

Os Limites do *ius puniendi* do Estado

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA

Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ. Professor titular de Direito Penal da Universidade

1. Evolução histórica

Ressalte-se a importância da história dos dogmas penais na avaliação da construção do sistema do Direito Penal. A diferenciação na formação dos conceitos penalísticos distintos do direito privado evoluíram com muita liberdade. Os glossadores do **Corpus Juris** justiniano fizeram anotações nos **Libri terribilis**, resguardando a matéria criminal, onde se traçam as linhas essenciais de um Direito novo, que aprofunda transformações intervencionistas na sociedade. No âmbito político-cultural, oriundo do iluminismo, maturou a escola clássica do Direito Penal por meio de operações dedutivas dos postulados jusnaturalistas e contratualistas utilizando a categoria dogmática elaborada pelos pós-glossadores, injetando um novo conteúdo político ao velho conceito. Firma-se a atenção aos pressupostos filosóficos da punibilidade, reafirmando seus conceitos de liberdade de valores, e da pena retributiva. Com o positivismo filosófico, como reação lógica, surge a escola positiva, negando a liberdade de valores e afirmando um rígido determinismo causal. Sob tal ângulo, a pena retributiva perde todo significado e é substituída pela medida de segurança. Polariza a atuação sobre a personalidade do delinqüente e passa a falar em periculosidade da ação. Em 1910, Arturo Rocco indica o *método técnico-jurídico*. Na Alemanha nazista e nos países comunistas, pouco influenciou na doutrina penalística. Ainda mais recentemente observamos concepções inspiradas na *criminologia radical* e no neomarxismo com influência no Direito Penal. E agora, a tentativa do “*uso alternativo do Direito*”, do ordenamento jurídico vigente com um sistema jurídico diverso, idealizado como perfeito.

O *princípio da legalidade* traduz a função de *garantia individual* que possui a lei penal e se apresenta como separação do princípio **quid placuit vigorem**, que encontra seus alicerces na soberania popular e na separação, correlação e harmonia dos poderes; é norma jurídica inscrita em grande parte das legislações modernas, princípio sistemático na elaboração dogmática e postulado que cumpre importante função política e social. Ao tempo das **quaestiones perpetuae**, onde alguns autores identificam o aparecimento do princípio, teria vigorado a **coercitio** dos magistrados. Soler afirma que

a jurisprudência romana não buscava estabelecer a vontade ou o exato conteúdo da norma, mas antes, de forma criativa, compunha uma espécie de mosaicos normativos, os quais determinavam o contínuo surgimento de linhas alternativas ou análogicas de solução.

2. O Direito Penal e a segurança jurídica

A prevenção de futuros comportamentos criminais é realizada através de duas estratégias: da *prevenção geral* e da *prevenção especial*. Para uns, a prevenção se realiza mediante a *retribuição* como *exemplo*, dirigindo-se a todos os integrantes da comunidade jurídica; já para outros, a prevenção deve ser *especial*, procurando acimar a pena sobre seu autor, a fim de que aprenda a conviver sem realizar condutas que perturbem a tranqüilidade social.

O *princípio da prevenção* conjuga-se com o *princípio dos bens jurídicos* confluindo-se em seus efeitos, pois o Direito Penal desempenha uma tarefa seletiva, valorativa e protecionista de bens jurídicos, enquanto bens e valores da pessoa e da coletividade. O Direito Penal deve ocupar-se tão-só dos ataques intoleráveis aos bens jurídicos para garantir a indispensável paz social, constituindo-se em um instrumento de controle social formalizado. Como bem salienta Hassemer a formalização evita uma atuação de surpresa, possibilita saber as conseqüências de sua intervenção e seleciona, limita e estrutura as possibilidade de comportamento do sujeito do delito. O Direito Penal é fragmentário, já apontava Binding, pois não intervém de modo indistinto, tão-só em casos excepcionais. Os limites da intervenção estatal em relação à sua fragmentação se fincam no consenso social da não impunibilidade diante da intolerabilidade do conflito.

Para Muñoz Conde, o caráter fragmentário do Direito Penal aparece: **a)** na defesa do bem jurídico contra os ataques de especial gravidade; **b)** tipificando uma parte da antijuridicidade; **c)** deixando de punir comportamentos puramente éticos. O Direito de punir do Estado responde ao desvalor de um resultado e de uma ação que afeta um bem jurídico, e o princípio da intervenção mínima configura um dos marcos limitativos do controle social. A seleção dos bens jurídicos é ditada pelo *princípio da fragmentação*, característica do princípio da intervenção mínima.¹

Nem todas as condutas antijurídicas são infrações penais, mas todos os crimes e as contravenções são comportamentos antijurídicos. As infrações penais possuem múltiplas conseqüências jurídicas, porém a única conseqüência penal é a pena.² O ato de subtrair uma coisa alheia

¹ Cf. Paulo Cesar Busato e Sandro Montes Huapaya, **Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um sistema penal democrático**, Lumen Juris, 2003, 2.4.1, 187-188.

² V. art. 155 do CP.

móvel dá lugar a uma pena e ao ressarcimento do dano; todavia, a única consequência penal está no primeiro efeito. A coerção penal é distinta da coerção jurídica, visto que objetiva a prevenção especial mediante a ação ressocializadora sobre o autor do fato punível. A pena não pode perseguir outro objetivo que não seja o estatuído pela lei penal. O Direito Penal busca a *segurança social* para ser atingido o ideal: a *paz social*.

Diante de uma ótica sociológica, o Direito Penal se configura como um instrumento de *controle social*, um mecanismo para se obter determinados comportamentos individuais diminuindo os conflitos macrosociais pautados pela intolerabilidade do grupo dominante. O Direito Penal como instrumento do controle social primário busca alcançar seus fins através da aplicação de penas diante da realização de condutas proibidas normativamente e, como instrumento de controle social formalizado, se caracteriza pelas garantias à sua atividade regrada.

Os mecanismos para atingir a *prevenção geral* pela via exemplificante são a *repressão intimidativa* e, por último, a *vingança*. Tais mecanismos são inconscientes, pois o homem comum proclama sempre “vingança”, e a *prevenção geral* sempre encerra um conteúdo vingativo. Para enfrentar tal ótica se sustenta que a pena “justa” é a “retributiva”, na linha do *lex talionis*.³ Surgem duas principais versões: **a)** a *teoria da vingança*; **b)** a *teoria da expiação*.

