

# REFLEXOS DAS NOVAS FORMAS DE CRIMINALIDADE NOS PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL

## *REFLECTIONS OF THE NEW FORMS OF CRIMINALITY IN THE LIMITATES PRINCIPLES OF THE PUNITIVE STATE POWER*

*Thais Del Monte\**

**SUMÁRIO:** 1 Estado Democrático de Direito e dignidade da pessoa humana. 2 Sociedade de risco e novas formas de criminalidade – da crise no Direito Penal tradicional ao Direito Penal do Inimigo. 3 Bem jurídico penal. 4 Mandados de criminalização. 5 Reflexos das novas formas de criminalidade nos princípios limitadores do poder punitivo estatal. 5.1 Princípio da intervenção mínima ou necessidade. 5.2 Princípio da ofensividade ou da lesividade. 5.3 Princípio da culpabilidade. 5.4 Princípio da proporcionalidade. 5.5 Princípio da legalidade. 5.6 Princípio da humanidade. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho visa, dentro de uma concepção baseada no Estado Democrático de Direito fundamentado na dignidade da pessoa humana, traçar as mudanças que vêm paulatinamente ocorrendo na Dogmática Penal tradicional na tentativa de combate às novas formas de criminalidade, abordando temas como a crise por que passa este ramo do ordenamento jurídico, as possíveis soluções sugeridas por autores reconhecidos mundialmente, chegando à análise da legitimidade da flexibilização de alguns dos pilares constitucionais garantistas na busca pela efetiva segurança pública. Em suma, busca contribuir com a análise, o estudo e o entendimento dos aspectos penais tradicionais que quedaram abalados na tentativa de prevenção e repressão às novas formas de criminalidade.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito. dignidade da pessoa humana. dogmática penal tradicional. sociedade de risco. crise do Direito Penal. expansão do Direito Penal. bem jurídico penal. princípios constitucionais. poder punitivo estatal. flexibilização. intervenção mínima. lesividade. culpabilidade. proporcionalidade. humanidade.

**ABSTRACT:** The present work objectives, inside a conception based on a Democratic State of Law and grounded on the human dignity, to trace the changes that are taking place gradually in the traditional Criminal Dogmatic, attempt to combat new forms of crime, covering topics as the crisis faced by this branch of the legal system, the possible solutions suggested by authors who are recognized worldwide, reaching until the analysis of the legitimacy of the flexibility of some of the pillars of constitutionals guarantees in the search for effective public safety. In short, seeks to contribute to the analysis, study and understanding of the traditional issues of the criminal law that falled shaken trying to prevent and suppress the new forms of crimes.

**Keywords:** Democratic State of Law. human dignity. traditional criminal dogmatic. risk society. Criminal Law crisis. Criminal Law expansion. criminal legal thing. constitutionals guarantees. state

\* Possui graduação em Direito pela Universidade Paulista (2005). Atualmente é advogada do escritório Del Monte e Biaggi Advogadas Associadas e mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Email: [thais@delmontebiaggi.adv.br](mailto:thais@delmontebiaggi.adv.br).

punitive power. flexibility. minimal intervention. lesivity. culpability. proportionality. Humanity.

## 1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Direito Penal está a serviço de uma forma de Estado, ou seja, é a forma de Estado que determina, legitima e justifica a atuação do Direito Penal em uma determinada sociedade.

O Estado Democrático de Direito traduz garantia aos seus cidadãos, na medida em que pauta seus valores em direitos e garantias individuais previstos no diploma de maior grau de eficácia normativa, qual seja, a Constituição Federal, de maneira que o Direito Penal respectivo não é absoluto, pois esbarra em limites constitucionais que impedem uma ação desenfreada do *jus puniendi* estatal.

Referidos Direitos e Garantias Individuais são reconhecidos implícita ou explicitamente pela nossa ordem constitucional na forma de princípios balizadores de qualquer relação penal, fundamentando-as. Como exemplo, podemos citar os princípios da intervenção mínima ou necessidade, da ofensividade ou lesividade, da culpabilidade, da proporcionalidade, da legalidade, da humanidade, entre outros, os quais serão analisados em capítulo próprio.

O sistema punitivo brasileiro é fechado, dentro de uma concepção positivista, que tem como norma hipotética fundamental a *dignidade da pessoa humana* – valor que está acima de todo e qualquer outro, que serve de fundamento para todo o sistema jurídico, inclusive para a Constituição Federal. Assim, deve ser utilizada como vetor para a criação, a interpretação e a aplicação do Direito Penal.

Não há norma que possa ser interpretada ou avaliada sem passar pela análise constitucional e principalmente pelo atendimento à dignidade da pessoa humana, por ser esta o norte de todo o ordenamento jurídico, fundamento da República Federativa do Brasil (Art. 1º, Inc. III da Constituição Federal) garantidor de todos os direitos do cidadão.

Quanto à dignidade da pessoa humana, ensina Alexandre de Moraes (2005):

Ela concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da

liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Note-se que o autor reconhece a dignidade humana como atributo inerente à pessoa, traduzindo-se no valor primeiro que todo o sistema jurídico deve assegurar. Admite, porém, a excepcional limitação aos direitos e garantias individuais a ela inerentes, desde que respeitada a condição humana de cada cidadão (mínimo invulnerável), limitação esta que seria legitimada especificamente no campo penal, em decorrência da instalação de uma sociedade de risco e conseqüente crise da dogmática penal tradicional que vem se revelando insuficiente no combate às novas formas de criminalidade, temas que serão analisados a seguir.

## **2 SOCIEDADE DE RISCO E NOVAS FORMAS DE CRIMINALIDADE – DA CRISE NO DIREITO PENAL TRADICIONAL AO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

O mundo registra transformações, avanços e novidades em todas as áreas de conhecimento a cada dia. Tal evolução traz consigo transformações positivas e negativas quanto ao desenvolvimento social, fazendo surgir problemáticas até então desconhecidas, pois ao mesmo tempo em que simbolizam grandes avanços científicos e tecnológicos, podem expressar riscos ao ser humano considerado isolada ou coletivamente. A velocidade dos avanços é tamanha, que dificulta a previsão e o controle destes riscos. Tal fenômeno faz surgir nas pessoas uma sensação de incerteza, insegurança e desamparo, o que traz como conseqüência o clamor dos cidadãos por intervenções radicais por parte dos agentes públicos que os representam, atitudes estas que trazem a sensação (mesmo que apenas aparente) de proteção e segurança.

