

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL X EXPANSÃO DA TUTELA PENAL: (RE)VISITANDO O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Ana Claudia da Silva Abreu.

Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Douglas Rafael Schinermann Santos.

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajáí – Univali.

Resumo: O neoconstitucionalismo, aplicado ao Direito Penal, com aporte no princípio da legalidade estrita oferece a limitação necessária e adequada à expansão da tutela penal.

Palavras-chave: Expansão Penal. Neoconstitucionalismo. Princípio da Legalidade.

Abstract: The neo-constitutionalism applied to the Criminal Law, based on the principle of strict legality provides the limitation necessary and appropriate to the expansion of the criminal code.

Key-words: Criminal expansion. Neo-constitutionalism. Principle of Legality.

INTRODUÇÃO

O escopo desse trabalho é defender a Constitucionalização do Direito Penal, ferramenta salutar para a contenção da expansão da tutela penal. Como a criminalização e a penalização das condutas deve observar o primado da legalidade, objetivou-se (re)avaliar referido princípio, a partir do viés garantista.

Para realizar esse estudo, o trabalho foi dividido em três pontos.

Foi necessário apurar, inicialmente, como sucede esse fenômeno de alargamento do Direito Penal. Além disso, imperativa a análise das consequências dessa expansão, sobretudo na violação de garantias fundamentais, exacerbação das penas e inflação legislativa.

O segundo ponto dedica-se a abordar o neoconstitucionalismo, seu surgimento e paradigma filosófico e suas principais características, para então se preocupar com a defesa da Constitucionalização do Direito Penal. Por fim, o terceiro ponto, apresenta o princípio da legalidade estrita como uma baliza imprescindível a essa expansão.

DO DIREITO PENAL DO TERROR E A EXPANSÃO LEGISLATIVA

Fomentada pela mídia, que discursivamente e com muita eficiência difunde o medo e a violência, a sociedade sente-se insegura, desprotegida, comungando de um discurso comum,

de que o Direito Penal seria muito brando, que se deve punir mais e melhor. A atuação penal acaba se apresentando como a (maior) e melhor solução, cabível a todos os males sociais.

Esse discurso pela punição, pela lei e pela ordem, encontra seu destinatário principal, o legislador que, no afã de conquistar votos, responde com uma legislação penal de emergência, a qual, na grande maioria das vezes, sequer é objeto de reflexão. Em tempos de eficientismo neoliberal, a resposta deve ser a mais rápida possível, ainda que meramente simbólica¹:

Vale dizer, por meio da edição e aplicação das normas penais, se objetivaria criar uma impressão de segurança jurídica – abalada pela ocorrência de certas infrações, em geral, delitos que provocam comoção social em razão do extraordinário grau de perversão de que revestem –, de modo a se restabelecer, ao menos retoricamente, o *status quo ante*.

Destarte, o Direito Penal, além de não realizar efetivamente as funções declaradas – proteção de bens jurídicos – desempenha, na verdade, uma função simbólica, não declarada e apresenta-se como a *prima ratio*, tudo em conformidade com os interesses dominantes.

Um dos seus alicerces seria, por assim dizer, a sociedade de riscos. Esse (novo) modelo social é composto por uma sociedade global, que desconhece as fronteiras tradicionais, em que uma comunicação de massa está em toda parte, preocupada com (os riscos) futuro(s). Além disso, novas relações e novos bens jurídicos surgem e a partir deles, obviamente, aumenta-se a demanda pelo Direito Penal como um instrumento de tutela.

Transformado na principal ferramenta de controle social, esse Direito Penal máximo leva, necessariamente, ao incremento das penas, à introdução de novos tipos penais, à limitação de garantias, à proliferação de crimes de mera conduta e de perigo abstrato.

Proliferam-se leis que visam tão somente atender a esses anseios sociais por punição²:

a) incrementação da criminalização a partir da proliferação de bens jurídicos de natureza coletiva, intangíveis ou abstratos; b) criminalização de atos de mera conduta que presidem da efetiva lesão aos bens jurídicos tutelados; c) antecipação da intervenção penal ao estágio prévio à efetiva lesão do bem jurídico, generalizando-se a punição de atos preparatórios, como, por exemplo, a associação criminosa; d) ampliação da discricionariedade das autoridades policiais; e) aumento indiscriminado do limite de tempo da pena de prisão; f) alterações nas regras de imputação e no sistema de garantias penais e processuais, a partir da proliferação de tipos penais pouco precisos e de leis penais em branco, bem como da introdução da ideia de efetividade como princípio norteador do processo penal, ainda que à custa da flexibilização, senão da supressão, das garantias dos acusados.

