegurança que a assola cede aos referidos discursos e por vezes aplaude, ainda que ingenuamente, os programas estatais de intervenção desmensurada, o que conduz a dupla negação de direitos: uma que impossibilita o exercício de seus direitos já consagrados, mas ameaçados pela insegurança social e ineficiência estatal; e, outra consistente na redução de seus direitos e garantias individuais em nome de uma maior eficiência da tutela de direitos na caótica sociedade.

Não se pode permitir que em nome da eficiência do sistema penal sejam negados os direitos fundamentais aos indivíduos, enobrecendo um Estado penal em detrimento do Estado de Direito.

A busca pela segurança não justifica o sacrifício de direitos

fundamentais e o desafio está justamente na convivência harmoniosa destes com a segurança, inclusive sem a estigmatização e neutralização do desprovidos de poder.

O que se verifica, numa crítica análise é a mitigação de direitos parcimoniosa: a uns [marginalizados, desprovidos de poder econômico] negam-se quantos direitos e garantias fundamentais se fizerem necessários em busca de defesa da ideologia liberal e de defesa social, e, a outros [detentores de poder econômico] se garante o pleno exercício de direitos e garantias sob os mesmos fundamentos.

O Estado para ser Social e Democrático de Direito necessita acrescer os atributos correlatos aos adjetivos que recebe.

Essa questão complica-se quando se pensa em busca de efetivação de direitos. Quanto maior a presença de instituições reprodutoras de discursos ingênuos de igualdade e segurança, maquiados em suas reais intenções de manutenção de *status quo*, maior a distância da concretização de direitos por estes sujeitos.

Promover a efetivação de direitos é observar a realidade circundante, com sensibilidade para apreender suas nuances, sem colocar em desequilíbrio a relação entre os sujeitos de direito do Estado Social e Democrático de Direito.

Não serve o discurso de defesa de direitos fundamentais como alicerce do Estado se não houver a disseminação do acesso ao conhecimento do direito e efetivação do justo ao maior número de sujeitos de direitos, nunca perdida a visão de necessária superação, como democratização do Direito.

De certo, nenhuma eficácia ou utilidade tem inúmeros direitos fundamentais constitucionalmente assegurados para milhões de cidadãos que vivem na ignorância e na miséria se não lhes for permitido conhecerem-se como sujeitos de direito.

De outro lado, não se pode admitir o discurso minimalista penal em face de condutas fortemente lesivas à coletividade.

Assim como o abolicionismo é radicalidade que não resolve os conflitos de segurança, o discurso de descriminalização de condutas lesivas à ordem

pública também cai na mesma vala.

Necessária a ponderação do intervir estatal, com a utilização das forças estatais quando realmente necessárias à redução da exclusão e promoção do acesso à cidadania como atributo da dignidade da pessoa humana.

Expor uma coletividade ao dano, como resultado de conduta ilícita penal econômica foge à proporcionalidade se comparada à restrição de direitos ou mesmo privação de liberdade daquele que ofendeu patrimônio de particular.

Como o Estado trouxe para si o exercício do poder jurisdicional, investiu-se, portanto, na qualidade de garantidor do exercício de direitos aos seus tutelados.

Outro passo está na assunção responsável pelo intérprete e também pelo legislador do papel de agente de promoção de direitos, de modo que ao fazer uso da instrumentalidade decorrente do princípio da proporcionalidade se promova direitos em escala progressiva, numa criação legislativa ou interpretação constitucional principiológica racionalmente concretizadora de direitos fundamentais.

O desenvolvimento econômico tem de estar acompanhado da propalada responsabilidade social e responsabilização dos que contra ele militem, pois somente com o cumprimento legal será possível a efetivação dos mencionados direitos. Se inafastável a intervenção do Estado para consecução dos direitos diretamente relacionados àquele, e esta se encontrar na seara penal, que seja bem vinda enquanto realmente necessária, e, certamente dentro da dosagem orientada pelo princípio da proporcionalidade.

Reler o Direito Penal, sob a égide do princípio da proporcionalidade, é utilizá-lo não apenas para legitimar as barbáries da exclusão social, mas, a partir da ética material da alteridade e proximidade, promover a defesa dos bens jurídicos que mereceram a tutela penal, sem necessariamente reproduzir a estigmatização sobre os sujeitos de direito destinatários, no caso concreto, da intervenção penal.

Trazer à lume a capacidade ativa do Direito Penal de promover a cidadania, em conjunto com os demais mecanismos sociais é relê-lo enquanto expressão de poder que pode ser empregado na cessação ou ao menos minoração da exclusão social, para a qual muito tem contribuído.

Afastar a idéia de hierarquia a priori existente entre o direito social fundamental à segurança e o direito individual fundamental à liberdade constitui ímpar prática na aplicação do Direito Penal no Estado Social e Democrático de Direito, por revalidar os caracteres que o compõe, dado que os direitos fundamentais detém, num primeiro momento igual potencial deontológico, a ser mediado pela intervenção do princípio da proporcionalidade.