Ao mesmo tempo em que o risco é considerado imprescindível ao impulsionamento da evolução social, também é considerado seu próprio fator de desequilíbrio (BOTTINI, 2007). O fato é que existem riscos que são considerados conseqüências naturais da vida em sociedade, devendo

ser tolerados e permitidos, que, embora possam ser objeto de normas estatais, passam despercebidos ao Direito Penal. Por outro lado, existem riscos que colocam em perigo bens jurídicos caros e essenciais à sociedade, que quando atingidos, dão ensejo à interferência da dogmática penal tradicional, respeitados os princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade, da proporcionalidade, entre outros.

O problema está no enfrentamento penal a ser dado aos riscos modernos, trazidos pelas novas formas de criminalidade, que atingem bens jurídicos difusos e coletivos, podendo afetar um número indeterminado de pessoas, a sociedade como um todo e até mesmo as futuras gerações e, em última análise, colocar em xeque a própria existência humana. O Direito Penal tradicional não é capaz de dar respostas satisfatórias a esta nova realidade decorrente de novos riscos, instalando-se assim uma crise, pois ao mesmo tempo em que quer preservar as garantias individuais até o momento conquistadas, limitando o poder punitivo estatal, deve se expandir no sentido de atuar como uma das formas de controle social, interferindo na liberdade das pessoas e, concomitantemente garantir a segurança e o bem estar coletivos, buscando legitimar sua atuação no fator “risco”.

Se por um lado o Direito Penal tradicional se mostra insuficiente, a sociedade de risco passa a ser a força motriz de sua expansão, pois legitima sua atuação sobre áreas que até então não lhe diziam respeito, mas que no cenário atual demonstram-se merecedoras de tutela penal. Ainda, gera a relativização de alguns princípios democráticos garantidores em nome da busca pela efetiva segurança pública, hoje considerada valor máximo a ser perseguido pelos agentes estatais.

O fenômeno da percepção da insegurança por parte da sociedade gera um total descrédito na administração pública, que por sua vez toma medidas de improviso na tentativa de acalmar grandes alardes sociais.

O Direito Penal tem assumido uma forma emergencial, tanto legislativa quanto judicialmente, despertando preocupações quanto aos direitos do indivíduo (limites impostos ao Estado para defesa do homem), vez que têm sido adotadas como remédio e como resposta social medidas um tanto quanto radicais, inadmissíveis em um Estado Democrático de Direito.

No âmbito legislativo, que deve ser pautado principalmente pela legalidade, materialidade e ofensividade ao bem jurídico penalmente protegido, entre outros princípios, nota-se uma tendência à tipificação aberta, vaga, de conteúdo casual, improvisado, em uma tentativa

desesperada de se abarcar o máximo de condutas possíveis, com penas exacerbadas, muitas vezes sistematicamente incoerentes, gerando um Direito Penal simbólico.

A ordem pública, em vez de ser considerada a razão da tutela penal, acaba sendo confundida com um bem jurídico a ser protegido, o que prejudica a delimitação da intervenção penal, gerando uma inflação legislativa e alargando demasiadamente o campo dos bens jurídicos passíveis de tutela penal, deixando de lado o princípio da *ultima ratio*.

O Direito Penal emergencial trouxe consigo o Direito Processual Penal emergencial, exigindo do Poder Judiciário respostas imediatas a mal-estares sociais, exercendo a pretensão punitiva e esquecendo-se por vezes dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, abrindo mão do formalismo processual em troca da responsabilização a qualquer custo do agente.

Apesar dessas violações se mostrarem eficazes no esclarecimento de muitos delitos e responderem satisfatoriamente à sociedade através da mídia (que cria antecipadamente uma imagem de culpabilidade do acusado, exigindo seu “sacrifício”) acaba criando um estado de *Law and Order*, atribuindo ao Direito Penal papéis que não lhe pertencem, criando poderes ilimitados e incontrolláveis que acabam sendo legitimados *extra legem* em nome da emergência e do risco (MOCCIA, 1999).

O mesmo se nota a contrario sensu, ou seja, medidas emergenciais descriminalizadoras ou despenalizadoras, na tentativa de desafogar o Poder Judiciário e o sistema carcerário, favorecendo a não punibilidade de condutas graves. Ainda temos medidas premiais que concedem benefícios ao delinqüente quando há colaboração processual efetiva, desassociação das organizações criminosas, entre outras, dispostas de forma vaga e indeterminada, deixando ao arbítrio do julgador concedê-las ou não, servindo de moeda de troca entre o Estado e o Réu.

O Direito Penal de Emergência apresenta-se como remédio que combate apenas os sintomas das novas formas de criminalidade, dando uma resposta satisfatória à sociedade no sentido de que prisão corresponde à justiça, mas não enfrenta efetivamente as causas do problema, ligadas a déficits estruturais, organizacionais, sócio-políticos e normativos de um Estado.

Criou-se a idéia de que as garantias fundamentais do indivíduo são obstáculos à efetiva justiça, servindo de apoio à criminalidade. Em contrapartida, a exigência de uma justiça rápida e eficaz transforma-se na

exigência de uma justiça sumária, que exalta a presunção de responsabilidade do delinqüente, sendo recebida de forma satisfatória pela opinião pública.

Deve-se buscar um equilíbrio entre a efetividade da justiça penal e o respeito às garantias individuais, sob pena de ataque ao próprio Estado Democrático de Direito, o que caracterizaria um enorme retrocesso.

A questão primordial é achar um mecanismo que proporcione ao Direito Penal tradicional, com todos os seus princípios clássicos e garantias individuais, a assimilação das inovações trazidas pela evolução da sociedade de risco.

Baratta (1999) sustenta que a sociedade de risco deve assumir uma nova forma de Estado, denominada por ele de “Estado de prevenção” ou “Estado de segurança”, pela qual o legislador delegaria parte de seus poderes decisórios à administração da justiça, definindo-o como: “[...] aquele onde a produção normativa e os mecanismos de decisão tendem a reorganizar-se permanentemente como resposta a uma situação emergencial estrutural [...]”.