¹ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2005. p. 52.

² CALLEGARI, André Luiz; WEBBER, Suelen. O mito de punir mais é melhor: reflexos da expansão do Direito Penal fomentada pela mídia. **Ibccrim**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 20 de ago. de 2013.

Importante ressaltar a observação de Silva Sanches³, segundo a qual o Direito Penal moderno, no afã de atender às demandas por segurança tão caras a essa sociedade de riscos, expande-se de forma a configurar-se a partir de três velocidades. A mais gravosa é a terceira: um Direito Penal baseado especialmente em penas privativas de liberdade, mas que, mesmo assim, permitiria ampla relativização das garantias, um modelo de Direito Penal do inimigo.

Ora, como permitir, em um Estado Democrático de Direito a convivência com esse modelo (antidemocrático) de Direito Penal? Estar-se-ia vivendo em um Estado Democrático de Direito – formalmente – mas que tem se apresentado como um Estado de Direito Penal Máximo, com verdadeiras características de um Direito Penal do Inimigo?

Considerando, portanto, o arbítrio do Estado no exercício dessa atividade legiferante, sem olvidar-se, contudo, da função a ser desempenhada pelo juiz quando da aplicação dessas leis, ressalta-se salutar o novo papel do princípio da legalidade, ou seja, uma garantia de limitação não apenas formal, mas, sobretudo, material, em respeito à Constituição Federal.

NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

O neoconstitucionalismo, enquanto fenômeno jurídico-constitucional, não contém um conceito determinado, uma concepção clara e coesa, conquanto várias visões sobre o mesmo fenômeno jurídico⁴. Ratificando essa observação Humberto Ávila⁵ aduz que:

É certo que não há apenas um conceito de “neoconstitucionalismo”. A diversidade de autores, concepções elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do “neoconstitucionalismo”. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural “neoconstitucionalismo(s)”.

Fundamental uma breve digressão histórica à melhor compreensão desse fenômeno.

Com a concretização dos ideais iluministas a partir da Revolução Francesa (1798), surge o Estado Moderno – Estado de Direito, em que lei aparece como a racionalização dos

³ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009. p. 19-20. A primeira velocidade é representada pelo Direito Penal tradicional, fundado na pena privativa de liberdade como a regra e, por conseguinte, limitado pelas garantias penais e processuais penais. A segunda velocidade, por sua vez, alicerçada em medidas alternativas à pena de prisão prescinde de tantas garantias, sob o fundamento de que, por evitar o cárcere, permitida estaria a flexibilização de garantias.

⁴ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **BDJur**, Brasília, DF, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 out. 2011. p. 02.

⁵ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “direito da ciência”. **BDJur**, Brasília, DF, mar. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 out. 2011. p. 01.

direitos naturais (jusracionalismo), servindo como um meio garantidor da segurança jurídica e, sobretudo, como limite às ingerências antidemocráticas do Estado.

Instaura-se, portanto, a partir desse cenário, o positivismo jurídico⁶, fruto de várias influências⁷, que vão muito além dos ideais iluministas. Inicia-se, assim, um período em que o legislador reinava como absoluto, pois cabia a ele o poder de dizer o direito, reduzido à lei. Não se discutia acerca do conteúdo da norma – validade material – haja vista, sobretudo, a separação entre Direito e moral; o ordenamento era considerado livre de lacunas, “a lei, compreendida como corpo de lei ou como Código, era dotada de plenitude e, portanto, sempre teria que dar resposta aos conflitos de interesses”.⁸

A Constituição, por sua vez, era um instrumento meramente programático, sem qualquer força normativa, uma vez que todos os direitos nela descritos e previstos só tinham uma proteção efetiva a partir do momento em que eram previstos na legislação.

Ante a decadência do modelo positivista e em substituição ao desprestigiado Estado Legalista, já no final do século XX, tem-se o Estado Constitucional de Direito, fundado em uma rígida Constituição, que passa a irradiar sua força normativa e cogente a todos os ramos do Direito⁹. Canotilho¹⁰ assevera que: “para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático”.