De certo que não se pode imaginar um Estado Social e Democrático de Direito neutro visto que o próprio Art. 3º, da Constituição Federal de 1988 impede uma neutralidade da atividade estatal enquanto gênero, e por assim dizer, de todas as suas funções (Executiva, Legislativa e Judiciária), há esperança depositada na adoção de uma postura transformadora para realização da Justiça daqueles que operam o Estado, em ruptura do contexto da sociedade excludente legitimada, por vezes pelos instrumentais estatais, dentre eles o Direito Penal.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ALFARO, Luis Miguel Reyna. *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*. Lima: ARA Editores, 2005.
- ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de. *Direito constitucional econômico*. Curitiba: Juruá, 2004.
- AMORIM, Maria Stella de et al. Os juizados especiais no sistema judiciário criminal brasileiro: controvérsias, avaliações e projeções. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10. n. 40. out./dez.2002. p. 255-281.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ARENDTH, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. 5.ed. São Paulo: Forense Universitária, 1991.
- ARGÜELO, Katie. Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem. In: CONGRESSO PARANAENSE DE CRIMINOLOGIA, 1., 2005. Londrina. Anais... [S.l.].
- ÁVILA, Humberto B.. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, ano 1, n. 4, v. 1. jul./2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 31 out. 2009.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 2, n. 5, p. 5-24, jan.-mar. 1994.
- BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 19, p. 45-68, 2003.

BARROS, Francisco Dirceu. *Direito Penal. Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: _____. (org.). *A nova interpretação constitucional*. Ponderação. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas formas de interpretação constitucional. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 24, p. 45-50, jul./set. 1998.

BASTOS, Wallace de Oliveira. *Direito econômico-constitucional: a intervenção do Estado (eficácia e efetividade das normas de controle)*. Brasília: Projecto Editorial, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BERBERI, Marco Antonio Lima. *Os princípios na teoria do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BIANCHINI, Alice. A seletividade do controle penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 30, abr/jun. 2000.

_____. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Manual de direito penal: parte geral*. 5.ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. [Nova Edição]

_____. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10.ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 10.ed. Brasília: UnB, 1983. V.2.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Paulo César Corrêa (coord.). *O princípio da igualdade na perspectiva penal*. Temas atuais. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

BRASIL. *Código Penal*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Presidência da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2009.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo e a pós-modernidade*. Uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Pensamento criminológico: resumo gráfico e seu reflexo institucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CAVERO, Percy García. *Derecho penal económico. Parte General*. 2.ed. Lima: Grijley, 2007. Tomo I.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2003.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos gulags em estilo ocidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coods.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. Notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP. PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 99-120.

COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira da. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*. Rio de Janeiro, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS NETO, Theodomiro. *Segurança urbana: o modelo da nova prevenção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. Teoria e prática. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Traduzido por Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2008.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação*. Na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M.E. Orth. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

_____. *Filosofia da libertação: Crítica à ideologia da Exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995.

FACHIN, Zulmar. *Teoria geral do direito constitucional*. Londrina: Editora ArtGraf, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5.ed. Madrid: Trotta, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Estado de direito e constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

_____. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1997.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução aos seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOIA, Gilberto. Justiça e dignidade. *Argumenta*, Jacarezinho, n. 2, p. 11-31, 2002.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Pequeno Dicionário de Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Publifolha, 2006.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder da criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Fabiano Maranhão Rodrigues. Justiça criminal e desigualdades sociais – seletividade do sistema penal. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 6. p. 83-105, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAMSCI, Antonio. *Concepção dialética da história*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.

_____. *Maquiavel, a política e o estado moderno*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 4.ed. Niterói: Impetus, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. São Paulo: Atlas, 2001.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Die Normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*. Obras completas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. Tomo II e III.

_____; MIR, José Cerezo; DONNA, Edgardo Alberto. *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

HOBBSAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HUDSON, Bárbara Anne. Direitos Humanos e “Novo Constitucionalismo”: princípios de justiça para sociedades divididas. In: CLÈVE, C. M., SARLET, I. W., PAGLIARINI, A. C. *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

KOZOCKI, Katya. A interpretação do direito e a possibilidade da justiça em Jacques Derrida. FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARA, Rubens. *Acesso à Justiça*. O princípio constitucional e a contribuição prestada pelas faculdades de direito. São Paulo: Método, 2002.

LÉRIAS, Reinéro Antonio. As constituições brasileiras: direitos fundamentais e cidadania. In: CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andréa Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito (orgs.). *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 206-250.

_____. Justiça e dignidade. *Argumenta*, Jacarezinho, n.7, p. 111-130, 2007.

LEVINAS, Emmanuel. *Ética e infinito*. Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, 2007.

LORENZETTO, Bruno Meneses. Alteridade e Direito: Considerações sobre as perspectivas sobre Emmanuel Lévinas e Enrique Dussel. Disponível em: <http://www.uniguacu.edu.br/deriva/Ensaios/Convidados/Alteridade_Bruno%20Meneses%20Lorenzetto.pdf>. Acesso em 20 maio 2009.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2003.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LYOTARD, Jean François. *A Condição pós-moderna*. 2. ed. Tradução de José Navarro. Lisboa: Gradiva, 1989.