Hassemer (2007) sugere a criação de um novo ramo do Direito denominado “Direito de Intervenção”, ainda carecedor de desenvolvimento teórico, situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, mais adequado para responder satisfatoriamente aos problemas e riscos oriundos das sociedades modernas:

[...] aqueles instrumentos que podem responder melhor que o Direito Penal à demanda atual e futura de solução de problemas...com um nível de garantias e formalidades processuais inferiores ao Direito Penal, mas também com menor intensidade nas sanções que possam ser impostas aos indivíduos.

Na mesma linha de pensamentos, Jesús Maria Silva Sánchez (1992)<sup>1</sup> entende que o Direito Penal está passando por um processo de “administrativização”. Encontra uma forma de compatibilizar os Direitos e Garantias Individuais inerentes a um Estado de Direito com a expansão experimentada pelo Direito Penal frente à sociedade de risco e as novas formas de criminalidade, defendendo a existência de uma “segunda velocidade” do direito penal, por ele denominada “Direito Administrativo Sancionador” que atuaria como mecanismo de gestão e contenção dos

1 Tradução livre da autora.

riscos sociais atuais, pelo qual a pena privativa de liberdade daria lugar a penas alternativas (pecuniárias ou restritivas de direitos), o que legitimaria a flexibilização das garantias individuais.

A primeira velocidade é aquela que tem a pena privativa de liberdade como instrumento fundamental, devendo, portanto, as garantias fundamentais do indivíduo ser respeitadas de forma extremamente rígida (modelo de maior intensidade garantística). A segunda velocidade do Direito Penal caracteriza-se pela relativização controlada dos princípios garantistas, que se legitima face à aplicação de sanções alternativas à pena de prisão.

Com todo o respeito que é devido a Silva Sánchez, não me parece razoável que se autorize a flexibilização de garantias individuais apenas quando não for o caso de aplicação de pena de prisão, pois o desafio atual do Direito Penal é combater a criminalidade mais grave até hoje existente, a criminalidade que atinge bens jurídicos difusos e coletivos, que coloca em risco valores de tal magnitude que se atingidos, podem, em última análise, colocar em xeque a própria manutenção da espécie humana, delitos estes que a meu ver carecem de um Direito Penal ainda mais rígido e intervencionista, que relativize sim garantias, pois para eles nem a pena de prisão vem se mostrando suficiente. Talvez se trocarmos as penas alternativas sugeridas por Silva Sánchez pela aplicação de medidas de segurança, que não possuem prazo máximo de duração, apenas mínimo, perdurando enquanto não suprida a periculosidade do agente, tal teoria se mostraria razoável.

Surge então uma terceira velocidade do Direito Penal, denominada por Jakobs de “Direito Penal do Inimigo”, caracterizada pela emergência, que autoriza o Estado a considerar o delinqüente um inimigo, despindo-o de qualquer garantia político-criminal.

Jakobs defende a divisão do Direito Penal em duas vertentes a serem aplicadas a dois grupos distintos, sendo um de cidadãos e outro de inimigos. Os primeiros gozariam de todos os direitos e garantias a eles conferidas pelo ordenamento jurídico a que façam parte. Os segundos teriam todos estes direitos e garantias suprimidos, vez que a condição de inimigo é adquirida quando da não submissão do indivíduo ao sistema, sendo deste excluído (ruptura do contrato social).

Em síntese, o cidadão oferece a garantia cognitiva mínima necessária para ser tratado como pessoa, já o inimigo é visto como uma fonte de perigo para a vigência da norma e conseqüentemente para a sociedade.

Resumidamente, as críticas quanto à aplicação do funcionalismo radical de Jakobs são no sentido de defesa dos direitos e garantias fundamentais de qualquer ser humano, na dificuldade de se identificar quem de fato é um inimigo e quem teria legitimidade para apontá-lo; na reprovabilidade da periculosidade do agente e não de sua culpabilidade, pois volta-se ao Direito Penal do autor que pune o sujeito pelo que ele “é” e não pelo que ele “fez” (Direito Penal do fato); ainda, da inconveniência da instalação de um “Estado Policialesco”, o que seria uma afronta ao Estado Democrático de Direito por trazer à tona lembranças atrozizadas relacionadas ao regime nacional-socialista alemão; e mais, quanto à criação de um Direito Penal de emergencial e simbólico.

A solução para a crise em que se encontra o Direito Penal deve passar pela análise de sua finalidade, seu âmbito de atuação e suas características frente ao Estado Democrático de Direito. Deve limitar-se a assegurar condições aos indivíduos para uma convivência pacífica e segura entre os membros da sociedade, intervindo quando da violação de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo ou à coletividade. Ainda, buscar coerência dentro do sistema, com edição de leis claras que enfatizem tanto a tutela da liberdade individual contra distorções repressivas quanto a eficiência do controle penal.

A preocupação atual deve ser em torno da busca pela eficiência penal face às novas formas de criminalidade, do combate às organizações criminosas, que lesam ou colocam em perigo bens de titularidade de toda a coletividade. Contra estes delitos, entendo que a melhor resposta estatal seria sim um direito penal baseado no funcionalismo extremado, que: [...] se legitima, desde que claramente delimitado, pela existência de um direito fundamental dos cidadãos à segurança pública, em razão do qual o Estado tem o dever de não tratar como pessoas aqueles que o vulneram”. (JAKOBS; MELIÁ, 2009).

Neste panorama, o princípio da *ultima ratio* cede lugar ao *princípio da precaução*, que possibilita a intervenção penal de forma condizente com a sociedade de risco em que vivemos, de forma preventiva, com caráter de antecipação de tutela, flexibilizando garantias, controlando os riscos, prestigiando normas penais em branco, tipos abertos e de perigo abstrato, que presumem a ocorrência de um dano, incriminando condutas por conveniência social, pois somente desta forma conseguirá proteger eficazmente os bens jurídicos em jogo.

Conclui-se, de tudo quanto exposto, que o Direito Penal “do inimigo” ou de “terceira velocidade”, deve ter cabimento dentro de

limites muito claros a serem estabelecidos legalmente, no âmbito de proteção dos bens jurídicos difusos e coletivos, sob pena de ser tido como política criminal de uma sociedade, sob o preço de perda de sua credibilidade frente à população por corresponder a uma efetividade fictícia.