⁶ BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 25-26. Destaca os pontos fundamentais do Positivismo Jurídico e as teorias daí advindas, quais sejam: a abordagem avaliativa do Direito (validade formal); sua definição a partir do seu poder de coação (teoria da coatividade), tendo a lei como sua fonte exclusiva, cabendo à doutrina e à jurisprudência um papel meramente contemplativo e descritivo (legislação como fonte proeminente do Direito). A norma é um comando (teoria imperativista), devendo ser obedecida enquanto tal, porque vigente e, considerada um componente de um ordenamento jurídico sem lacunas e/ou antinomias (completude e coerência do ordenamento jurídico), cabendo ao intérprete uma interpretação literal, sem juízos de valor (teoria da interpretação mecanicista do Direito).

⁷ A Escola da Exegese estabelece o culto ao direito positivado através de uma interpretação meramente literal, abstraída de ingerências sociais ou morais, além da crença em um ordenamento jurídico completo. A Escola Histórica do Direito (movimento do Direito Alemão construído em total repúdio ao movimento codificador em ascensão na França) também contribuiu à estruturação do positivismo, sendo responsável pela dessacralização do direito natural, o que foi fundamental para essa nova concepção jusracional do direito. Por fim, o Positivismo Científico veio ao encontro do Direito de forma a possibilitar o viés metodológico necessário para essa nova corrente, ou seja, permitir uma análise avaliativa do Direito, assim como as ciências físico-naturais, cabendo ao intérprete uma atitude neutra perante o objeto de estudo – a norma. Atribuía-se demasiado valor à racionalidade, tudo passou a ser considerado ciência – com efeito, a ciência era o único conhecimento válido.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Constitucional. **BDJur**, Brasília, DF, mar. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 5 mar. 2012. p. 12.

⁹ A decadência do positivismo em muito se deveu aos movimentos políticos e militares que ascenderam ao poder, (notadamente o nazismo na Alemanha e o Fascismo na Itália) cometendo inúmeras barbáries em nome da lei. Ao final da Segunda Guerra, percebeu-se que um sistema indiferente a fatores éticos/morais, e baseado em leis que serviam de molduras legitimamente constituídas para conteúdos diversos, necessitava de transformação.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 92.

As normas constitucionais passaram a ter caráter vinculativo, superando a imagem fraca da juridicidade constitucional (característica do período liberal-positivista)¹¹. As leis infraconstitucionais passam a ser analisadas a partir da sua (in)compatibilidade com o texto constitucional. Conforme assevera Marinoni: “Essas Constituições (...) passaram a ser vistas como dotadas de plena eficácia normativa. A lei, dessa forma, perde o seu posto de supremacia, passando a se subordinar à Constituição¹²”.

As Constituições, através de sua força normativa, representam o instrumento supremo de efetivação desse Estado Democrático, além de atuar como limite ao legislador, vinculam o mesmo às suas normas, exercendo, efetivamente, um papel de protagonista. Um modelo de Estado meramente negativo – atua pela imposição de limites ao seu poder – passa a ser insuficiente e é substituído por um Estado positivo, capaz de garantir, efetivamente, as garantias, direitos e liberdades fundamentais previstos em seu texto constitucional.

O marco filosófico do neoconstitucionalismo é o pós positivismo, uma corrente que abriga tanto características do positivismo quanto do jusnaturalismo. Barroso¹³ expõe:

O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.

Ante a ineficácia do modelo positivista na eficaz proteção dos direitos e garantias fundamentais, fica claro que a análise das leis destituídas de valoração deveria ser abandonada. Sem abrir mão da garantia e certeza que o positivismo é capaz de fornecer, conforme assevera Barroso¹⁴ que:

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.

¹¹ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 28.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Constitucional. **BDJur**, Brasília, DF, mar. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 5 mar. 2012. p. 29.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 247.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A Nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Ana Paula Barcellos et al. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 28.

Assim, nasce a concepção de que a norma jurídica é constituída por um conjunto de regras e princípios¹⁵, sendo que, esses últimos, deixam de ser tomados apenas como meras diretrizes, passando a desempenhar uma eficácia normativa, destacando-se, sobretudo, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade (ou razoabilidade).

Barroso¹⁶, em relação ao princípio da dignidade humana, leciona: “no seu âmbito se inclui a proteção do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral”.

A definição do que seja o princípio da proporção/razoabilidade é uma atividade complexa. Em verdade, embora parte da doutrina faça distinções entre um e outro, ambos guardam conexão ou similitude em suas essências. Têm a mesma finalidade (a depender da área em que sejam aplicados), de elencar os meios mais adequados aos fins almejados, verificando se os resultados produzidos estão conforme um juízo de razoabilidade¹⁷.