A teoria da *prevenção geral* não admite como fins da pena a retribuição ou a sua influência sobre o autor do injusto, tão-só a sua atuação diante da macrosociedade, por meio das ameaças penal e da execução da pena. Não atua *especialmente* sobre o *condenado*, mas *geralmente* sobre a *macrosociedade*. A denominada *teoria psicológica da coação*, desenvolvida por Paul Johan Alselm von Feuerbach (1775-1833), fundador da moderna ciência do Direito Penal alemão, visa *prevenir o delito mediante normas penais, que são a base de ameaça pessoal*. Na prevenção geral positiva há três fins distintos: **a)** o efeito de aprendizagem pedagógica; **b)** o exercício da confiança do Direito, através da prestação jurisdicional, diante dos cidadãos; **c)** o efeito de confiança, quando observa a não-impunidade. Roxin chama a atenção para o que denomina *prevenção integradora*.

Ainda nos tempos hodiernos há exemplo da defesa feita da *pena de morte*. O eminente juiz vitoriano Sir James Fitzjames Stephen, o mais notório e eloqüente expoente da *teoria da vingança*, estranhamente, ao defendê-la, apresenta um ponto de vista de base *utilitária*. A teoria da vingança trata de todos os delitos como se fossem de *violência física*, ao passo que a teoria da

³ Cf. Álvaro Mayrink da Costa, *Criminologia*, 3a ed., Forense, 1982, v. I, t. I, 11.

expição trata de todos os delitos como se fossem transações financeiras.

Segundo Welzel, a pena é um mal que se impõe ao autor pelo fato culpável (postulado da retribuição justa), fundado em que “*cada um sofra o que seus fatos valem*” (Kant), isto é, o infrator deverá *sofrer* de acordo com o grau de culpabilidade (retribuição adequada à medida da culpabilidade). Escreve o mestre que a *retribuição justa* da infração culpável mostra a todos o desvalor do ato, *reforçando o juízo ético-social*. Com isso estabelece a harmonia entre o merecimento da pena e a pena, possibilitando ao autor tomá-la como *justa expiação de sua culpa*. Seria o *único e seguro critério para a sua medição*. Conclui Welzel que a pena não deve ser *entendida* apenas, mas *vivida e experimentada*, como um mal dirigido aos sentimentos, instintos e aspirações, devendo obrigar o autor do ato punível a uma tomada de consciência, a uma vida ordenada, útil socialmente.

O agravamento da pena não se fundamenta só na gravidade do fato que se pune, mas também na periculosidade pessoal do autor.⁴

O Estado democrático tem o direito-dever de impor ao condenado as regras básicas de convivência social, sem que isto importe na imposição dos valores da sociedade predominante, objetivando a sua reinserção dentro de um sistema jurídico de segurança a fim de garantir a liberdade e a paz social. Contudo, no Brasil, em virtude do ‘sistema’ penitenciário, de efeitos penais deletérios, a pena é puro castigo mental e corporal, que só alimenta a reincidência.

Nos dias atuais é inadmissível que se mantenha a sustentação tão-só do fim retributivo da pena, quando já se deixou ao passar do tempo, partindo do idealismo filosófico, que a pena se justificaria *per se* no manto das teorias absolutas (nas teorias de Kant, a pena era imposta por um imperativo categórico e sua medida era o talião e, na de Hegel, o mal da pena impõe *per se* a negação do mal do delito). A transparência conceitual se impõe e muitos penalistas compartilham a *retribuição* com a *prevenção social*, porém todos repudiando a idéia de que a retribuição teria como patamar a justiça absoluta. Carrara defendia uma postura incorreta, pois se o Direito Penal tem por escopo a emenda do condenado, não se pode esquecer que é a *segurança jurídica* que dá a idéia de limite para a reinserção, que não se constitui, como já vimos, no fim do Direito Penal. Constitui, como já vimos, uma das *espécies de controle social* caracterizadas pela exigência de formalização (controle normativo). Repita-se que o conflito violento em razão da conduta de desvio fraturando o convívio e a paz social faz presente a pena de prisão e a necessidade da manutenção de uma microssociedade, “*uma amarga necessidade na comunidade de seres imperfeitos que são os homens*” (Código Penal alternativo alemão).

⁴ Cf. Álvaro Mayrink da Costa, **Exame Criminológico**, Rio, 5a ed., Forense, 1997.

A *segurança jurídica* determina um limite que se fixa entre o *injusto* e a *culpabilidade*, e a medida da pena é o corretivo do desvalor na estrutura típica. O *limite* é o concreto e não o abstrato e com ressonância no social. Realmente, a segurança jurídica nada tem a ver com o *castigo*, a *reparação*, a *retribuição* ou a *expição*. O fundamento do Direito Penal é a *segurança jurídica* que não se confunde com o fim da pena. É óbvio que a pena serve aos fins de prevenção geral e especial, limitada pela medida da culpabilidade (*teoria preventiva mista*).

A pena justa é a *necessária*, *oportuna* e *proporcional* diante das exigências preventivas especiais mínimas.

O *limite para a segurança jurídica é a própria segurança jurídica*. O merecimento da pena inclui a dignidade do bem jurídico e a ofensividade da conduta.⁵

A coerção penal objetiva a *prevenção especial* através de uma ação estratégica que visa à reinserção do autor do fato típico. Ao se buscar reinserir o condenado, é imperativo privá-lo de alguns bens jurídicos. A prevenção não é o efeito principal da pena. Ora, a reeducação para a reinserção do condenado ao meio social livre é um instrumento para se obter a prevenção, como política para prover a segurança pública. A pena deve ser adequada à antijuridicidade e à culpabilidade da conduta, sem se olvidar a periculosidade do autor do fato típico. Há que se distinguir entre o *Direito Penal da negligência* (a pena retribui o desvalor da conduta e se fixa na medida da culpabilidade) e o *Direito Penal da periculosidade* (o homem é determinado e a pena o ressocializa neutralizando a sua periculosidade, sendo aplicada, exclusivamente, em sua razão).⁶ A pena não é um instru-

⁵ Evidencia-se incompatível com o Estado de Direito a pena sem culpa. Exige-se respeito ao limite máximo de culpabilidade, sendo possível afirmar que a camisa de força do julgador é a lei. Destaca-se que a expressão de segurança jurídica reclama na democracia a previsibilidade e capacidade de medir previamente a pena a ser aplicada. Note-se que a proporcionalidade, determinação e delimitação de comportamentos devem corresponder aos estritos pressupostos constitucionais.