MACIEL, José Fábio Rodrigues; AGUIAR, Renan. *História do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTÍN, Luis Gracia. *Estudios de derecho penal*. Lima: Idemsa, 2004.

MARTINS, Fernando Barbalho. *Do direito à democracia*. Neoconstitucionalismo, princípio democrático e a crise no sistema representativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, ago./2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 31 out. 2009.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: Fundamentos e teoria do delito*. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Manual de Direito Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002. V.1.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.

NALINI, José Renato. *Por que filosofia?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face oculta da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

NETTO, José Laurindo de Souza. *Processo penal: modificações da lei dos juizados especiais criminais*. Curitiba: Juruá, 1999.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. V.1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza. *Transação penal: sujeito ativo, procedimento, sentença, implicações legais e constitucionais*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1117>>. Acesso em: 07 mai. 2006.

PEGORARO, Juan S. *Inseguridad y violencia en el marco del control social*. In: *Espacio Abierto*. Vol. 10, n. 3. jul/sep.2001. p. 349-372.

PENIDO, Egberto de Almeida. *Justiça Restaurativa: a arte do encontro*. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 101, p. 28-32, dez. 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *A dogmática dos direitos fundamentais e as transformações do sistema constitucional*. *Panóptica: Revista Eletrônica Acadêmica de Direito*. 20[--].

PIMENTA, Selma Garrido; ANASTASIOU, Léa das Graças Camargos. *Docência no ensino superior*. São Paulo: Cortez, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Cidadania global é possível? PINSKY, Jaime (org). *Práticas de Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2004, p. 259-266.

_____. Direitos sociais, econômicos, culturais e direitos civis e políticos. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 73, p. 59-71.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Direito penal econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PITOMBO, Antônio S. A. de Moraes (Coord.). *Juizados especiais criminais: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

PODVAL, Roberto. Juizados especiais cíveis e criminais. *In.*: FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (Coords.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 4 V.

_____. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais*. Teoria e prática. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Controle difuso de constitucionalidade da norma penal: reflexões valorativas*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. [Coleção de direito e ciências afins. Direção de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini]

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROSENTHAL, Sérgio. *A punibilidade e sua extinção pela reparação do dano*. São Paulo: Dialética, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____. *Do contrato social*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2007. Tomo I.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2.ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria dos Tribunais, 2009.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*. Curitiba: Juruá: 2009.

SALIBA, Maurício. *O olho do poder: análise crítica da proposta educativa do Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Editora Unesp, 2006.

_____. Neoliberalismo, justiça e direitos humanos. In: CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andrea Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito (org.). *Direitos fundamentais revisitados* Curitiba: Juruá, 2008, p. 165-190.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTIN, Valter Foletto. Migração e Discriminação de Trabalhador. *Argumenta*, Jacarezinho, n. 7, p. 131-140, 2007.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço de prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Tradução de Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 7, n. 32, p. 213-226, jul./ago. 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do Neoconstitucionalismo. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto973.pdf>. Acesso em: 20. maio.2009.

SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SIDEKUM, Antonio. Liturgia da alteridade em Emmanuel Levinas. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, ano 10, n. 31, out./dez. 2005, p. 115 – 123.

SILVA, Eliezer Gomes. Direitos Humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime – uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal. In.: CLÈVE, C. M., SARLET, I. W., PAGLIARINI, A. C. *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Direito penal supra-individual. Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Criminologia e juizado espacial criminal: modernização no processo penal, controle social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Transação penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SOUZA, Gelson Amaro de. Direitos humanos e processo civil. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos do Instituto Toledo de Ensino*, Bauru, n. 42, p. 235-270, jan./abr. 2005. [Instituição Toledo de Ensino de Bauru].

_____. *Do valor da causa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STOER, Stephen R.; MAGALHÃES, António M.; RODRIGUES, David. *Os lugares da exclusão social*. São Paulo: Cortez, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Processo Penal*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à lei 10.259, de 10.07.2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *O ensino jurídico em debate*. Do direito ao método e do método ao direito. Campinas: Millenium, 2007.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VOESE, Ingo. *Mediação dos conflitos como negociação dos sentidos*. Curitiba: Juruá, 2006.

WACQUANT, Loïc. *Os condenados da cidade: estudo sobre marginalidade avançada*. Tradução de João Roberto Martins Filho *et al.* Rio de Janeiro: Revan 2001a.

_____. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001b.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2.ed. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WELZEL, Hans. *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Montevideo: B de F Editorial, 2006. [Maestros del Derecho Penal, n. 15]

WELZEL, Hans. *Estúdios de derecho penal: estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Lõw. Montevideo: B de F Editorial, 2003. [Maestros del Derecho Penal, n. 6]

WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*. 2.ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1997.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 1986.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 7.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.