Neste modelo (pós-positivista) houve o reconhecimento normativo dos princípios informadores dos valores sociais (notadamente os princípios de justiça) e da autoridade dos direitos fundamentais¹⁸, cabendo ao Estado Constitucional de Direito aplicar a lei, conforme esclarece Schier¹⁹, enquanto “sistema aberto de regras e princípios, que permite pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa em diálogo com as realidades social, política e econômica”.

A partir do princípio da conformidade – material – de todos os atos normativos com a Constituição, advém a teoria neoconstitucionalista, em que o sistema jurídico não é composto apenas de regras, mas de valores, que encontram guarida na Constituição – “eixo central de todo o ordenamento constitucional e de todo o ordenamento jurídico²⁰”.

Finalmente, a partir da mudança paradigmática do Direito Constitucional, também houve uma mudança estrutural na forma de interpretar a Constituição e as premissas que compunham o modelo clássico de interpretação mudaram. Destaca-se, nesse sentido, o surgimento da técnica de ponderação.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito : o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **BDJur**, Brasília, DF, jul. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 jan. 2012.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 253.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso** ... p. 258-259.

¹⁸ MARINONI, L. G. A Jurisdição no Estado Constitucional. **BDJur**, Brasília, DF, mar. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 5 mar. 2012. p. 31.

¹⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios na filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **BDJur**, Brasília, DF, abr. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 jan. 2012. p. 02.

²⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios na filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **BDJur**, Brasília, DF, abr. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 jan. 2012. p. 02.

Nos escritos de Alexy *apud* Cademartori²¹:

Quando se depara com a colisão de princípios, o intérprete deverá valer-se de um critério hermenêutico de ponderação dos valores *jusfundamentais* que Aléxy denomina de “máxima da proporcionalidade” a qual é composta de três máximas parciais: **adequação**, que ao estabelecer a relação entre o meio empregado e o fim atingido, mede seus efeitos a partir de hipóteses comprovadas ou altamente prováveis; **necessidade**, que estabelece que a medida empregada (vale dizer, a norma) deve considerar, sempre, o meio mais benéfico ao destinatário, e **proporcionalidade em sentido estrito** que é a ponderação com base nos valores *jusfundamentais* propriamente ditos (...) as decorrências sociais do caso concreto face aos dois critérios de adequação e necessidade, antes observados, que influirão na escolha do princípio que deva prevalecer naquela situação.

A ponderação surge, então, como técnica de interpretação e, portanto, de decisão.

Dessa forma, a partir do neoconstitucionalismo, o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais passam a orientar a atividade legislativa, de modo que os ditames constitucionais se irradiem a todos os ramos do Direito.

Pode-se pensar (ou sonhar), portanto, com um Direito Penal Constitucional, formado pela união harmônica de valores, princípios e regras abrigados na Constituição e, assim, de superior hierarquia (formal e material), os quais garantiriam uma compreensão democrática do Direito Penal. A carga normativa nas normas penais previstas na Constituição Federal atuaria como um limite necessário ao legislador e ao intérprete, quando da seleção dos bens jurídicos penalmente relevantes ou quando da análise da necessidade da tutela penal (pena).

É possível afirmar que, em decorrência do neoconstitucionalismo, a Constituição Federal, além de exercer importante papel na limitação do poder punitivo estatal, também contém mandados (expressos e implícitos) de (des)criminalização e (des)penalização.

Os princípios da dignidade da pessoa humana – art. 1º, inciso III; da legalidade – art. 5º, inciso XXXIX e da culpabilidade – art. 5º, inciso LVII possuem carga axiológica e normativa, formando um tripé estruturante desse sistema constitucional penal. Desse núcleo principiológico, decorre outro grupo de princípios e, por fim, as regras penais (constitucionais e infraconstitucionais) que devem guardar observância material com todos esses princípios.

Além de um representar um princípio fundante, da legalidade derivam os princípios da irretroatividade da lei penal; da insignificância, da adequação social, da alteridade, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da ofensividade ou lesividade, da intervenção mínima.

²¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica Principiológica e Colisão de Direitos Fundamentais: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas*. Univali, Itajaí, SC, 2006. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index>>. Acesso em 5 mar. 2012. p. 05.

