SOCIEDADE DE RISCO, CULTURA DO MEDO E A DETERIORAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: UMA REFLEXÃO A PARTIR DO GARANTISMO PENAL

Carlos Bermudes[1]

RESUMO

O presente artigo tem como proposta a realização de uma análise, a partir do estudo do princípio da intervenção mínima, do conceito e características da "sociedade de risco" e da expansão do poder punitivo estatal através do direito penal, sobretudo em face da proliferação midiática da cultura do medo, voltada a atender às modernas tendências do direito penal e seus impactos na atividade legislativa e a realidade processual penal. Para tanto, foi utilizado como referencial teórico condutor das discussões propostas, uma linha de pesquisa que perpassa o garantismo e o minimalismo penal, bem como os contornos epistemológicos da criminologia crítica. Optou-se pela modalidade de pesquisa teórica aplicada. Ao final, constatou que os reflexos da "sociedade de risco" são percebidos tanto na atividade legislativa quanto na prática forense, e que o princípio da intervenção mínima tem sofrido verdadeira deterioração. Ao final, a partir dos estudos da criminologia crítica, apresenta como proposta para enfrentamento do problema destacado, a necessária mudança de postura dos operadores do direito, sobretudo advogados, para que na prática forense ergam-se criticamente por meio do contraponto dialético, promovendo a deslegitimação do discurso punitivista a partir da prática processual.
Palavras-chave: Sociedade do risco, Cultura do medo, Princípio da intervenção mínima, Garantismo penal, Criminologia crítica.

ABSTRACT

This article proposes an analysis, based on the study of the principle of minimum intervention, of the concept and characteristics of the "society of risk" and the expansion of state punitive power through criminal law, especially in the face of media proliferation of the culture of fear, aimed at meeting modern trends in criminal law and its impact on legislative activity and criminal procedural reality. In order to do so, it was used as theoretical reference guide of the proposed discussions, a line of research that crosses the criminal guaranty and minimalism, as well as the epistemological contours of critical criminology. We opted for the modality of applied theoretical research. In the end, he observed that the reflexes of the "society of risk" are perceived both in legislative activity and in forensic practice, and that the principle of minimum intervention has suffered true deterioration. In the end, from the studies of critical criminology, it presents as a proposal to face the highlighted problem, the necessary change of position of the legal operators, especially lawyers, so that in forensic practice they rise critically through the dialectical counterpoint, promoting the de-legitimization of punitive discourse based on procedural practice
Keywords: Society of risk, Culture of fear, Principle of minimum intervention, Penal warfare, Critical criminology.

INTRODUÇÃO

[1] Bacharel em Direito pela Faculdade São Geraldo (FSG) – Cariacica/ES, Pós Graduado em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal e Advogado Criminalista. carlosbermudes.adv@gmail.com

Em um Estado Democrático de Direito, sustentado por uma constituição de garantias e de conteúdo dirigente[2], o estudo e interpretação das normas materiais e processuais penais, obrigatoriamente, devem ser realizadas à luz do sistema de garantias e direitos fundamentais, utilizando como bússola o garantismo penal.

Assim, a relevância temática se assenta na necessidade de contribuir para o debate a respeito da importância do princípio da intervenção mínima como mecanismo de defesa dos direitos e garantias fundamentais, a partir de um diálogo com o garantismo penal e a interpretação das normas penais e processuais penais à luz do texto constitucional, de modo que o exercício da atividade punitiva estatal esteja limitada à sua efetiva necessidade e ancorada nos estritos limites da legalidade. Busca-se, portanto, estabelecer um contraponto e fomentar reflexões críticas contrárias ao discurso punitivista e à atividade punitiva estatal, ressaltando sempre a importância de preservar a estrutura fundante dos princípios basilares do direito penal, e aqui em especial do princípio da intervenção mínima, sobretudo em razão de sua função limitadora à atuação punitiva do estado.

Partindo dessa premissa, o presente trabalho, pretende inicialmente analisar o princípio da intervenção mínima e sua importância para a dogmática penal; analisar sucintamente a teoria do garantismo penal e sua importância para a defesa dos direitos e garantias fundamentais, bem como tecer, a partir das lições enunciadas por Ulrick Beck e Zygmunt Bauman, breves considerações a respeito da "sociedade de risco" ou da "incerteza", e avaliar o crescimento da cultura do medo na sociedade contemporânea, mormente em razão da atuação dos meios de comunicação em massa na proliferação de demandas punitivas como resposta imediata para questões relacionadas à violência e criminalidade.