### 3 BEM JURÍDICO PENAL

Apesar de o entendimento de Jakobs acima descrito se fundar na premissa de que a função do Direito Penal é a confirmação da vigência normativa, pela qual se alcança a garantia das expectativas sociais postas nas normas, a doutrina hodierna majoritária defende que a função primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos.

As dificuldades teóricas e políticas por que passaram e ainda passam os estudiosos do assunto dificultam a chegada a um consenso sobre o conceito de bem jurídico, que vem sofrendo alterações substanciais desde Feurbach, Biernbaum, Liszt, Welzel, até os conceitos mais modernos que tentam acompanhar os avanços sociais

Bens jurídicos são valores primeiros que traduzem pressupostos básicos para uma convivência social sadia e pacífica, inerentes e pertencentes ao indivíduo considerado individual ou coletivamente, de importância tal que passam a ser reconhecidos juridicamente e, em último grau, passam a ser objeto de proteção da lei penal, com o intuito de protegê-los contra lesão ou ameaça de lesão, graduando o desvalor da conduta que o atinge ou o coloca em perigo, ameaçando o agente infrator através da cominação de uma sanção.

A identificação ou a eleição de um bem jurídico passível de tutela penal dá conteúdo material ao delito, legitimando e vinculando a atuação do legislador quanto à elaboração dos tipos penais, servindo de critério e de garantia contra o excesso legislativo.

Um Direito Penal sem a eleição de bens jurídicos é descompromissado, objeto de busca de poder. A fim de excluir a possibilidade de incriminação de condutas por motivos meramente ideológicos ou moralistas, como ocorre em Estados totalitários e policialescos, a doutrina estabelece dois critérios que legitimam a intervenção penal legislativa para proteção de bens jurídicos.

O primeiro critério é o da *dignidade*, pelo qual o bem jurídico passa pela análise de merecimento da tutela penal. Nem todo valor individual é merecedor de tutela penal. A escolha pela criminalização ou

não de uma conduta que afete determinado bem jurídico passa pela análise valorativa deste bem para aquela sociedade, sendo reflexo da cultura e do momento social por ela vivido. Em outras palavras, analisa-se a gravidade que a ameaça ou lesão a este bem representa para a sociedade, a danosidade social da conduta que atenta contra aquele determinado objeto de tutela, dando ensejo aos princípios da fragmentariedade e da ofensividade, que serão analisados em momento oportuno.

O outro critério a que nos referimos acima é o da *necessidade*. Aqui nos deparamos com análise obrigatória da indispensabilidade de atuação penal. A pergunta a ser feita é a seguinte: é preciso que o Direito Penal intervenha para que se alcance uma proteção eficaz de determinado bem jurídico e que se reprima as condutas que o lesam ou o colocam em perigo? A resposta passa pela análise dos princípios da subsidiariedade e da *ultima ratio*, que serão analisados em capítulo próprio.

O Direito Penal exerce (ou deveria exercer) efeito intimidatório (prevenção geral e especial), educativo e repressivo, na medida em que traduz o grau máximo de proteção de bens, e por isso deve ser utilizado apenas para a defesa dos valores sociais mais relevantes e quando os demais meios de proteção (jurídicos ou não) quedarem insuficientes.

Acompanhando a doutrina predominante, defendo a posição de que a eleição do bem jurídico penal deve ter seu fundamento na Constituição Federal e deve resguardar os valores de um Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, além das hipóteses de incriminação obrigatória impostas pelo legislador constituinte (mandados de criminalização), o legislador ordinário possui a discricionariedade de incriminar condutas que lesem ou coloquem em perigo bens jurídicos extraconstitucionais, desde tal incriminação tenha como fundamento e como limite os valores compreendidos no Texto Maior.

Questão que vem ganhando espaço referente ao tema ora abordado é a salvaguarda de bens jurídicos metaindividuais atingidos pelas novas formas de criminalidade, chegando-se a cogitar a possibilidade de abandono da função protetiva de bens jurídicos dada ao Direito penal a fim que se alcance a efetiva segurança pública.

De fato, a sociedade de risco e o “Direito Penal de Riscos” vem trazendo a relativização de certos princípios, como veremos adiante, entre eles, o da exclusiva proteção a bens jurídicos, demonstrando ser possível a incriminação de condutas que não atacam ou colocam em perigo um bem jurídico específico, apenas por conveniência política e/ou

social, retirando da teoria do bem jurídico a função limitadora do legislador penal. Como exemplos, podemos citar a incriminação da conduta de soltar balões, ainda, a incriminação da imigração.

Sob o meu ponto de vista, a incriminação de condutas que possam colocar em risco ou lesionar bem jurídico transindividual é necessária, face aos perigos surgidos juntamente com os avanços sociais e as novas formas de criminalidade. Porém, só é possível se realizada em conjunto com a flexibilização de garantias individuais, o que se justificaria pelo fato de que a lesão às garantias individuais do delinquente traz conseqüências muito menos catastróficas do que a lesão acometida contra um bem jurídico de titularidade coletiva. É o individual cedendo espaço ao coletivo, ou melhor, é o direito que todos os indivíduos possuem de conviver numa sociedade pacífica e segura prevalecendo sobre o direito individual de um delinquente. Em que pese as posições humanistas, esta afirmação atende não só a dignidade da pessoa humana, mas à dignidade de uma sociedade como um todo.

Neste ponto me parece adequado afirmar que o delito nem sempre significa uma lesão a determinado bem jurídico, mas sim ao dever imposto pela norma que tem como objetivo último salvaguardar a segurança e a paz social.

#### **4 MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO**

Como verificado no capítulo anterior, a eleição de bens jurídicos passíveis de proteção penal deve passar por uma leitura constitucional, pois é o legislador constituinte que oferece fundamentos e critérios para tanto, estabelecendo quais são os valores primordiais àquela sociedade. Sobre alguns destes valores é dada ao legislador ordinário a faculdade de protegê-lo sob o manto de uma norma penal ou não, dependendo para tanto de diversos fatores como conveniência, oportunidade, momento social, cultura, etc.

Mandados de criminalização são hipóteses em que o legislador penal não tem a faculdade, mas sim a obrigatoriedade de intervir, editando leis que regulamentam e criminalizam condutas que violam bens jurídicos que o legislador constituinte entendeu como fundamentais à realização da Justiça Social.