Discorrendo sobre a influência do neoconstitucionalismo à legalidade, Marinoni²²:

Mas, se essa nova concepção de direito ainda exige que se fale de princípio da legalidade, restou necessário dar-lhe uma nova configuração, compreendendo-se que, se antes esse princípio era visto em uma dimensão *formal*, agora ele tem um conteúdo *substancial*, pois requer a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais.

A partir desse modelo, demanda-se a necessária filtragem constitucional, sobretudo do Direito e do Processo Penal, em conformidade não apenas com a realidade normativa – Legislação Vigente – mas, sobretudo, uma análise axiológica a partir da Constituição.

Foi necessária essa incursão histórica e filosófica para se poder compreender o princípio da legalidade como um instrumental metodológico do neoconstitucionalismo e, sobretudo, (re)avaliar essa garantia a partir do Direito Penal Constitucional.

(RE)VISITANDO O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Tarefa árdua é a definição de delito. Passando por uma conceituação legal – crime é o que a lei diz ser crime; pela análise material de delito – como lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico; chegou-se, finalmente, ao conceito estratificado ou analítico de crime, o qual, por sua vez, é integrado por variadas correntes, bipartidas – fato típico e ilícito; tripartidas – fato típico, ilícito e culpável (podendo a culpabilidade, a depender da corrente, ser substituída pela punibilidade); e até mesmo quadripartidas – fato típico, ilícito, culpável e punível.

Enfim, independente da corrente analítica escolhida há uma certeza: a tipificação de uma conduta nada mais é um do um juízo de valor, ou melhor, de desvalor, ou seja, segundo um juízo de interpretação elege-se determinados fenômenos à categoria de infração penal (crime ou contravenção). Deste modo, não existe o crime enquanto uma categoria ontológica – ser – o crime nada mais é do que uma convenção efetuada pelo legislador.

Considerando, ainda, que não há crime sem lei anterior que o defina e que a eleição de determinados comportamentos como condutas criminosas é uma convenção legal, de suma importância o papel do princípio da legalidade no Direito Penal Constitucional e, sobretudo, como um limite à expansão da tutela penal, para que evite que determinadas condutas sejam eleitas à categoria de delito ou que sejam descriminalizadas, por razões de mera conveniência.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 46.

Como assenta Giacomolli²³: “O princípio da legalidade, (...), é típica expressão da ideia de Estado de Direito e determina que este há de proteger o indivíduo não só por meio do Direito Penal, como também em face do Direito Penal”.

Ora, a Constitucionalização do Direito Penal requer, além da legalidade formal – lei em sentido estrito, formalmente válida (reserva legal) e anterior ao fato (anterioridade) – a legalidade material ou estrita, “que exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal²⁴” – reserva absoluta de lei, entendida em seu sentido substancial. Assevera Giacomolli²⁵, sobre a atuação do princípio da legalidade como garantia:

Desse princípio se inferem três garantias básicas de direito material: criminal (tipicidade), penal (sanções) e penitenciária (execução penal) e uma processual: jurisdição. Portanto, é o princípio da legalidade que serve de fundamento ao limite da potestade punitiva, como limite do poder político jurídico, mas não dos direitos e das garantias, do *status libertatis*.

Nesse sentido, fundamental a análise do princípio da legalidade a partir do paradigma garantista, apresentando-se o princípio da legalidade estrita, conforme assevera Ferrajoli²⁶ como “a garantia estrutural que diferencia o direito penal no Estado de ‘direito’ do direito penal dos Estados simplesmente ‘legais’, nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei”.

Segundo o paradigma garantista, conforme estabelece Ferrajoli, o princípio da legalidade estrita ocupa um lugar central no sistema de garantias e compõe-se dos seguintes princípios: 1) princípio da necessidade – A3; 2) princípio da lesividade – A4; 3) princípio da materialidade ou exterioridade da ação – A5 e 4) princípio da culpabilidade – A6²⁷.

A legalidade estrita realiza, portanto, a Constitucionalização do Direito Penal, a partir do momento em que aliada, ao paradigma garantista e baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais, impõe um condicionamento formal e material das práticas jurídicas (legislativas, judiciárias e executivas) aos conteúdos constitucionais, cominando uma verdadeira filtragem constitucional das normas penais.

²³ GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade no direito penal alemão: um exemplo a ser seguido (?) **Dr. Nereu José Giacomolli**. Disponível em: <http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=6>. Acesso em 12 de ago. de 2012.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 93.

²⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade no direito penal alemão: um exemplo a ser seguido (?) **Dr. Nereu José Giacomolli**. Disponível em: <http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=6>. Acesso em 12 de ago. de 2012.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 349.