Especificamente, buscaremos demonstrar e avaliar, por meio da análise das modernas tendências do direito penal, que a cultura do medo conclama os legisladores populistas a se movimentarem na elaboração de normas penais contrárias ao sistema de garantias, voltando-se tão somente para a satisfação do anseio punitivista da sociedade, fomentando assim uma antecipação da atividade penal como forma de controle social e solução de conflitos.

---

[2] Constituições de conteúdo dirigente seriam aquelas caracterizadas por conter normas definidoras de objetivos a serem alcançados e concretizados pelos poderes públicos. Demonstração do conteúdo programático da constituição brasileira encontra-se em seu art. 3º, onde há a exposição dos objetivos da república Federativa do Brasil. Sobre Constituições programáticas (diretivas ou dirigentes), cf. NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Método. 2009, 3ª Ed. p. 113)

A justificação dessa pesquisa, portanto, se apóia na constatação empírica do crescimento do rigor penal e dos discursos de medo que justificam os influxos punitivistas, sendo que o reflexo de tal estado de coisas tem gerado forte influência nas recentes alterações legislativas em matéria penal e também influenciado na realidade processual, ocasionando a antecipação das barreiras punitivas e a utilização do direito penal como resposta imediata para as mais diversas problemáticas sociais, uma vez que se atribui ao direito penal a incumbência de ser a solução para a proteção de bens jurídicos e resolução de conflitos que poderiam ser facilmente tutelados por outros ramos do direito.

Desse modo, ao longo da exposição de idéias serão analisados, dentre outros aspectos, a maneira como a cultura do medo provoca a verdadeira "deterioração do princípio da intervenção mínima".

Invoca-se, portanto, a urgente necessidade da militância dos operadores do direito, não só na academia, mas, sobretudo, dos advogados criminalistas quando na sua atuação prática, a invocarem na defesa de seus patrocinados, questões de natureza pincipiológica, constitucional e dos modernos estudos criminológicos realizados na academia desde o juízo de primeira instância, e assim submeterem à apreciação das instancias superiores teses que visam fortificar a importância de preservação e observância dos princípios elementares de um direito penal fundado em um Estado de Direito. Trata-se, portanto, de uma proposta de resistência dialética ao discurso punitivo e ao senso comum doutrinário que têm dominado a justiça criminal e considerável parcela da academia.

Ou seja, propõe uma radical ruptura com o comedimento que afeta a prática forense e que a cada dia torna-se mais cúmplice das atrocidades praticadas em nosso sistema de justiça criminal, sobretudo em relação às decisões judiciais, por vezes, notadamente contrárias ao sistema de garantias constitucionais e aos direitos humanos. Trata-se, portanto, em levantar-se energicamente contra o atual estado de coisas, almejando, desse modo, a construção de um direito penal e processual penal legislado, interpretado e aplicado pelos tribunais conforme a constituição.

Para desenvolver o estudo proposto, foi adotado no trabalho a modalidade (metodologia científica) de pesquisa teórica aplicada, com o objetivo de demonstrar a forma como o princípio da intervenção mínima tem sido constantemente violado pelo legislador e o sistema de justiça criminal brasileiro.

Trata-se, portanto, de considerações eminentemente críticas ao atual estado de coisas, razão pela qual se buscará cobertura doutrinária em biografia de natureza garantista, bem como da criminologia crítica.

Aqui é importante destacar que não há a inocente pretensão de exaurir o debate a respeito da temática abordada ou mesmo apresentar respostas ou conclusões definitivas. Busca-se em verdade, contribuir criticamente e alertar para a necessidade de uma maior inquietação dos operadores do direito, sobretudo dos advogados, para que em suas atividades na prática forense, lutem na preservação e defesa dos direitos e garantias fundamentais, valendo-se para tal desiderato, do conteúdo normativo dos princípios basilares do direito penal.

1 O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: ORIGEM HISTÓRICA E FILOSÓFICA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A DOGMÁTICA PENAL.

Ao analisarmos a história das sociedades, será possível constatar que em todas elas sempre estiveram presentes mecanismos de reprovação e punição aos desvios comportamentais contrários aos preceitos de ordem estabelecidos por aqueles povos.

Nos tempos antigos não havia uma sistematização e organização dogmática e pincipiológica como existe atualmente, de modo que o direito penal, enquanto mecanismo unicamente voltado para punição, era caracterizado por elementos místicos e ligados muito mais a aspectos morais, religiosos e dos costumes daquelas sociedades do que à razão, além de serem fortemente influenciados por instintos de proteção e conservação individual e coletiva.