⁶ As leis penais são o reflexo de determinada forma de entendimento da macrosociedade e do Estado em relação à intolerabilidade de comportamentos (princípio da intolerabilidade) que são produtores dos conflitos de interesses e que desestabilizam o sistema de segurança colocando em risco a paz social. Assim, como vimos, como ícones de um Estado democrático de Direito, ancorados nos princípios constitucionais em relação ao *ius puniendi*, tanto no momento da criação das leis (cominação), da interpretação e aplicação e da execução, devem ser reitores os princípios: **a)** de exclusiva proteção dos bens jurídicos; **b)** de intervenção mínima; **c)** da intolerabilidade do comportamento **d)** de necessidade e utilidade da intervenção; **e)** de culpabilidade; **f)** da responsabilidade objetiva; **g)** da proibição de penas inumanas e degradantes; **h)** da orientação das penas de prisão e da reinserção macrosocial; **i)** da presunção de inocência; **j)** da legalidade; **l)** da igualdade da lei; **m)** do direito da pessoa humana não declarar contra si própria e, ainda acrescento, o direito de ser diferente assumido as suas consequências.

mento de uso arbitrário pelo legislador, visto que a atividade legislativa do Estado não se realiza no concreto da ordem penal, ilimitada ou discricionária. No sistema do Estado social e democrático de Direito, a atividade estatal está sujeita a vários controles com raízes na idéia da divisão de poderes no patamar constitucional e nos princípios de correlação entre o Direito Penal e o ordenamento jurídico conjunto, que lhe dão estrutura, fundamento e legitimidade. A função preventiva geral dá-se pela reinserção positiva do apenado à macrossociedade, pois a execução penal tem como escopo proporcionar a harmônica integração social do condenado e do internado (medida de segurança). O denominado “*tratamento ressocializador*”, através da “*reeducação*” do condenado, objetivando a reinserção social é o desafio do século no dialogo entre o Estado (“sistema penitenciário”) e condenado.⁷

Não se pode olvidar que a pena objetiva *também* a mudança do perfil do condenado a fim de que atue dentro dos padrões que regem o comportamento na macrossociedade, cumprindo ainda uma tarefa de prevenção geral negativa, desmotivando a reincidência. Na modernidade, partimos para um sistema unitário (pena-medida de segurança).

Pelo *abolicionismo penal* ou *minimalismo*, lutam os movimentos de política criminal sediados na Criminologia crítica, que defendem a deslegitimidade do sistema de justiça penal como mecanismo formal de controle. O *minimalismo per se* advoga a máxima redução do sistema penal, preservando o abolicionismo, propondo a supressão por outras instâncias formais e informais de controle social, as intervenções comunitárias ou instituições alternativas. O *abolicionismo* e o *minimalismo radical* apontam: **a)** o sistema penal é incapaz de prevenir, por meio da cominação e execução de penas, quer em caráter geral ou especial, a produção de novos delitos, contestando a presunção geral e qualquer função de garantia. Heinz Steinert afirma que a lei penal resulta irreal, pois não tem força para limitar a intervenção do Estado, convertendo-se na prática em uma autorização para que ocorra tal intervenção⁸; **b)** o verdadeiro poder do sistema penal não é repressivo, mas sim disciplinador, arbitrário e seletivo. A *prevenção especial* como instrumento para a reinserção positiva na macrossociedade, partindo de que a pena é a *espinha dorsal do sistema penal*, envolve *per se* uma contradição, pois a microssociedade é um fator deletério e estigmatizante, que desumaniza, perverte e deseduca, configurando-se no mais forte fator criminológico; **c)** a igualdade formal traduz desigualdades materiais e seletividades estruturais cognitivas.⁹

⁷ Rolf-Peter Callies, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1974, 160 ss.

⁸ Steinert, "Mas alla del delito y de la pena", in *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989, 45.

⁹ Baratta, *Criminologia crítica y criminologia del Derecho Penal: introducción a la sociologia juridico-penal*, trad. Álvaro Bundster, 1993, 175.

Em um estudo crítico, Alessandro Baratta afirma que o Direito Penal tende a privilegiar as classes dominantes, isentando do processo de criminalização comportamentos danosos a bens jurídicos relevantes porque próprios de agentes da classe dominante, concluindo que a realidade operativa dos sistemas penais jamais se amoldará à planificação do discurso jurídico-penal (*seletividade*, em processo de violação encoberta e, *autoridade*, em processo de violação aberta dos direitos humanos). Os limites do sistema penal são os da macrossociedade.¹⁰

A nosso entender, o sistema penal atua sempre seletivamente, sendo a opinião pública formada por marketeiros operadores dos meios de comunicação de massa. Nils Christie, ao escrever que “*um sistema social que permite a si mesmo ser dirigido unicamente pela gravidade do ato em nada contribui para se ter um conjunto satisfatório de modelos para valores da sociedade*”.¹¹

Costuma-se definir a *responsabilidade penal* como o conjunto das condições normativamente exigidas para que uma pessoa seja submetida a uma pena. É viável a formulação de diversos princípios que integram o modelo garantista de Direito Penal, que ligados reciprocamente podem ser considerados fundamentais e derivados dentro de um sistema ou modelos axiomáticos, os quais serão mais complexos ou exigentes diante da inclusão ou exclusão em cada modelo do sistema mais específico. Ferrajoli diz que “*entendido, neste sentido, o conceito de responsabilidade*” se diferencia nitidamente dos de *imputação*, *imputabilidade* e *culpabilidade*, que designam garantias, embora na *imputabilidade* se atribua a determinado efeito uma causa produtora, ao passo que na responsabilidade se objetiva que alguém esteja *obrigado* a ressarcir determinado dano e sofrer determinada pena por aquele motivo como efeito determinado. A imputabilidade, diz, é coisa de fato e a responsabilidade, coisa de Direito.¹²

Baratta sustenta **a)** que o sistema penal intervém de maneira reativa e não preventiva (as questões da violência não podem ser combatidas simbolicamente, constituindo-se em uma forma institucional e ritual de vingança); **b)** sua atuação é tardia (fato – processo – execução); **c)** a falsa concepção da sociedade; **d)** a lei penal não é inerente à macrossociedade, pois há outros instrumentos para manejar o conflito; **e)** a intervenção atua

¹⁰ Vera Regina Pereira de Andrade, **A ilusão de segurança jurídica**, Porto Alegre, Livraria dos Advogados, 1977.