²⁷ Sem olvidar-se, contudo, das garantias processuais salutares para a concretização de um processo penal democrático. Haja vista o enfoque do trabalho, essas garantias não serão analisadas.

Dito isto, é possível analisar a primeira faceta do princípio da legalidade material – princípio da necessidade – *nullum crimen nulla poena sine necessariae* – ferramenta salutar na defesa da intervenção mínima contra os ataques da hipertrofia do Direito Penal²⁸.

SCHMIDT²⁹ leciona que o princípio da necessidade ou da economia das proibições penais tem o escopo de limitar os excessos quantitativos – no que atuaria a intervenção mínima enquanto critério limitador imediato – e qualitativos da intervenção penal – garantidos imediatamente pela exigência de necessidade de culpabilidade e lesividade e mediadamente pela intervenção mínima. Seguindo esta concepção, serão analisados esses parâmetros.

Primeiramente, será avaliado como as facetas da legalidade estrita operam de forma a restringir o agente legislador, principalmente no processo de criminalização das condutas.

O corolário do princípio da intervenção mínima é a garantia da dignidade da pessoa humana abrangendo amplamente a proteção à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Mesmo que o texto constitucional não tenha explicitamente feito referência ao princípio, a proteção da dignidade da pessoa humana e demais garantias dela decorrentes, cominam a postulação do princípio, ainda que implicitamente.³⁰

Dentre todos os meios de controle social – informal e formal – o controle penal atua mais gravemente, em que pese trabalhar com mecanismos sancionatórios diretamente vinculados à liberdade do indivíduo e, portanto, requer uma atuação mínima, dentro das *regras do jogo* (BOBBIO) democrático, sob pena de transformar-se em uma *ultima ratio*.

Requer-se, portanto, que seja a tutela penal subsidiária, ou seja, o Direito Penal está autorizado a intervir excepcionalmente, ou seja, quando os outros ramos do Direito fracassarem³¹ enquanto meios protetores dos bens jurídicos. O Direito Penal de *ultima ratio* proíbe a penalização de condutas quando haja uma suficiência de atuação por outros ramos do Direito, fundamentalmente menos violentos e interventores que o Direito Penal.

A eleição dos bens jurídico-penais estará correlacionada à sua imprescindibilidade, sobretudo no que tange à convivência social pacífica – *princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos* – somente bens de elevada valia serão resguardados penalmente. Referida

²⁸ LUISI, Luis. **Princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 111. “ao princípio da legalidade penal deve ser acoplado o princípio da necessidade. E esse entendimento decorre daquilo que se chama inflação penal, ou seja, um patológico exagero de leis penais (...).”

²⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 317.

³⁰ LUISI, L. Obra citada. p. 40.

³¹ QUEIROZ, Paulo. **Do caráter subsidiário do Direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. p. 119. Nas lições do autor, a proteção penal é naturalmente subsidiária: “porque somente devem ter lugar quando se utilizem, atuem e fracassem as instâncias primárias, formais e informaçã, de prevenção e controle sociais”.

seleção deverá ser prévia e, devido ao *caráter fragmentário*³² do Direito penal, somente serão abrangidas as lesões mais graves aos bens jurídicos que necessitem de maior proteção.

O binômio fragmentariedade/subsidiariedade encontra-se resumido nas lições de MUÑOZ CONDE³³: "(...) o Direito Penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes (*fragmentariedade*), e as perturbações mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito (*subsidiariedade*)."

A intervenção mínima tem fundamental relevância nos processos criminalizadores, atuando como um princípio orientador e limitador do poder criativo do crime estabelecendo-se uma relação necessária entre meios – Direito penal – e fins – proteção de bens jurídicos.

A garantia da proporcionalidade exige o controle dos excessos da intervenção penal, sendo “constituída por três princípios parciais: o princípio da adequação (*Geeignetheit*), o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também chamado de princípio da avaliação (*abwägungsgebote*)³⁴”.

Interessam as duas perspectivas do princípio da proporcionalidade: “pretende buscar a adequação entre a medida adota e os fins que determinam a sua criação (princípio da adequação) e a necessária proporcionalidade entre os meios e os fins buscados (proporcionalidade em sentido estrito)”³⁵.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, conforme salienta SANTOS³⁶:

tem por objeto a otimização das possibilidades jurídicas, ao nível da *criminalização* primária e da *criminalização* secundária, do ponto de vista da proporcionalidade dos *meios* (pena criminal) em relação aos *fins* propostos (proteção de bens jurídicos), também formulado em forma interrogativa: a pena criminal cominada e/ou aplicada (considerada meio adequado e necessário ao nível da realidade) é *proporcional* em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico?