A esse período germinativo do direito penal, onde o que na verdade ocorria era uma espécie de Direito Repressivo, a doutrina comumente denomina de Fase da Vingança Penal, dividindo-a em três momentos, a saber: Vingança Divina, Vingança Privada e Vingança Pública (SMANIO; FABRETTI, 2010).

No período da *Vingança Divina*, Smanio e Fabretti (2010) asseveram que a punição se dava em razão da ofensa aos 'tabus' que acreditavam ser capaz de ofender as divindades, de modo que punição ao infrator se justificava pelo medo da retaliação divina que poderia recair sobre aquele grupo. Desse modo, a punição daquele que havia pecado agradava a divindade e afastava as consequências de sua ira.

Nesse período, segundo Smanio e Fabretti (2010, p. 4), a pena ao sujeito desviante era aplicada "[...] pelos sacerdotes, por delegação divina, de forma cruel, desproporcional e degradante, com a finalidade principal de intimidar outros membros do grupo. O rigor dos castigos justificava-se pela grandeza dos entes ofendidos". E nesse período, uma das principais codificações que pode ser citada como exemplo é o Pentateuco (Hebreus).

No período da *Vingança Privada*, diferentemente do que ocorrera no período anterior, a punição ao infrator possuía um caráter pessoal, haja vista que a própria vitima, e na

sua ausência, seus familiares, eram responsáveis pela aplicação da pena. Smanio e Fabretti (2010) nos informam que nesse período a desproporcionalidade entre o desvio e a punição era comum, e o aniquilamento de famílias inteiras era prática reiterada naquelas sociedades.

Foi nesse período, que com o objetivo de evitar situações de aniquilação entre as tribos que

> [...] surgiu no cenário penal, uma das maiores conquistas, o Talião, que representado pelo brocardo 'olho por olho, dente por dente', trouxe o critério da proporcionalidade (pela primeira vez na história do direito penal) entre o crime cometido e a reação da pena, não permitindo mais vingança arbitrárias e desproporcionais" (SMANIO; FABRETTI 2010, p. 5).

A partir de então, as punições passaram a ter um critério - ainda que passível de críticas em razão de seu caráter desumano - limitador das penas, de modo que não mais era possível a aplicação de penas capitais para pequenas infrações. O talião, portanto, é marcado como importante marco na evolução do direito penal, pois introduziu pela primeira vez o primado da proporcionalidade nas legislações penais.

Por fim, é no período da *Vingança Pública* que pela primeira vez é possível vislumbrar a presença formal do Estado. A partir de agora, com uma melhor organização social e fortalecimento do Estado, este passou a possuir o monopólio da punição, de modo que a função da pena seria garantir a própria existência do Estado e do Soberano, "[...] tendo como principais delitos os de lesa-majestade e, sucessivamente, os que atacassem a ordem pública e os bens religiosos ou públicos, tais como o homicídio, as lesões corporais, os crimes contra a honra, contra a propriedade e etc." (BALESTRA, 1995, p. 96).

Percebe-se que com a evolução histórica e do fortalecimento do Estado, o direito penal paulatinamente desgarrou-se dos elementos religiosos e místicos e passou a efetivamente se transformar em um sistema jurídico, dotado de coerência, com normas e princípios respaldados por critérios científicos próprios.

Seguindo o estudo da análise histórica do direito penal e a atividade punitiva do Estado, chega-se "Período Humanitário".

Segundo Smanio e Fabretti (2010), o referido período teve início na metade do século XVIII, tendo sido marcado por fortes críticas ao modelo penal vigente, apontando os abusos cometidos pelo soberano e clamando limites à atuação do Estado em detrimento dos direitos individuais do homem.

Nesse período as principais críticas dirigidas contra o Estado foram em razão dos abusos das penas cruéis e das penas de morte.

Na idade média a crueldade era o principal elemento que marcava a insanidade dos suplícios exibidos em praça pública, para que servissem de exemplo a todos e reafirmasse o poder e autoridade do soberano, pois "A cerimônia do suplício coloca em plena luz a relação de força que dá poder à lei [...]" (FOUCAULT, 2013, p. 30).

Por meio dos suplícios procurava-se "dar o exemplo não só suscitando a consciência de que a menor infração corria sério risco de punição; mas provocando um efeito de terror pelo espetáculo do poder tripudiando sobre o culpado" (FOUCAULT, 2013, p. 56).