¹¹ Nils Christie, **Los límites del dolor**, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, 60-61.

¹² Luigi Ferrajoli, **Direito e Razão, Teoria do garantismo penal**, RT, 2002, 87-88.

sobre efeitos e não causas da violência.

Os abolicionistas Hulsman e Christie não acreditam na supressão absoluta do sistema penal sem graves prejuízos aos códigos de garantia. Citando Hassemer, *pretender abolir o Direito Penal, é pretender afugentar o diabo com o belzebú*, ao dizer que o Direito Penal constrói muros de contenção aos próprios fins políticos e aceita o risco de que tais fins não se alcançam quando exigem um sacrifício excessivo.¹³

Ferrajoli diz que a utopia não é a alternativa, o Direito Penal tem suas garantias, acrescentando García-Pablos que não se advoga a desapareção do Direito Penal, mas a sua progressiva racionalização e despenalização. O minimalismo sustenta que diante da realidade, o Direito Penal é necessário, devendo se reduzir a sua esfera ao campo do absolutamente obrigatório para garantir o controle e a paz social (*princípio da intolerabilidade*).

3. Garantias individuais e o Estado de Direito

Mais do que nunca nos dias atuais as nações do mundo vêm insistindo no direito do homem *“a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família o bem-estar social”*; mais do que nunca elas vêm percebendo que as providências tradicionais tornaram-se inteiramente insuficientes.

Democracia é um complexo de valores, não se podendo defini-la à luz de critérios isolados; de natureza pluralista, é produto da cultura ocidental, possibilitando um maior bem-estar pela maior mobilidade nas relações intra e intergrupos.

O conteúdo social e econômico, que tem a virtude de abrandar a natureza, antes agressivamente política, da democracia, vem dar-lhe maior profundidade e nova dimensão, em particular sob o ângulo da igualdade, fator primordial na formulação institucional das variantes democráticas.

O fundamento político-jurídico está na garantia dos direitos individuais e das liberdades públicas, asseguradas na ação de um Judiciário liberto de limitações para a plenitude da imparcialidade dos julgamentos.

A liberdade humana é sempre a liberdade social, é o modo de expressar que a dignidade da vida depende de cada um de nós. Dizia Kelsen que *“a liberdade do indivíduo, que fundamentalmente é impossível, perde pouco a pouco a importância diante da comunidade social”*. Funda-se a liberdade nas prerrogativas da natureza humana: disposição de si mesmo, escolha de atos e responsabilidades. O ponto vivo das variações democráticas contemporâneas está nos reajustes da liberdade com a necessidade de liberdade. Ela, a fim de sobreviver, condiciona-se.

¹³ Hassemer, **Fundamentos del Derecho Penal**, 400-402.

Há que se lutar pelo Estado democrático de Direito, que deve situar a nova problemática da juridicidade estatal. A luta pelo direito é válida e útil e, dadas as condições do mundo contemporâneo, a sua aceitação só pode existir dentro do Direito.

O Estado de Direito não funciona no vácuo.

Não é esta a hora da liberdade entendida como capricho individual; há um novo endereço que é a sua encarnação na sociedade justa.

O grande problema das democracias ocidentais é conciliar a liberdade, imprescindível à dignidade do homem, com as exigências de segurança cada vez mais complexas.

O descrédito da normalidade jurídica suscita desconfiança na opinião pública a respeito da continuidade e permanência da política legislativa do Estado. Se a política social cobre seus atos pelo manto da legalidade, o Estado de Direito atua como limite e como garantia dos homens em liberdade.

O Estado de Direito na atualidade deixa de ser formal, neutro, individualista, para transformar-se no Estado material de Direito, quando adota uma dogmática e pretende a justiça social.¹⁴ A noção de justiça é central nos problemas jurídicos, possuindo dimensão axiológica, sem aceitar uma radicação ética; identifica-se como componente normativo da conduta social; vincula-se à idéia de igualdade, permitindo identificar os fenômenos jurídicos e observá-los sob o método da ciência social, estando seu conteúdo concreto submetido à ação de elementos constantes da estrutura do homem e, para a realização em cada nação, requer um desenvolvimento simultâneo da educação moral, da democracia institucional, da organização administrativa e da expressão de cultura em grau suficiente de homogeneidade e espiritualidade.

No horizonte histórico do nosso século, Direito e Justiça se apresentam como coisas dissociáveis e até inconciliáveis. O Direito objetivo, como conjunto de mandatos do Estado, adquire predominância sobre o Direito subjetivo, considerado como reconhecimento da liberdade individual, ao ritmo que a iniciativa política, social e econômica se haja centralizado e acumulado no organismo estatal.

¹⁴ Como derivação do princípio do Estado de direito, temos a exclusão do direito consuetudinário, a proibição do efeito retroativo e da analogia e o princípio da reserva legal (*nulla poena sine lege scripta et scripta atque praevia*). O princípio da irretroatividade da lei penal configura a interferência direta da garantia da anterioridade da lei sobre uma nova situação fática. A aplicação retroativa da lei aos casos não incriminados anteriormente encontra resistência ao se observar a existência do direito adquirido na área do direito público, na órbita especial do Direito Penal.

Certo estava Duguit quando propôs que, em lugar de se falar de separação de poderes, se fale de uma colaboração de órgãos.