A garantia da adequação – juízo de idoneidade penal – é um imperativo no que tange à idoneidade do tipo penal e do aparato sancionatório para perseguir o resultado de tutela tido como legítimo – congruência do escopo ao meio.³⁷

³² QUEIROZ, Paulo. **Do caráter subsidiário do Direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. p. 119. Nas lições do autor, a proteção penal é fragmentária: “pois se encontra o direito penal sobre um todo de uma dada realidade, mas sobre fragmentos dessa realidade de que cuida, é dizer, sobre interesses jurídicos relevantes cuja proteção penal seja absolutamente indispensável”.

³³ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 85.

³⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte Geral. p. 27.

³⁵ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 117.

³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte Geral. p. 28.

³⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 131.

Referido princípio pode ser resumido através da seguinte indagação: a pena criminal é um meio adequado – dentre todas as demais formas de controle social – para alcançar o seu fim – tutela de bens jurídicos? A resposta a essa pergunta importa um juízo de idoneidade acerca da justificação da intervenção penal.

O princípio da necessidade apresenta-se também como a exigência de que a conduta tenha realizado um fato ofensivo (injúria), que tenha o condão de, além de infringir a norma, causar lesão ou perigo concreto de dano a terceiros, nocivo à convivência social satisfatória.

Impõe-se, dessa feita, a observância ao princípio da ofensividade (ou lesividade), ao qual podem ser aferidas, nas lições de Nilo Batista³⁸, quatro funções proibitivas no que tange à incriminação: a) de uma atitude interna – as aspirações, desejos e sentidos do autor, por faltar-lhe a exterioridade não podem constituir fundamento de um tipo penal; b) de uma conduta que não exceda âmbito o próprio autor – seriam as hipóteses dos atos preparatórios e da autolesão, haja vista a ausência da alteridade (bilateralidade); c) de simples estados ou condições existenciais – o direito penal requer uma desvalor *de ação*, estando vedado o *direito penal de autor*; e, derradeiramente, d) de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico – critério delineador da lesividade, revelando e demarcando a ofensa.

A terceira garantia derivada do princípio da necessidade é a culpabilidade, abordada em um triplo sentido: a) como fundamento da pena – corresponde à terceira fase de aferição da conduta criminosa (elemento do delito), quando se verifica a possibilidade de imputar ao autor do delito um juízo de reprovabilidade; b) como limite da pena – impõe-se a avaliação judicial dos graus de culpabilidade no que tange ao estabelecimento dos limites mínimos e máximos da sanção (art. 59 do CP) e, derradeiramente, c) como responsabilização subjetiva – conceito contrário à responsabilidade penal objetiva (prescinde de culpa).

Considerando que o presente trabalho analisa a criminalização de condutas, dentre essas três facetas da culpabilidade, interessa avaliar a última, ou seja, o princípio enquanto vetor do legislador na eleição dos tipos penais, sobretudo através do impedimento da construção de tipos penais de autor. Ora, o sujeito só pode ser penalizado pelo que fez externamente – princípio da exteriorização ou materialização penal do fato – não pelo que ele é ou pelo que pensa ou defende. Ainda, apenas as condutas praticadas com dolo, ou no mínimo culpa, poderão ser responsabilizadas penalmente.

Além de avaliar o papel da legalidade estrita no processo de criminalização das condutas, é salutar a análise de como o princípio pode realizar as suas funções concretamente,

³⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 92-94.

não apenas através da política criminal, ou seja, considerando que o legislador ignora totalmente tão relevante limite, como deve o magistrado realizar, concretamente, essa garantia, sobretudo quando da apreciação da tipicidade (material) e da precisão da pena.

A realização concreta da legalidade estrita também se dá pela teoria do delito, mais especificamente pela análise do fato típico, que não pode mais ser composto apenas pela tipicidade formal – subsunção objetiva e subjetiva da conduta criminosa a um tipo penal – uma vez que, a partir da Constitucionalização do Direito Penal, deve-se fazer, além de um juízo formal de subsunção, um juízo de ponderação, fundado nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, traduzidos a partir da tipicidade material.