Foi justamente com intuito de combater os abusos cometidos pelo soberano que o movimento iluminista, capitaneado por pensadores da envergadura de Beccaria, Imannuel Kant, Friedrich Hegel, dentre outros, passaram a contribuir para a construção de uma teoria que buscasse impor limites às investidas punitivas do Estado contra os indivíduos, sobretudo quando relacionados às liberdades individuais dos homens.

É nesse cenário de idéias filosóficas e políticas e de ascensão da burguesia ao poder que o Princípio da Intervenção Mínima se institui e passa a ser inserido como ferramenta de limitação à atuação punitiva do Estado. "Trata-se, portanto, de um típico princípio liberal, tanto que se encontra nas obras dos mais importantes pensadores do liberalismo, como John Locke, Montesquieu, Rosseau e Beccaria" (SMANIO; FABRETTI, 2010, p. 155).

Em razão das idéias políticas e filosóficas que marcaram o período da revolução burguesa e do movimento iluminista, Smanio e Fabretti (2010) afirmam que se obteve o reconhecimento de que o Direito Penal é a forma mais grave e violenta de intervenção do Estado na vida do cidadão, pois retira deste um de seus bens mais preciosos: a liberdade.

Portanto, foi no auge do movimento iluminista que culminou na Revolução Francesa que o Princípio da Intervenção Mínima se corporificou, ganhando inclusive redação expressa no art. 8º da "Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão" que dispõe: "a Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada" (BIBLIOTECA, acesso em: 26 out. 2015).

Nesse diapasão, o Princípio da Intervenção Mínima guarda estrita relação com a ideia de bem jurídico, pois segundo Hassamer (apud SAMANIO; FABRETTI, 2010, p. 155) "com o comprometimento da tutela penal com a proteção de bens jurídicos, ocorreu que [...] o principio da *ultima ratio* ganhou vida".

As consequências da interferência do direito penal na vida dos cidadãos certamente são conhecidas pela sua forte carga de prejuízo, de modo que há de exigir máxima cautela quando de sua utilização como forma de solução de conflitos e proteção de bens jurídicos.

É nesse sentido que se extrai dos ensinamentos de Claus Roxin (2007, p. 8) a seguinte assertiva:

> A razão pela qual o Direito Penal apenas deve ser empregado quando fracassam todos os outros meios políticos-sociais de coibição de um comportamento social criminoso reside no fato de que a punição pode prejudicar a existência social do condenado e arrastá-lo para a margem da sociedade, tendo até mesmo um efeito socialmente nocivo. Por isso, deve-se preferir, no lugar da punição, todas as medidas que possam evitar uma perturbação social, mas que tragam para o condenado consequências menos incisivas. Costuma-se expressar essa ideia dizendo que o Direito Penal seria a *ultima ratio (*o ultimo recurso) da política social

Assim, considerando os efeitos nefastos que a interferência do direito penal impõe aos indivíduos, sobretudo, em relação às penas privativas de liberdade, em razão do caráter estigmatizante, discriminatório e opressor do cárcere, não resta dúvida que o direito penal como forma de solução de conflitos deve ser evitado e utilizado sempre de forma fragmentária e subsidiária.

Ao analisar o Princípio da Intervenção Mínima Greco (2009, p. 49) aduz que o "Direito Penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade", razão pela qual – ao menos no plano das idéias - exige do legislador, por meio de um critério de política criminal, ao perceber que outros ramos do direito e formas de solução de conflitos e proteção de bens jurídicos falharam e foram incapazes de proteger aqueles bens tidos como essenciais e de maior importância para a sociedade, valer-se do direito penal para protegê-los de futuras lesões, bem como imputar penas em razão do descumprimento da norma penal.

Nesse sentido Muños Conde (apud GRECO, 2009, p. 49) aduz que

> O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito.

O referido autor acrescenta ainda que o princípio em estudo além de atuar como limitador do poder punitivo estatal também possui o papel de descriminalizar condutas, pois se é por meio do princípio da intervenção mínima que são eleitos os bens jurídicos essenciais para o convívio harmônico da sociedade, também é através dele que são renegados e excluídos do âmbito da tutela penal aqueles bens considerados de menos importância, e que, portanto, deverão ser tutelados por outros ramos do direito, como por exemplo, o direito civil e o direito administrativo.

A título de exemplo do caráter descriminalizador do principio da intervenção mínima pode-se citar a descriminalização do adultério, ocorrida com o advento da Lei nº

11.106/2005, que expressamente em seu art. 5º, revogou o art. 240 do Código Penal, afastando de uma vez por todas do sistema jurídico brasileiro aquela figura típica.