É uma espécie de revolução copérmica que ocorreu no mundo da experiência jurídica e que obteve os mais amplos consentimentos teóricos na doutrina publicista através da fórmula “Direito e Dever”. Significa que a fórmula do dever jurídico, ou seja, de um comportamento de obediência jurídica, constitui a coluna vertebral sobre a qual se erige a ossatura do ordenamento jurídico.

O Direito é ontologicamente a projeção do homem na sociedade mediante o exercício de sua liberdade social, traçando os limites por meio da conduta jurídica.

Na sociedade atual, a liberdade é devida fundamentalmente às inúmeras oportunidades que os indivíduos têm de solucionar seus modos de vida e sua atividade produtiva. A consciência da própria liberdade inclui o conhecimento de possibilidades e predisposições próprias de todos os níveis.

Neste programa, o Direito consiste no conjunto de possibilidades de ação que a liberdade dos indivíduos e dos grupos tem ao seu alcance para traçar seu próprio caminho dentro dos métodos que impliquem respeito à liberdade dos demais, entendida como condição geral de toda a licitude.

O Direito se refere ao bem comum.

Hermogeniano dizia, como aparece no Digesto, que “*por causa do homem está o Direito*”; toda a realidade jurídica surge numa dupla projeção sobre o homem: o individual e o social.

O Direito resulta do processo profundamente exato e formidavelmente eficaz, meditando entre a função individual e específica do ser humano.

Falar em bem comum é afirmar que a coletividade tem uma projeção própria capaz de convertê-la na realidade satisfatória para todos os componentes. As relações referentes a interesses mútuos se desenvolvem conforme critérios de igualdade, e as relações relativas à organização coletiva, por meio de critério de participação.

O *bem comum* correlativo ao ordenamento jurídico é a organização de condições sociais para o acréscimo da liberdade do homem dentro de uma responsabilidade pessoal dirigida à solidariedade coletiva.

Surgem na estrutura interna do Direito os seguintes problemas: **a)** como assegurar o conjunto de normas que constituem o ordenamento jurídico e sancionar condutas que sejam efetivamente justas, quando são juridicamente ilícitas?; **b)** como fixar o modelo universal de justiça que possa ser um ponto permanente de referência?; **c)** que mecanismos pré-normativos são capazes de conectar os modelos universais de justiça?

A justiça do Direito positivo é uma questão transcendentemente teórica.

O lugar ontológico da justiça ficaria entre o Direito e a dignidade humana. Sem repetir Ulpiano, a virtude da justiça está na disciplina da própria liberdade frente à dignidade da liberdade alheia.

As desigualdades naturais existentes entre os homens, mais do que verdadeiras desigualdades, são diferenças no modo de ser e na atividade habitual de cada um; se referem às faculdades racionais, à índole intelectual ou à atividade laborativa, nas diversas situações e funções sociais.

As leis são medidas tomadas pela autoridade pública para ordenar conjugadamente certas relações da vida social, não só por expressarem certo *standard* de conduta, mas também por conterem motivos que fazem adequar a conduta aos procedimentos. O aspecto público das normas jurídicas é uma condição essencial da racionalidade, através dos propósitos do poder.

A origem dos conflitos sociais pode ser situada genericamente na idéia de “*interesse*”. O homem vive, se move, se relaciona, impulsionado por interesses de diversos tipos, materiais ou espirituais, egoístas ou espiritualistas, circunstanciais ou permanentes, mas há sempre o interesse, e a causa dos conflitos humanos se situa na detenção do poder e na limitação dos bens materiais.

O Direito, como meio de resolução dos conflitos sociais, pressupõe que tais conflitos tenham alguma solução, caso contrário a convivência degenera em agressão constante e essa solução necessária é a que proporciona o Direito.

É inegável o realismo de Carnelutti ao afirmar que a vida social engendra conflitos de interesses de mais variada natureza entre os homens, e tais conflitos se manifestam na existência dos homens em discórdia, cujas posições se tornam incompatíveis, e podem desaparecer pelo imperativo ético, pois, para ele, o Direito é um meio de solucionar “*conflitos subjetivos de interesses*”.

Sustenta que o Direito poria fim aos conflitos humanos, esquecendo-se, todavia, de que muitas relações sociais não se degeneram em conflitos e que nestas está presente o Direito. E, mais, é possível que um conflito não exista, precisamente porque existe uma regra de Direito que limita de antemão a conduta de cada uma das partes.

A importância que na prática podem ter outros valores ou fins diferentes da justiça surge entre a diferença do valor da justiça e o da segurança, inicialmente formulado por Radbruch, de que ambos subsistem numa constante tensão ou contradição, que redundam em detrimento do outro. A justiça significaria muitas vezes a deterioração da segurança, do

mesmo modo que, quando a lei põe acento em argumento de segurança, a justiça pode ficar fracionada.

Porém, certa é a idéia de que o Direito deve ser um instrumento de aplicação da justiça e que tem de temperar-se a outros fins distintos, entre os quais, a segurança e o desenvolvimento para a ordem e o progresso da nação.

A segurança nacional tem na segurança individual seu alicerce e sua finalidade a fim de proporcionar a conquista e a manutenção dos objetivos nacionais, no sentido de possibilitar o bem comum; na definição da Escola Superior de Guerra: *“É a garantia proporcionada pelo Estado para a conquista e/ou a manutenção dos objetivos nacionais a despeito de antagonismos ou pressões.”*

Numa democracia, a sociedade nacional busca viver sob o império da lei.

Nossos direitos não são independentes da sociedade, mas inerentes a ela; quando se proporciona o benefício da educação, supõe-se que usaremos nossas vantagens para contribuir para o bem-estar social da comunidade.

Não existo unicamente para o Estado, mas tampouco existe um Estado unicamente para mim.

Nossa pretensão procede do fato de que participamos como os demais da persecução do fim comum.

A política democrática se baseia na maior segurança para assegurar o bem-estar dos cidadãos. Os direitos são correlativos com as funções, desfrutamos para que possamos contribuir para a consecução do fim social, visto que não temos qualquer direito de atuar de maneira insólita, antidemocrática, anti-social ou anti-solidária.

O Estado é a organização jurídica da Nação e o governo democrático é a fórmula suprema de organização política, situando-se o problema da democracia na questão de encontrar homens aptos para o manejo da máquina de produção do bem comum.