A Constituição Federal de 1988 traz mandados de criminalização explícitos e implícitos. Os primeiros se manifestam de forma expressa, como por exemplo, a obrigatoriedade de incriminação do racismo (art. 5º,

XLII), da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos demais crimes hediondos (art. 5º, XLIII), da ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLIV), entre outros.

Já os mandados de criminalização implícitos decorrem da análise contextual e sistemática do Texto Maior. A relevância dada pela Constituição Federal a determinado bem jurídico configura indício suficiente de merecimento de tutela penal (dignidade penal). Ainda, para que seja reconhecido um mandado implícito de criminalização, a conduta deve passar pelo crivo da danosidade social e o bem deve estar insuficientemente protegido pelos outros ramos do ordenamento jurídico.

Os comandos constitucionais de criminalização, por dependerem da atuação do legislador ordinário para produzirem todos os efeitos que lhes são atribuídos, constituem verdadeiras normas de eficácia limitada, na classificação de José Afonso da Silva (1998).

Ocorre que infelizmente não temos no sistema jurídico brasileiro um instrumento hábil a coibir a abstenção do legislador ordinário quanto ao atendimento dos mandados constitucionais de criminalização. Como instrumentos de controle judicial das omissões legislativas, contamos com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (que tem como efeito apenas a instituição do Congresso Nacional em mora), o mandado de injunção e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, de maneira que, ao final, nenhuma sanção é imposta ao legislador infraconstitucional que deixa de cumprir com o dever lhe imposto pela Constituição Federal.

Ainda, oportuno destacar que de nada adianta uma legislação penal infraconstitucional contemplar a proteção de um bem jurídico de magnitude constitucional, se o fizer de forma deficiente, não correspondendo às exigências mínimas de cautela de que o bem é merecedor, o que também se traduz em limite mínimo de valoração dado ao legislador, tema que será melhor abordado quando da análise do princípio da proporcionalidade.

A previsão de mandados de criminalização na Constituição Federal de 1988 não deixa de ser uma manifestação de um Direito Penal de emergência, vez que o legislador constituinte antecipa ao legislador infraconstitucional um mínimo de proteção obrigatória visando assegurar a realização da Justiça Social no combate às novas formas de criminalidade, mesmo que isso signifique, em última instância, a relativização de algumas garantias individuais.

## **5 REFLEXOS DAS NOVAS FORMAS DE CRIMINALIDADE NOS PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL**

Os princípios surgem como idéias primeiras, como início, como valores a serem buscados e que se irradiam sobre um sistema. Funcionam como guias, como nortes, como fontes para a busca da verdadeira justiça, atuando na criação, aplicação, interpretação e integração do direito.

Em um Estado Democrático de Direito, os princípios além de serem fundamentos informadores do Direito Penal, ainda se revestem de um caráter garantista, expressando limites à atuação estatal quando da escolha pela tipificação de uma conduta e da cominação da pena respectiva, uma vez que têm como norma hipotética fundamental a dignidade da pessoa humana, localizada hierarquicamente acima de qualquer outro preceito.

Diante das novas formas de criminalidade, os discursos mais acalorados giram em torno da flexibilização destas garantias. Para os defensores das teorias humanistas tal relativização seria inaceitável, não havendo justificativa razoável para que se abra mão de direitos individuais tão arduamente conquistados. O que a meu ver se justifica face à criminalidade ordinária.

No outro extremo nos deparamos com os defensores do funcionalismo extremado, o já mencionado Direito Penal do Inimigo de Jakobs, que defende que o sujeito que comete um delito não oferece garantias mínimas de comportamento conforme a ordem jurídica de sua sociedade e, portanto, passa a ser considerado um inimigo, perdendo todos os direitos e garantias individuais que até então lhe eram inerentes.

O fato é que flexibilização de princípios garantistas vem sendo verificada não raras vezes na tentativa de prevenção e repressão às novas formas de criminalidade, traduzindo a idéia de emergência, sendo legitimada pelo fator “risco”, atestando que o sistema punitivo vigente por vezes se mostra ineficaz.

O combate a delitos que atentem contra interesses difusos e coletivos deve passar pela relativização de direitos e garantias individuais sim, pois como mencionado anteriormente, um direito individual o

delinqüente não pode prevalecer sobre o direito coletivo de viver em uma sociedade segura e pacífica. O problema se encontra na definição dos limites para tanto.

A curvatura dos princípios garantistas em prol do combate às novas formas de criminalidade somente será legítima frente a uma situação de emergência que a justifique, sob pena de ser tida como ato arbitrário do aplicador da lei, comprometendo a segurança jurídica.

Ainda, os parâmetros a que referida relativização deve se submeter não podem ficar a cargo do bom senso, pois este nem sempre é um valor comum. Portanto, devem ser estabelecidos por lei, passando por uma leitura constitucional obrigatória, encontrando a dignidade da pessoa humana como limite máximo do flexível.

## **5.1 Princípio da Intervenção Mínima ou Necessidade**

A lei penal não é o único instrumento de proteção dos valores sociais, nem tampouco a solução para todos os problemas humanos. Por ser a esfera do Direito que possui um caráter extremamente intervencionista (no que se refere às liberdades individuais do delinqüente), deverá ser utilizado apenas em último caso, como último remédio disponível capaz de oferecer proteção àquele bem considerado essencial à vida em sociedade. Daí dizer que um Direito Penal a serviço de um Estado Democrático de Direito atua como “*ultima ratio*”.

Do princípio da intervenção mínima ou da necessidade retiramos o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal. O primeiro reside na falta de idoneidade das outras formas de defesa social e das demais vertentes do Direito em resolver o problema da proteção eficiente a determinado bem jurídico, legitimando a intervenção penal. O segundo reside no fato de que não são todos os bens jurídicos que são merecedores de tutela penal, mas tão somente aqueles essenciais ao desenvolvimento de determinada sociedade e, não são todos os ataques a bens jurídicos que legitimam a intervenção penal, mas tão somente aqueles mais graves que lesionam ou colocam em perigo o bem jurídico objeto de proteção.

Também decorre da intervenção mínima o princípio da adequação social, que visa impedir que o legislador penal tipifique conduta tida como adequada, como aceitável pela sociedade. No contexto de uma sociedade de risco, pode-se dizer que uma conduta é socialmente adequada até o ponto em que produz riscos considerados conseqüências naturais da vida em sociedade e, portanto, tolerados e permitidos, tornando desnecessária a

intervenção penal<sup>2</sup>.