Uma das lições conceituais mais elucidativas do princípio da intervenção mínima é encontrada em Bitencourt (apud GRECO, 2009, p. 50) quando assevera que

> O princípio da intervenção mínima também conhecido como *ultima ratio,* orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio,* isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Ainda sobre o caráter descriminalizador do Princípio da Intervenção Mínima, Smanio e Fabretti (2010) recordam a existência no direito internacional de um documento denominado de "As Regras de Tóquio", elaborado em 1996 pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção de Delitos e Tratamento de Delinquentes, cujo projeto foi aprovado em 14 de dezembro de 1990 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, integrando a Resolução nº 45/110, e que prevê em sua regra 2.6 que "as medidas não privativas de liberdade devem ser utilizadas de acordo com o princípio da intervenção mínima" e na regra 2.7 que "a utilização de medidas não privativas de liberdade deve ser parte do movimento em prol da despenalização e descriminação, em vez de interferir ou retardar as iniciativas nesse sentido" (ROBERTI, apud SMANIO; FABRETTI, 2010, p. 163).

Ante o que foi analisado neste primeiro momento, constatamos que o Princípio da Intervenção Mínima é resultado da evolução do Direito Penal e encontra suas origens históricas no movimento liberal da revolução burguesa, fincando suas raízes filosóficas em autores do movimento iluminista.

Ademais, verifica-se que o princípio em estudo cumpre duas importantes funções dentro da dogmática penal, a saber: limitador ao poder punitivo e descriminalizador de condutas irrelevantes para o direito penal. E neste ponto, importa destacar que o princípio da intervenção mínima reveste-se de fundamental importância na proteção dos direitos e garantias fundamentais, devendo, portanto, sempre ser invocado como mecanismo de efetivação dos preceitos garantistas esculpidos em nossa constituição.

2 GARANTISMO PENAL E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PENAL CONFORME A CONSTITUIÇÃO

O estudo e interpretação das normas materiais e processuais de natureza penal à luz dos preceitos de proteção dos direitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal é salutar para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Na busca pela afirmação dos direitos e garantias fundamentais, a dogmática penal encontra substrato axiológico na teoria jusfilosófica desenvolvida por Luigi Ferrajoli, denominada *"garantismo penal"*, cuja uma das principais funções seria a imposição de limites e subtração da discricionariedade punitiva do Estado.

Ainda que o termo "garantismo" não tenha sido criação originaria do referido autor, sua consolidação na literatura jurídica decorre dos estudos por ele realizados e que culminaram na publicação, no ano de 1989, do clássico *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale* (Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal), no qual Ferrajoli busca elaborar as linhas gerais do garantismo, cuja precípua finalidade seria a proteção das liberdades do cidadão frente ao exercício tirano e discricionário do poder punitivo estatal.

A teoria desenvolvida por Ferrajoli, apesar de desenvolvida no Século XX, encontra suas raízes nas ideias iluministas do Século XVIII, tendo sido desenvolvida a partir de um raciocínio de interpretação das normas jurídicas conforme a Constituição, pois é no texto constitucional que se encontra os valores fundantes de todo o ordenamento jurídico, de modo que a aplicação e interpretação de uma norma que afronte o texto constitucional deve ser considerada inconstitucional.

Em que pese a teoria em comento não ter sido desenvolvida para aplicabilidade específica ao direito penal e processo penal, foi no campo das ciências criminais que ela ganhou forte aceitação e desenvolvimento, tanto no plano prático quanto no plano teórico.

Assim, fincado nas premissas de que o poder punitivo do Estado encontra-se limitado aos ditames rígidos da constituição e sua interpretação deve garantir a defesa dos direitos fundamentais, Ferrajoli (apud GRECO, 2009, p. 11) aduz que:

> [...] a sujeição do juiz à lei já não é, como o velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, qualquer que fosse seu significado, senão sujeição à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com a Constituição. E no modelo constitucional garantista a validez já não é um dogma associado à mera existência formal da lei, senão uma qualidade contingente da mesma ligada à coerência mais ou menos opinável e sempre remetida à valoração do juiz. Disso se segue que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a lei mesma, que corresponde ao juiz junto com a responsabilidade de eleger os únicos significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais estabelecido pelas mesmas

Das premissas lançadas por Ferrajoli é possível perceber a preocupação dada aos aspectos valorativos da norma jurídica, buscando extrair do texto constitucional a razão ultima

da existência e validade da norma, voltando-se sempre para a proteção dos valores fundantes e estruturantes dos direitos e garantias fundamentais. Com isso, o garantismo empresta à dogmática penal colaboração impar, pois orienta o operador do direito no sentido de enxergar o direito penal não como um mecanismo opressor e meramente punitivo, mas também como limitador dos abusos do Estado na sua função punitiva.