Assim, a liberdade individual está garantida na igualdade de intercâmbios mútuos, e a liberdade coletiva está garantida na organização democrática do poder.

Liberdade é a proteção e a defesa vigilante do meio onde os homens encontram a oportunidade de aperfeiçoar seus destinos. É produto de direitos e todo o Estado se funda em bases de confiança essenciais para o desenvolvimento. Não há liberdade sem direito, senão os homens seriam obrigados a obedecer a normas e leis totalmente divorciadas de suas próprias necessidades.

A liberdade se define por suas próprias restrições naturais, porque as liberdades de que podemos desfrutar não são meios de destruir as que nos rodeiam. Constituem aquelas oportunidades que a história proporciona como necessárias ao desenvolvimento e, portanto, inseparáveis do Direito.

Um sistema que se construa sobre o medo será sempre fatal para

o desenvolvimento das faculdades criadoras do homem e, desta forma, incompatível com a liberdade.

No mundo moderno, a igualdade significa a exclusão de *privilégios especiais*, colocando os homens em idênticas condições ante as disputas da vida, que não supõem identidade de oportunidades adequadas desde a sua origem.

Chegamos, agora, às indagações do mundo atual que exigem meditação profunda:

a) É capaz o Direito de responder satisfatoriamente às exigências sociais?

b) Se o Estado se acomoda às normas jurídicas, poderá salvar o *hiatus* que o separa da realidade social?

c) Como poderá o Estado resolver os problemas sociais sem violar o primado do direito e os direitos individuais?

d) Será possível desenvolver uma política social à altura dos tempos atuais sem fugir ao modelo jurídico?

e) Cabe uma submissão estreita à lei por parte da administração pública ante a urgência de determinados assuntos ou a complexidade de casos que exigem rápida e singular solução?

f) Cabe resolver os problemas atuais à base da liberdade?

Todos estes problemas cruciantes passaram quase que despercebidos à maior parte dos teóricos do ***Rechtsstaat***, indagando-se: *como se concilia o prestígio e a perdurabilidade da expressão “Estado de Direito” com as dificuldades experimentadas pela vigência da atualidade?*

A igualdade só pode ocorrer na atmosfera irreparável das utopias; a igualdade há de ser das oportunidades livremente assumidas por cada um. Cabe a liberdade dentro de um Estado de Direito se for uma liberdade responsável de seus fins e estará plenamente justificada por uma sociedade justa.

A administração é a chave política do Estado. Administrar é planejar, vincular os dirigentes a um ideal, aperfeiçoando as instituições, a fim de atingir o bem comum em toda a sua plenitude.

Para a democracia, temos que possuir uma efetiva consciência das idéias de liberdade, segurança, igualdade e justiça, através da renúncia do supérfluo, do luxuário, do ostensivo, transmitindo uma filosofia de amor, capaz de elevar os pobres, redimindo-os da miséria pelo espírito da justiça social que substituirá a idéia de piedade em favor dos humildes por meio de uma política de reabilitação pela dignidade do trabalho, bem como na espiritualização da vida, libertando-a das preocupações do gozo dos bens materiais imediatos. Enfim, dando ao homem o significado de seu destino transcendental.

A democracia não está apenas nas letras frias das constituições: é espírito, é mística, é consciência pública, é integração do povo na vida do

Estado. É a conquista do progresso sem violência, sem intolerância, sem atos criminosos.

Obra do homem para os homens, com virtudes ou defeitos, ocasionando enganos ou desenganos, é a única solução para o desenvolvimento e o bem-estar da macrossociedade.

4. Os limites do Estado

A fundamentação dos princípios constitucionais se situa na atividade legislativa não uma atividade ilimitada e discricionária. No específico âmbito jurídico-penal encontramos: **a)** Princípios e critérios normativos que delimitam o poder punitivo do Estado; **b)** Princípios jurídicos de correlação entre o Direito Penal e o ordenamento jurídico em conjunto; **c)** Princípios singulares estruturais de fundamentação e legitimação do Direito Penal. Como consequência, teríamos: **a)** diante da inexistência de limites jurídicos em conjunto; **b)** de outro lado, a legitimidade de sua validade requer limitações normativas que tenham patamar em exigências axiológicas. O Direito Penal para fugir do fracasso necessita de previsões normativas que se fundamentem nas efetivas exigências de interações pessoais na convivência social.

É por natureza um ordenamento legal e juridicamente limitado a duas facetas, sujeito a garantias normativas e garantidor de direitos e liberdades. Seus limites normativos, de conformidade com os princípios constitucionais que fundamentam o direito de punir, apresentam várias índoles: **a)** limites jurídico-constitucionais em sentido estrito, que emanam de valores superiores do ordenamento positivo, transcendem ao âmbito do Direito Penal; **b)** limites objetivos funcionais, que derivam da própria natureza da coisa e própria finalidade do Direito Penal, pois em tal esfera se desenvolve toda a sua virtualidade; **c)** limites estruturais que são deduzidos de singulares princípios gerais informadores do ordenamento jurídico-penal.

Temos a primazia normativa da lei constitucional nas hipóteses de conflitos normativos que exigem um tratamento técnico, jurídico, conceitual e sistemático, possuindo como base os princípios fundamentais. Assim, podemos ter: **a)** conflitos permanentes entre a norma penal e a fundamental, entre a proibição abstrata e a garantia fundamental, no âmbito do tipo, quanto em relação às suas consequências; **b)** conflitos excepcionais entre a norma e a constituição que leva à análise de todas as circunstâncias concorrentes para delimitar no caso concreto à prioridade material da norma constitucional na proporção de sua incompatibilidade com a disposição penal.

Observamos os limites constitucionais em sentido estrito através dos seguintes princípios: **a)** princípio da legalidade; **b)** princípio da humanidade,

que se traduz no respeito à dignidade humana, desde toda a intervenção punitiva geral, compreendendo aspectos valorativos, de natureza e conteúdo e aspectos teleológicos da pena (fim formal e executivo); **c)** princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso gravidade da ação e a pena prevista, tanto na cominação (abstrata), na aplicação e na execução (concreta); **d)** princípio do **ne bis in idem** na análise da tríplice identidade (fato, fundamento e sujeito) como direito de defesa do cidadão junto ao Estado, para evitar duplicidade de sanções.