Diante das novas formas de criminalidade, o legislador contemporâneo vem deixando de lado os preceitos estabelecidos pelo princípio da intervenção mínima, abusando do poder de incriminação de condutas, que apesar de discricionário, deveria ser limitado. A consequência da incriminação desenfreada de condutas que deveriam fugir da esfera penal é o inchaço do arcabouço legislativo penal, que perde gradativamente sua força intimidatória frente à população, tornando-a incrédula no que se refere ao poder sancionador do mesmo.

Ainda, o crescimento desmedido da legislação penal leva a um maior número de pessoas encarceradas, o que gera custos altíssimos para a administração pública. E, em contrapartida, na tentativa de desafogar o sistema carcerário, são editadas leis como a recém entrada em vigor n.º 12.403/2011, que coloca em liberdade pessoas presas preventivamente que cometeram crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade não superior a quatro anos. No mínimo, essas atitudes legislativas geram a incoerência interna do sistema.

Um Direito Penal pautado na intervenção mínima deve buscar a descriminalização de condutas que nos dias de hoje se mostram inaptas a causar perigo ou lesão a bens jurídicos essenciais à sociedade, e não a despenalização das mesmas, o que não resolve o problema, pois a conduta continua sendo considerada criminosa, e, apesar de desafogar o sistema carcerário, continua movimentado o Poder Judiciário.

## 5.2 Princípio da Ofensividade ou da Lesividade

Apenas a real lesão ou a colocação em perigo concreto de determinado bem jurídico caro à sociedade é que deve legitimar a intervenção penal.

O postulado em análise traduz limite ao legislador penal no que tange à incriminação de condutas inofensivas, como atos preparatórios ou apenas cognitivos, e ainda, representa requisito para a configuração da tipicidade material do delito, cabendo ao juiz desconsiderar condutas que, apesar de tipificadas, resultam irrelevantes, aplicando o *Princípio da Insignificância ou da Bagatela*.

---

<sup>2</sup> Aqui me refiro à adequação social no contexto da tipicidade formal, pois o argumento de atipicidade material por adequação social da conduta não pode ser admitido como justificativa para práticas delituosas.

Aqui deve ser esclarecido que, apesar de caber ao legislador a missão de escolha dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal, caberá ao órgão judicante determinar, utilizando-se de razoabilidade e responsabilidade, se a conduta é merecedora ou não de pena, sem que isso signifique descaso ou desacato à atividade legiferante, mas sim um reajuste prático na tentativa de minimizar o descompasso existente entre a legislação penal e a danosidade real da conduta.

A criminalidade que atenta contra interesses metaindividuais vem gerando a prospecção da legislação penal, ou seja, a previsão legislativa de situações que autorizam a ingerência penal antes da exteriorização da conduta ou pelo simples fato de ser ela representativa de um perigo futuro. Em outras palavras, a intervenção penal vem sendo legitimada numa fase pré-delitual, incriminando condutas que carregam consigo a probabilidade de produzir um resultado lesivo, bastando o risco (efetivo ou presumido) para que se consuma o delito. Verifica-se, em algumas situações, a substituição do princípio da ofensividade pelo Princípio da Precaução.

Questão altamente relevante sobre o tema é quanto à constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, defendendo alguns autores que este tipo de incriminação representa desrespeito ao princípio da ofensividade. A meu ver, apesar da discordância de boa parcela da doutrina, por ser o Direito Penal o meio mais agressivo de intervenção nas liberdades individuais, este tipo de incriminação é o único recurso disponível que viabiliza a proteção real e efetiva de determinados bens jurídicos, seja pelo resultado catastrófico que determinadas condutas podem gerar, seja pela irreversibilidade do dano que estariam aptas a causar. A título de ilustração, cito a clonagem humana e a utilização incorreta de energia nuclear, que podem colocar em risco até mesmo a manutenção da espécie humana.

Isso não quer dizer que toda e qualquer conduta que represente um perigo a algum bem jurídico deve ser incriminada, mas tão somente aquelas em que o perigo é tamanho, que justifique a antecipação da tutela penal. Ainda, esta e qualquer outra incriminação devem ser pautadas nos demais princípios informadores de um Estado democrático de Direito e ter como limite a dignidade da pessoa humana.

### **5.3 Princípio da Culpabilidade**

O princípio da culpabilidade traduz juízo de reprovabilidade,

delimitando a responsabilidade do indivíduo delinqüente através da análise de sua imputabilidade, da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de uma conduta diversa daquela praticada. Ainda, fundamenta o caráter retributivo da pena, servindo como parâmetro de dosagem da mesma, na medida em que sua gravidade e duração devem corresponder à gravidade da ofensa ao bem jurídico penalmente protegido, refletindo a preocupação com a reinserção social do condenado.

Dependendo do conceito analítico de crime adotado a culpabilidade pode constituir o terceiro elemento constitutivo do crime, juntamente com a tipicidade e a ilicitude (teoria tripartida), ou, para os defensores da teoria bipartida, pela qual o crime constitui fato típico e ilícito, a culpabilidade configura pressuposto para a aplicação da pena.

Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya (2007) entendem que decorrem do princípio da culpabilidade: a) *responsabilidade subjetiva* (vinculação subjetiva entre o autor e o fato); b) *responsabilidade pelo fato* (a culpabilidade deve ser considerada característica do sujeito em relação ao fato por ele praticado, e não um juízo de reprovação dirigido ao autor pelo que ele é); c) *presunção de inocência* (até que venha a comprovação de sua culpabilidade o sujeito não é considerado autor do delito); d) *individualização de pena* (a culpabilidade deve ser aferida individualmente).

O princípio da responsabilidade pelo fato é o que vem sofrendo maiores ataques na tentativa de combate às novas formas de criminalidade, fazendo ressurgir discussões a respeito do Direito Penal do autor como decorrência lógica da adoção do Direito Penal do Inimigo, que reprova a personalidade, o caráter do sujeito e não o ato por ele praticado.

Parte da doutrina moderna clama pela utilização da periculosidade do delinqüente como parâmetro de medida de punição. Assim, quanto maior a inadequação à vida social demonstrada pelo sujeito, maior a medida punitiva que deve ser a ele aplicada, preventivamente, na tentativa de proteção antecipada a bens jurídicos essenciais à sociedade.