No mesmo sentido Carvalho (apud GRECO, 2009, p. 12) aduz que

> [...] a teoria do garantismo penal, antes de mais nada se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a 'defesa social' acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.
> Os direitos fundamentais adquirem, pois, status de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do 'bem comum'. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelcer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.

Desse modo, o garantismo penal contribui, dentro de uma perspectiva crítica do direito penal, pela sua otimização dos direitos fundamentais frente ao poder punitivo, pois visualiza o sistema normativo como um instrumento de resistência ao "[...] inquisitorialismo nas práticas judiciais e administrativas [...]" punitivas de nosso cotidiano (CARVALHO, 2015, p. 228).

Nesse diapasão, vê-se que o princípio da intervenção mínima e o garantismo penal guardam umbilical relação, posto que ao primeiro é reconhecido a característica da fragmentariedade e subsidiariedade, de modo que o direito penal apenas deva ser invocado quando falharem todas as outras vias de solução de conflitos; e ao segundo se reconhece a exigência de que o direito penal seja utilizado nos estritos limites dos valores jurídicos esculpidos no texto constitucional.

Portanto, não é forçoso concluir que o princípio da intervenção mínima é corolário lógico da adoção do sistema garantista como modelo ideal de interpretação e aplicação das normas jurídicas de natureza penal e processual penal, sobretudo enquanto amparado por uma constituição rígida e com amplo rol de direitos e garantias fundamentais, fundada no ideário de um Estado Democrático de Direito.

3 CULTURA DO MEDO E DIREITO PENAL: O REFLEXO PUNITIVISTA NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Como ocorrido na antiguidade e na idade média, o medo continua sendo utilizado como ferramenta de controle social tanto pelo Estado, quanto pelas instituições sociais.

Ocorre que em tempos de pós modernidade, ou, na acepção de Zygmunt Bauman, em tempos de "modernidade liquida" (BAUMAN, 2007, p. 27), temos constatado a utilização do medo como forma de justificação para maiores e mais severas medidas punitivas, bem como para a (re) legitimação da pena e do sistema penal como medida eficaz de combate ao crime e solução dos conflitos.

Nesse sentido, constata-se na atualidade que através do processo de globalização e desenvolvimento do capitalismo, sobretudo, nas sociedades ocidentais modernas, há um aumento generalizado de insegurança e medo nos indivíduos, o que acaba gerando uma verdadeira "sociedade de risco" (BECK, 1998, *apud* WERMUTH, 2011, p.26), onde todos se vêem – a todo momento – como possíveis vítimas da violência e insegurança que assola os tempos atuais.

Nesse sentido, ao analisar a influência do medo na sociedade pós moderna, Wermuth (2011, p. 29), valendo-se das contribuições doutrinárias de Bauman, aduz que

> O catálogo dos medos, ressalta Bauman (2008, p.12), está longe de esgotar: 'novos perigos são descobertos e anunciados quase diariamente, e não há como saber quantos mais, e de que tipo, conseguiram escapar à nossa atenção (e a dos peritos!) – preparando-se para atacar sem aviso'. É por isso que, no ambiente líquido-moderno, a vida se transformou em uma constante luta contra o medo, companhia indissociável dos seres humanos, que passam a conviver com aquilo a que o referido autor denomina de 'sindrome do Titanic', ou seja, um temor desmedido de um colapso ou catástrofe capaz de pegar todos despreparados e indefesos e os atingir de forma indiscriminada.

Não há como discordar que de fato temos vivenciado no Brasil uma verdadeira epidemia de violência e insegurança, e que as políticas de segurança pública (em sua grande maioria, pautadas unicamente na repressão policial) têm falhado na missão de garantir a paz e a tranquilidade social.

Ante este cenário de insegurança, o clamor popular, impulsionado pela mídia e seu discurso punitivo populista, tende a querer soluções rápidas e imediatas. Exige-se dos governantes quase que milagrosamente a imediata solução para a violência.