Já os limites constitucionais objetivos e funcionais estariam abarcados nos princípios: **a)** princípio da ação ou da conduta: o Direito Penal moderno é um Direito Penal do ato, não do autor, nem da vontade. Não se punem os meros pensamentos ou qualidades psicológicas, racionais ou pessoais, bem como o modo de ser pessoal de cada indivíduo; **b)** princípio da culpabilidade normativa pessoal: culpabilidade como fundamento e limite da pena. Não há pena sem culpabilidade. A pena corresponde ao grau de culpabilidade do autor; **c)** princípio da proteção dos bens jurídicos (ofensibilidade ou lesividade): missão protetora dos bens jurídicos. O Estado legitimado para intervir diante da exigibilidade social expressada pela vontade dos cidadãos na proteção de certos bens e valores que traduzem cuidados de função social para garantir a paz pública em razão da intolerabilidade do conflito. O bem jurídico é o bem ou valor considerado pela norma penal como merecedor e necessitando de proteção jurídica diante do princípio da intolerabilidade do conflito, para garantia da paz social. O Direito Penal tem a missão de proteger os bens jurídicos; **d)** princípio da prevenção: conjuga-se com o princípio da tutela do bem jurídico, pois confluem para o mesmo efeito, visto que o Direito Penal tem uma tarefa seletiva, valorativa e protetora de bens e valores da pessoa humana e da macrossociedade. A garantia dos objetivos da tutela, não é de índole formal e pragmática, mas social e coercitiva para os programas legislativos propostos pela política criminal.

A nosso sentir, a culpabilidade de um lado, como categoria dogmática integra o conceito de delito, afastando-se a posição que defende configurar o pressuposto da pena; de outro, é compreendida como elemento da medida do merecimento da pena, observados os princípios de oportunidade, necessidade e proporcionalidade na resposta penal ao grau de danosidade ao bem jurídico. Em sentido amplo é um conceito de política criminal diante das limitações do poder de punir estatal. É um marco garantista. Seu estágio atual é de ponte de passagem entre um conceito tradicional, surgido às idéias do livre-arbítrio e da retribuição, proposta para um conceito com patamar nas ciências que estudam o comportamento e os processos de motivação (motivação normal do autor). Caminham para monismo (pena

– medida de segurança).

Alerta-se que o caráter fragmentário surge: **a)** na defesa do bem jurídico contra ataques de especial gravidade (relevância); **b)** tipificando uma parte da antijuridicidade; **c)** deixando de punir comportamentos puramente éticos ou irrelevantes.

O Direito de punir do Estado responde ao desvalor de um resultado e de uma ação afeta a um bem jurídico e o princípio da intervenção mínima configura um dos marcos limitativos do controle social. A seleção dos bens jurídicos é ditada pelo princípio da intervenção mínima.

O verdadeiro poder do sistema penal não é repressivo, mas sim disciplinador, arbitrário e seletivo. A prevenção especial é a espinha dorsal do sistema penal. Os limites do sistema penal são os limites da macrosociedade.

Ferrajoli alinha, como princípios das garantias penais e processuais (modelo garantista): princípio da retribuição (conseqüência da pena perante o delito); princípio da legalidade/modelo regular, sentido lato e estrito; princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal; princípio da materialidade ou exterioridade da ação; princípio da lesividade ou ofensividade; princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; princípio da jurisdicionalidade; princípio acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação; princípio do contraditório ou da verificação e o princípio do contraditório ou da falseabilidade.

Ao decorrer destas reflexões principiológicas, destacaria o princípio da ressocialização, pois a pena, não pode ser uma ferramenta de uso arbitrário e oportunista. No Estado de Direito a sua legitimação material é específica, constitui-se em uma função preventiva geral estando direcionada para o cumprimento da função preventiva especial por meio da reinserção social do apenado. Junto ao ordenamento jurídico em conjunto estão os princípios de relevância em outras instâncias normativas que caracterizam o Direito Penal: **a)** princípio da intervenção mínima e necessária subsidiariedade. O Direito Penal objetivando possibilitar a convivência social atua subsidiariamente às instâncias formais e informais de controle e prevenção, diante do tripé: cominação – aplicação – execução da pena, buscando garantir o mínimo tolerável de conflito, razão pela qual serve subsidiariamente à proteção dos bens jurídicos. A subsidiariedade é derivada do princípio de intervenção mínima, isto é, a intervenção estatal através do Direito Penal. Só deverá ocorrer quando comprovada a ineficácia dos outros instrumentos de controle social. Deve-se destacar o princípio de humanidade ou respeito à dignidade pessoal, que reúne várias facetas, como salvaguarda da humanidade diante de toda intervenção punitiva geral, compreensiva

das dimensões tanto valorativas (a própria natureza e conteúdo da pena) quanto teleológicas (fim perseguido pela pena) como forma e execução (humanidade da execução). O caráter do princípio de humanidade abarca o princípio de intervenção penal em seu conjunto. Toda intervenção punitiva no Estado social e democrático de Direito deve ser guiada pelo princípio de respeito a dignidade humana – princípio que expressa um critério que é fundamento e guia de toda ação punitiva estadual (***reus sacra est***). A fecunda iluminação ideológica libera trouxe a consciência da necessidade de respeito a pessoa do apenado repudiando o trato degradante a pessoa humana detida. Ficam abolidas as penas corporais e simbólicas existentes em tempos históricos que impedem a reinserção social (de morte e perpétua).

Há um movimento oportunista defendendo penas, inoculadoras ou exemplificadoras, que por seu caráter nihilista e negativo são consideradas desumanas e degradantes e, portanto, inconstitucionais. Na perspectiva formal e executiva a humanidade ou respeito pela dignidade humana deve também estar presente na execução das próprias penas, o que significa estabelecimentos penitenciários com estrutura e funcionamento adequados ao perfil do encarcerado para atingir seu objetivo finalístico. Não se admite na execução da pena a imposição de sofrimentos de especial intensidade ou que provoquem uma humilhação ou sensação de aviltamento.