Um Direito Penal garantista demanda, além da tipicidade formal, a exigência concreta e material da observância à legalidade substancial e a todos os princípios que a compõem. Assim, além da violação à norma penal, deve o magistrado avaliar, a partir da intervenção mínima, se a conduta gerou uma lesão grave – fragmentariedade – ou pelo menos um perigo concreto de lesão – lesividade – e a um bem jurídico de terceiro – alteridade.

A tipicidade material é a realização concreta da legalidade estrita e apresenta-se como a barreira à expansão do Direito Penal, quando todas essas garantias já foram violadas pelo legislador. Assim, essa valoração judicial da tipicidade a partir da Constitucionalização encerra um juízo de ponderação de interesses (ou bens jurídicos) e não uma mera atividade mecânica de subsunção do fato à norma.

Após a análise da atuação da legalidade material como um necessário, adequado e proporcional limite ao legislador e o juiz, não se pode olvidar, contudo, que a legalidade refere-se, igualmente, à pena, aplicando-se todos os princípios analisados também à limitação da penalização das condutas, vedando as penas cruéis, desumanas e degradantes, exigindo imperativamente a humanização da pena privativa de liberdade.

Ora, essa garantia também se estende às demais práticas (judiciárias e de execução penal), demandando ações em conformidade com os princípios supra expostos. Por intermédio de um processo democrático³⁹, deve-se buscar a pena mais adequada para a punição daquele delito, aplicando, quando possível, penas alternativas ou substitutivas à pena privativa de liberdade. Quando a privação da liberdade for a sanção necessária, que sua execução seja efetuada em conformidade com o princípio da humanidade das penas, segundo a dignidade da pessoa humana, um vetor fundamental.

³⁹ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 1. “O processo passou a desempenhar uma missão fundamental numa sociedade democrática, enquanto instrumento de limitação do poder estatal e, ao mesmo tempo, instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conversão do Direito Penal, de um sistema de limites e garantias para um Direito Penal simbólico, fundado em uma legislação de emergência e aplicado por mero juízo de imputação, é uma das conseqüências da sociedade de riscos e do pensamento neoliberal, que requer prevenção de riscos e eficiência e que, nesse afã, concretiza a expansão da tutela penal.

A lei penal, portanto, poderá não atender materialmente às garantias fundamentais, isso porque a concepção meramente formal da legalidade não impede que a norma penal, ainda que anterior (escrita, estrita, clara e precisa), emanada pelo órgão competente e segundo o processo legislativo adequado (reserva legal), materialmente, seja ilegítima.

A partir da força normativa dos princípios, da expansão da jurisdição constitucional, de uma nova interpretação Constitucional (balizada no pós positivismo e na técnica da ponderação), o neoconstitucionalismo impõe-se como um modelo de Direito a ser obedecido.

Isto posto, salutar a efetiva filtragem crítica das normas penais, o constante manejo do alargamento da tutela penal, principalmente quando da criminalização de determinados comportamentos, sem esquecer, todavia, que essa garantia se estende à análise da tipicidade da conduta e à apreciação da penalização da mesma, a ser realizada se e quando necessária.

Conclusivamente, pode-se afirmar que o alcance dessa Constitucionalização é que permite a concretização do Direito Penal como garantia e proteção dos direitos fundamentais, permitindo-se que se estabeleçam os limites à expansão da tutela penal, cujo alcance abarca os processos de (des)criminalização, a aferição típica da conduta e a aplicação das penas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “direito da ciência”. **BDJur**, Brasília, DF, mar. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 out. 2011.

BARROSO, Luís. Roberto. **A Nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Ana Paula Barcellos et al. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 247.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito : o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **BDJur**, Brasília, DF, jul. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 jan. 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica Principiológica e Colisão de Direitos Fundamentais**: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas. **Univali**, Itajaí, SC, 2006. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index>>. Acesso em 5 mar. 2012.

CALLEGARI, André Luiz; WEBBER, Suelen. O mito de punir mais é melhor: reflexos da expansão do Direito Penal fomentada pela mídia. **Ibccrim**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 20 de ago. de 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade no direito penal alemão: um exemplo a ser seguido (?) **Dr. Nereu José Giacomolli**. Disponível em: <http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=6>. Acesso em 12 de ago. de 2012.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Constitucional. **BDJur**, Brasília, DF, mar. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 5 mar. 2012.

_____. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **BDJur**, Brasília, DF, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 out. 2011.

SCHIER, P. R. Novos desafios na filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **BDJur**, Brasília, DF, abr. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 jan. 2012.