Assim, em uma sociedade impulsionada pelo imediatismo do sistema econômico capitalista e essencialmente consumista, as respostas para os problemas devem seguir a mesma dinâmica. Nesse sentido, Bauman registra que

> Os perigos que mais tememos são os imediatos: compreensivelmente, também desejamos que os remédios o sejam – 'doses rápidas', oferecendo alívio imediato, como analgésicos prontos para o consumo. Embora as raízes do perigo possam ser dispersas e confusas, queremos que nossas defesas sejam simples e prontas a serem empregadas aqui e agora. Ficamos indignados diante qualquer solução que não

> consiga prometer efeitos rápidos, fáceis de atingir, exigindo em vez disso um tempo longo, talvez indefinidamente longo, para mostrar resultados. (BAUMAN, 2008, p. 149)

Em razão do cenário de medo e insegurança, disseminado, sobretudo pelas corporações midiáticas[3], a simples cogitação de se tornar uma vítima da violência fomenta nos indivíduos a mudança de horários, rotinas e práticas como modo de afastar, ou ao menos diminuir, as probabilidades de ver-se inserido em uma situação de perigo. Busca-se, desse modo, antever o mal e antecipar-se a ele como modo de autodefesa.

Desse modo, a coletividade contempla a expansão do direito penal como resposta ao medo. E, nesse processo de expansão e afirmação do direito e sistema penal, a atividade legislativa ganha impulso por meio de medidas populistas que prometem o combate à violência e insegurança que é superdimensionada pela mídia por meio do discurso populista punitivo.

A partir do momento em que se encontra instaurado o clima geral de temor, a utilização do direito penal pelos agentes políticos populistas se torna uma interessante ferramenta na disputa eleitoral, seja para aqueles que querem alçar um cargo eletivo, seja para aqueles que buscam a manutenção no poder.

Os anseios populares por mais rigor penal e menos garantias processuais, impulsionados pelo medo, rapidamente encontram abrigo nas propostas de alteração da legislação penal elaboradas por políticos populistas, preocupados unicamente em manter-se no poder ou dele passar a fazer parte.

Ocorre que as propostas voltadas para o atendimento aos clamores populares e midiáticos apenas apresentam a falsa solução para o problema da violência, uma vez que criam a (falsa) impressão na população de que algo está sendo feito pelas autoridades instituídas no poder, sem, no entanto, se observar que em verdade tais medidas não serão capazes de sanar os problemas que se propõem a combater.

Nesse sentido, em face da pressão provocada pela mídia e refletida na exigência por parte da população por mais rigor punitivo,

> os candidatos , independentemente da ideologia partidária, não só se sentem compelidos a incluir os reclames punitivistas [...] em sua pauta eleitoral a fim de não cair em desprestígio midiático ou impopularidade, como também a ativar a clamada produção legislativa em matéria criminal no escopo de obter respaldo eleitoral, com a tranquilização simbólica da coletividade (GOMES e ALMEIDA 2013, p. 240-241).

---

[3] A respeito da influência da mídia na disseminação da cultura do medo e na formação da opinião pública, bem como sua influência na atividade legislativa penal e processual penal, escrevemos um artigo, publicado na revista Derecho y Cambio Social de Lima no Peru. Cf. BERMUDES, Carlos; SILVA, Heleno Florindo. **Criminologia Midiática: Espetacularização da Violência, Cultura do Medo e a Falácia do Discurso Favorável à Redução da Maioridade Penal**. Derecho y Cambio Social, Lima,Peru, n. 40, abr/2015. Disponível em http://www.derechoycambiosocial.com/revista040/INDICE.htm. Acesso em: 28 nov. 2018.

Desse modo, ante a competitividade eleitoral os políticos abrem mão da busca pela melhor solução para o problema da criminalidade em detrimento do que pode ser vendido facilmente aos futuros eleitores, sedentos por punição e castigos penais cada vez mais severos.

O reflexo imediato da utilização do direito penal como ferramenta política é a superinflação legislativa de leis penais que quase sempre são elaboradas às pressas e sem as necessárias reflexões sobre sua aplicabilidade fática e/ou necessidade.

A esse fenômeno de criação de normas penais sem prévias avaliações e discussões de sua aplicabilidade e necessidade, voltadas unicamente para o atendimento imediato das demandas punitivas, a doutrina comumente denomina de "instrumentalização do Direito Penal" (WERMUTH, 2011, p. 33).