Como dito anteriormente, a antecipação da tutela penal se justifica em face de situações de tamanha emergência que o Direito Penal exprima o único meio capaz de oferecer efetiva proteção a bens jurídicos, ainda que isso signifique o balizamento da tipificação na periculosidade do sujeito, ou seja, na probabilidade da pessoa vir a ser autora de um delito.

Demonstra-se possível a convivência harmônica da culpabilidade e da periculosidade na medida em que a primeira atua como elemento constitutivo dos tipos pertencentes ao grupo da criminalidade ordinária (reprovabilidade); e a segunda, atua como fundamento justificante da antecipação da tutela penal na tentativa de combate às novas formas de criminalidade que atentem contra interesses metaindividuais, tendo em vista que, por vezes, devido à gravidade das conseqüências que o cometimento do delito pode trazer, não se pode esperar a ocorrência do mesmo para só então se pense em uma punição. Como exemplos que justificariam a antecipação da tutela penal com base na periculosidade do sujeito se enquadram a associação a organização terrorista, a ameaça de estouro de uma bomba nuclear, entre outras, situações que demonstram que o sujeito é suficientemente perigoso a ponto de justificar uma intervenção estatal prévia no seu mais alto grau de agressividade, o Direito Penal.

Outro reflexo da tentativa de combate às novas formas de criminalidade, em especial aos crimes que atentam contra a ordem econômica e contra o meio ambiente, é a possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas.

Em que pese a disposição constitucional e as disposições legais que vigoram em nosso ordenamento jurídico, a pessoa jurídica não pode cometer delito, por ser destituída de consciência e de vontade. Assim, não havendo a possibilidade de se apurar a culpabilidade, ou seja, a presença de dolo ou culpa, estar-se-ia admitindo a responsabilidade objetiva. Ainda, a admissão da possibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica ofenderia a outros dispositivos constitucionais, tais como a legalidade, devido processo legal, a pessoalidade, a individualização da pena, entre outros (SIRVINSKAS, 2004).

É certo que o direito deve se adaptar às transformações sociais para não atuar em sentido contrário ao seu desenvolvimento, porém exageros sem a menor eficácia prática, como no caso de responsabilização criminal da pessoa jurídica, levam a um direito penal simbólico e desacreditado. Sanções administrativas alcançariam o objetivo proposto, pois de aplicação compatível à natureza de entes coletivos. Como exemplos, cito o pagamento de multa, obrigação de custear pesquisas, suspensão por tempo indeterminado de suas atividades ou interdição do estabelecimento até que se adeque à regulamentação, a proibição de receber investimentos financeiros e tecnológicos, entre outras, sem prejuízo da responsabilização penal das pessoas físicas

envolvidas.

#### 5.4 Princípio da Proporcionalidade

O princípio em questão revela a busca pela justa medida da sanção, pelo equilíbrio entre meios e fins, no sentido de que a relevância do bem jurídico atingido ou colocado em perigo enseja a graduação da reprovação social da conduta e conseqüentemente da sanção a ser imposta pelo Estado.

Seu conteúdo deve ser levado em conta tanto no momento de formulação da lei, em que o legislador comina o máximo e o mínimo de sanção passível de ser aplicada, quanto no momento em que se dá concretude à mesma, cabendo ao Estado-juiz estabelecer a quantidade de pena a ser aplicada ao caso concreto.

Luciano Feldens (2005) sugere que a análise da proporcionalidade deve passar por três fases distintas. A primeira seria a da *adequação* do meio, na qual se analisa se mediante sua utilização torna-se possível atingir o resultado almejado. A segunda seria a da análise da *necessidade* do meio, na qual se verifica se o legislador teria outra opção sancionatória, de mesma efetividade, e que representasse menor intervenção nas liberdades individuais. A terceira seria a análise da denominada *proporcionalidade em sentido estrito*, que analisaria se a gravidade da sanção é equivalente à gravidade da lesão ou perigo sofrido pelo bem jurídico.

Por outro foco, além de figurar como limite ao *jus puniendi* estatal obstando excessos sancionatórios quando da elaboração das leis e quando de aplicação das mesmas aos casos concretos, o princípio em questão configura parâmetro mínimo a ser observado pelo Poder Legislativo, na medida em que proíbe que sejam insuficientemente protegidos direitos que o legislador constituinte elegeu como essenciais, implícitos ou expressos nos mandados de criminalização já vistos anteriormente.

Como não poderia deixar de ser, a proporcionalidade não resta incólume frente às novas formas de criminalidade. A pergunta que se faz é: tendo em vista os direitos e garantias individuais previstos no nosso ordenamento, qual seria a sanção adequada, necessária e proporcional a ser prevista e aplicada a um sujeito que por meio de um ato criminoso pode matar milhões de pessoas ou até mesmo erradicar a espécie

humana? Não consigo pensar em uma resposta penal suficientemente adequada que não fira de morte todos os princípios até então estudados.

## 5.5 Princípio da Legalidade

Previsto expressamente na Constituição Federal (art. 5º, inc. XXXIX) e no Código Penal (art. 1º), o princípio da legalidade implica na assertiva de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Deste corolário podemos retirar quatro desdobramentos limitadores do poder punitivo estatal, que determinam que a lei penal deve ser prévia, escrita, estrita e certa. Nesse sentido, escrevem Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya (2007): “[...] as exigências que derivam da *lex praevia*, *lex scripta*, *lex stricta* e da *lex certa* constituem todo um referente garantista que confronta a vocação arbitrária do Estado.”

Lei prévia significa lei anterior ao acontecimento tipificado como delituoso. Trata-se do princípio da anterioridade penal, que permite ao indivíduo saber antecipadamente quais fatos são tidos como delituosos e quais as penas que lhe são cominadas. Veda-se ainda a retroatividade da lei penal mais gravosa.

Lei escrita traduz o princípio da reserva legal ou reserva absoluta de lei, pelo qual somente a lei (emanada do Poder Legislativo) pode tipificar condutas, excluindo-se assim a possibilidade de tipificação por costume, por medida provisória ou qualquer outro meio que não seja a lei em sentido estrito.

O terceiro desdobramento do princípio em análise é a necessidade de a lei penal incriminadora ser estrita, afastando a admissibilidade da analogia no Direito Penal, sendo esta admitida apenas em caráter excepcional quando sua aplicação trouxer algum benefício ao delinqüente.