Destaca-se o princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso. Todos os atos delitivos devem ser punidos com uma resposta estatal justa, proporcional a gravidade da ação singularmente considerada.

No prólogo de seu livro, **A Expressão do Direito Penal**, Silva Sanchez, catedrático da Universidade de Barcelona, Pompeu Favra, coloca com precisão a crítica feita em 1882 por Von Bar de que onde chovem leis penais continuamente e se buscam através de um clamor público geral estimulado, que as coisas se resolvam com novas leis penais agravando as penas já existentes, efetivamente, não vivemos os melhores tempos para liberdade, citando a velha frase de Tácito: ***pessima republica, plurimae leges***.

Volta-se ao perigo de correr o risco da conversão de um tópico desprovido de conteúdo concreto, a exemplo com a deformada frase de Radbrush relativa a substituição do Direito Penal por algo melhor que ele. As propostas de um Direito Penal mínimo não estão tão pouco conceitualmente distantes das propostas formuladas per Beccaria há dois séculos. (Nesta direção Baratta, Ferrajoli e Moccacia). A expressão Direito Penal mínimo engloba propostas diversas cujas os denominadores comuns situam-se numa vocação perpétua do Direito Penal.

Em um Estado democrático há restrição no âmbito legiferante das leis penais. Baratta sustenta que o ponto vital da orientação minimizadora se

radica na injustiça e inutilidade da pena, cuja função seria a reprodução das regras de domínio já existentes recaindo sobre os decaídos. Busca desenvolver uma teoria da minimização da intervenção tomando como ponto de referência os direitos humanos e acredita em uma visão conflitiva de nosso modelo social. Sua proposta não coincide com Ferrajoli, sobre o Direito Penal mínimo, que denomina de garantista, cognitivo ou de estreita legalidade.

O *minimalismo* tem sido associado à posturas defendidas pela denominada Escola de Frankfurt do Direito Penal, prevendo sua restrição a um Direito Penal básico que tenha por objeto as condutas atentatórias à vida, à saúde, à liberdade e à propriedade, com manutenção das máximas garantias na lei, na imputação da responsabilidade e no processo. Surge sob tal ótica a evolução do Direito Penal oficial como uma cruzada contra o mal, desprovida de mínima fundamentação racional.

O incremento essencial de valor diante da evolução sociocultural (patrimônio histórico-artístico), a defesa de bens coletivos e interesses difusos mostram um espaço razoável de expansão do Direito Penal.

Observamos a entrada maciça de dinheiro sujo em determinados setores da economia por delitos contra a ordem econômica, a lavagem de dinheiro, o narcotráfico, o contrabando de armas e o terrorismo, são indicadores da expansão racional do Direito Penal.

Surge o efetivo aparecimento de novos riscos. Vivemos a sociedade de riscos como fenômeno de procedência humana socioestrutural.

O risco está para todos os cidadãos como consumidores, usuários do serviço público, dos avanços de novas tecnologias, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, na comunicação, fontes de riscos pessoais e patronais. A vinculação do progresso científico e do desenvolvimento das formas de criminalidade desorganizada operam transnacionalmente e constituem novos riscos para o indivíduo e a coletividade.

Há o fenômeno da instituição da insegurança. Vivemos em sociedade de alta complexidade da criminalidade de rua.

Há uma tendência no sentido da introdução de novos tipos penais e o agravamento dos tipos já existentes através de uma reinterpretação das garantias clássicas do Direito Penal e do Processo Penal. A criação de novos bens-jurídicos penais amplia os espaços de riscos jurídico-penais relevantes e a flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, (não seria mais do que aspectos dessa tendência expansionista do Direito Penal).

O Código espanhol de 1995 diz na Exposição de Motivos que existência de uma autonomia entre o princípio da intervenção mínima e

as crescentes necessidades de tutela em uma sociedade cada vez mais complexa, razão pela qual deveria dar acolhida a uma legislação mais rigorosa diante das novas formas de delinquência eliminando ao mesmo tempo figuras delitivas que perderam a razão de ser.

A expansão do Direito Penal se apresenta como uma forma perversa de aparato estatal para resolver problemas sociais deslocando ao plano simbólico o que deveria ser resolvido no nível da instrumentalidade.

Estamos diante de causas mais profundas cujas raízes se encontram no meio social.

O delito é um fato social com conseqüências jurídicas. O Estado não pode acolher demandas irracionais sem qualquer reflexão, ao invés de introduzir elementos de racionalização, bem como alimentar ações em termos populistas.

Nada tem a ver a tendência expansiva do Direito Penal na década de 70 respaldada inicialmente no movimento americano de lei e ordem que se dirigia a reclamar uma reação legal, jurídica e policial mais coerente contra os fenômenos de delinquência de massa da criminalidade das ruas. O movimento é o último exemplo de concepção conservadora do Direito Penal, (segurança dos cidadãos em casa, no trabalho e nas ruas). Nos tempos atuais através de uma ótica distorcida, prepugna pela intensidade da resposta penal. Ao invés da tendência de sua expansão orienta-se na direção do estímulo às suas virtudes como instrumento de proteção aos cidadãos. Nem as premissas ideológicas, nem os requerentes do movimento de lei e ordem desaparecem, pois estão integrados em um novo consenso social sobre o papel do Direito Penal. Surgem novos interesses e o papel qualificado de proteção dos bens jurídicos relevantes, diante de novas realidades.

A busca de um ponto de equilíbrio que não significa em Direito Penal de emergência renunciado aos postulados garantistas.

5. Conclusão

Colhem-se como conclusão que deve ser mantido o modelo de Direito Penal mínimo diante do racionalismo jurídico, garantista descrito nas 10 condições, limites ou proibições, modelo do Estado de Direito, isto é, um tipo de ordenamento no qual o Poder Público, em especial o poder penal, esteja rigidamente limitado e vinculado à lei no plano substancial, contudo penalmente relevante no plano processual às formas processualmente relevantes. Busca-se um ideal de racionalidade e certeza. É certo que um Direito Penal é racional na proporção da previsibilidade da intervenção estatal, afastando-se a aspiração autoritária em que a certeza perseguida pelo Direito Penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. Nem a incerteza do ato, nem a incerteza do Direito. □