Por fim, exige-se que a lei penal seja certa, ou seja, que seja clara e precisa no que tange ao fato incriminado e à sanção a ele cominada, delimitando assim seu alcance. Trata-se do princípio da taxatividade, imprescindível para que haja segurança jurídica, configurando arma a favor do cidadão contra o arbítrio do Órgão Julgador.

As exigências sociais modernas trazidas pelas novas formas de criminalidade levam a dogmática penal ao seguinte impasse: preservação da segurança jurídica por meio da aplicação rígida do princípio da

legalidade ou busca pela justiça material e eficácia do Direito Penal diante de um caso concreto, sendo preciso para tanto a flexibilização do princípio da legalidade permitindo a descrição vaga de crimes e o aumento do número de tipos penais abertos.

O que vem se notando não raras vezes é que na busca pelo efetivo combate à criminalidade difusa, o Poder Legislativo vem se utilizando de termos ambíguos, de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados na tipificação de condutas, termos estes que exigem valoração do Órgão Julgador, dando margem ao arbítrio.

Como já mencionado em outras oportunidades, inclino-me no sentido de que a flexibilização de garantias individuais, entre elas o princípio da legalidade, se mostra legítima na medida em que demonstra, dada a urgência, ser a única forma de efetiva proteção a bens jurídicos transindividuais, tendo como limite a dignidade da pessoa humana, fundamento maior do Estado Democrático de Direito.

Outro ponto que merece destaque atinente ao princípio da legalidade é o fato de no Brasil não ser adotado o princípio da codificação, pelo qual todo bem jurídico relevante deve ser protegido pelo Código Penal, o que o tornaria muito extenso e de difícil atualização, mas em contrapartida proporcionaria um sistema punitivo coerente, onde cada bem jurídico exerce um papel determinado.

A legislação extravagante trata de temas de forma específica, acompanhando o momento próprio da sociedade, gerando, por vezes, a inflação legislativa.

A concepção de codificação traz a idéia de segurança jurídica. Assim, a legislação extravagante configura medida de emergência, pois reconhece a insuficiência do Código Penal quanto a salvaguardar determinados bens jurídicos diante daquele momento social.

## **5.6 Princípio da Humanidade**

O mandamento em questão diz respeito às penas, em especial as privativas de liberdade. Reflexo do iluminismo, a proibição de submissão de indivíduos a penas cruéis, desumanas e degradantes passou a ser prevista na maioria das Constituições e também em diplomas internacionais, como na Declaração dos Direitos do Homem aprovada na assembléia Geral da Organização das Nações Unidas.

Importante ressaltar que apesar de dever respeito ao princípio da humanidade, não há que ser obstado da sanção o seu caráter aflitivo, sob

pena de desqualificar seu valor retributivo, pelo qual a sociedade responde aos danos que sofreu com o cometimento de um delito; e ainda seu caráter intimidatório (preventivo). Porém, este caráter retributivo da pena, mais especificamente das privativas de liberdade, não torna legítimo o estado deplorável em que se encontra nosso sistema carcerário, verdadeiras masmorras onde os detentos não possuem a menor condição de higiene e saúde, o que acaba por comprometer o objetivo ressocializador das penas, pois hoje em dia o sujeito que cumpre pena de prisão é entregue de volta à sociedade ainda mais marginalizado, degradado e dessocializado do que quando lá entrou.

Reflexo da tentativa de combate às novas formas de criminalidade que atinge o princípio ora em análise é a instituição do Regime disciplinar Diferenciado (Lei 10.793/2003), que alterou o art. 52 da LEP.

Apesar do grande esforço dos operadores do Direito Penal adeptos das correntes mais humanitárias, no sentido de declarar o RDD inconstitucional por ferir o princípio ora em estudo, a individualização das penas, o caráter ressocializador das mesmas, entre outros argumentos, avaliando a incompetência estatal no que tange à concreção de políticas de segurança pública, o Regime Disciplinar Diferenciado vem se mostrando instrumento hábil a pelo menos dificultar a operacionalização das atividades de grandes organizações criminosas, devendo ser mantido enquanto existentes os riscos delas advindos.

## CONCLUSÃO

1 O maior desafio da Dogmática Penal tradicional nos dias de hoje é encontrar mecanismos de combate às novas formas de criminalidade sem abrir mão dos seus postulados garantistas, sob pena de afronta ao Estado Democrático de Direito.

2 Os avanços sociais trouxeram consigo riscos que a própria sociedade não está disposta a assumir, face às conseqüências desconhecidas, imensuráveis e irreversíveis que podem produzir. Tal fato justifica e legitima a intervenção penal de maneira antecipada e excepcional, desde que demonstre ser a única forma de controle social apta a oferecer proteção a bens jurídicos difusos e coletivos.

3 Alguns princípios constitucionais que revelam garantia ao cidadão contra a utilização desenfreada do poder punitivo estatal vêm

sendo flexibilizados pelo legislador ordinário na tentativa de prevenção e repressão à criminalidade difusa, o que atesta a insuficiência e ineficácia do sistema punitivo vigente.

4 A relativização de direitos e garantias de homem só pode ser admitida em caráter excepcional, frente a situações de extrema urgência que a justifique, e ainda, ter como limite máximo a dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998. Título original: Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. In: \_\_\_\_\_; CONDE, Francisco Muñoz Conde. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CARVALHO, Márcia Domitila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o direito penal de seu**

- tempo.** Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- FELDENS, Luciano. **A constituição penal:** a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- GOMES, Luiz Flávio. YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário.** Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- JAKOBS, Gunther. CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo:** noções e críticas. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.
- MARINHO, Alexandre Araripe. FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Direito penal:** teoria do delito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo.** Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. vol 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. (Série Ciência do Direito Penal Contemporâneo).
- MOCCIA, Sérgio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 7, n. 25, 1999.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** São Paulo: Atlas, 2005.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo:** a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico penal e constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PUIG, Santiago Mir. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: José Maria Bosch, 1992.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal do inimigo: ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br>>. Acesso em: 25 mar. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra individual: interesses difusos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Tutela penal do meio ambiente**. São Paulo. Saraiva, 2004.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

Supremo Tribunal Federal. Informativo 583. **Hábeas Corpus** 90075/SC. Relator Ministro Eros Grau. Julgamento em 20 de abril de 2010.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.