Para se ter ideia da crescente instrumentalização do direito penal, "no Brasil, 96 leis penais foram aprovadas dos últimos 33 anos" (GOMES e ALMEIDA, 2013, p. 159), sendo que

> De 1940 a 2011 o legislador brasileiro aprovou 136 leis penais, que alteraram o sistema penal, sendo que 104 leis foram mais gravosas, 19 foram mais benéficas e 13 apresentaram conteúdo misto ou indiferente. Em geral são leis emergenciais, ou seja, aprovadas após a eclosão de uma grave crise de medo e de insegurança, explorada pela mídia. Logo depois de um grande caso midiático, nova lei penal (para acalmar a ira da população). (GOMES e ALMEIDA, 2013, p. 159 - 160).

Ocorre que, mesmo ante a criação de leis penais com maior rigor punitivo e constantes reformas no sistema penal e processual penal, não se tem percebido alterações nos índices de redução da criminalidade e da violência, o que apenas demonstra a falácia do discurso populista.

Outro aspecto que merece ser destacado neste ponto, é que o atual cenário de risco e medo identificado pela instrumentalização do direito penal também tem sido marcado pelo surgimento de uma "ideologia justificadora" (GOMES e ALMEIDA, 2013, p. 251), que consiste na utilização, principalmente por parte dos agentes populistas e meios de comunicação, de diversos mecanismos que justifiquem a adoção de medidas penais coercitivas e mais rígidas como forma de combater a violência e afastar o perigo.

Com isso, opera-se uma crescente aceitação por parte da população de atos de violência e abuso de autoridade praticados por forças policiais e agentes imbuídos do dever de prevenir e investigar os delitos, pois cria a mentalidade coletiva de que este é o único caminho a percorrer no enfrentamento da violência e criminalidade.

Ganha forma, então, "uma mentalidade obcecada pela segurança, ancorada na ilusão de que o mero intumescimento legislativo-penal e a conseguinte fulminação de uma série de garantias penais e processuais penais serão suficientes [...]" (GOMES e ALMEIDA, 2013, p. 267) para garantia da segurança e paz social.

O medo, naturalmente gerado pela violência, somado ao espetáculo midiático, cria um ambiente ideal para a proliferação dos discursos populistas punitivos, impulsionando a população a acreditar que as garantias processuais penais e os direitos e garantias fundamentais são entraves e impedimentos para a aplicação da lei penal e geram a impunidade aos infratores, devendo por tal motivo serem relativizadas ou até mesmo suprimidas.

Como assevera Débora Regina Pastana,

> [...] numa sociedade como a nossa, que se estrutura pela dominação de classes, é evidente que diversos graus de violência são exercidos sobre os grupos dominados. Uma das formas de dominação é a de criar toda uma ideologia justificadora, que faz com que essa situação de autoritarismo seja vista como algo circunstancial e necessário. É iludir a opressão em contextos instáveis convencendo o oprimido de que ele está nessa situação não porque existem outros que o oprimem, mas porque vive em um ambiente hostil onde o preço de sua segurança é a arbitrariedade e o autoritarismo (2005. p 192.).

O problema apresentado torna-se maior quando se constata que o discurso punitivista e expansionista deflagrado pela sociedade do risco passa a interferir também na prática processual penal e nas decisões judiciais, onde, não raras vezes nos deparamos com decisões judiciais preenchidas de forte carga punitivista e ancoradas no ideário de lei e ordem.

Percebe-se, portanto, que o medo e direito penal guardam estrita relação, sendo aquele fundamental e necessário para a expansão deste, e como visto, é justamente essa inter-relação que possibilita a instrumentalização do direito penal, ocasionando o que chamaremos aqui de deterioração do princípio da intervenção mínima.

4 A DETERIORAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO E A ADIMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: A URGENTE NECESSIDADE DE DESLEGITIMAÇÃO DO DISCURSO PUNITIVISTA A PARTIR DA PRÁTICA FORENSE

Em face dos anseios punitivistas que se fortalecem com os discursos populistas e eleitoreiros, o direito penal, que em razão da aplicação do princípio da intervenção mínima deveria ser a *ultima ratio,* ou seja, o ultimo mecanismo para a solução de conflitos, passa a ser a primeira - *quando não a única* - resposta para a solução dos conflitos sociais.

O discurso punitivista que clama cada dia por maior rigor punitivo invoca o direito penal a agir como um mecanismo de prevenção, de modo que os tipos penais na lógica expansionista do direito penal deixam de exigir até mesmo a efetiva lesão a qualquer bem

jurídico, bastando tão somente a mera realização da conduta descrita na norma, pouco importando a ocorrência de qualquer resultado ou até mesmo lesão a terceiros. Ou seja, observa-se tão somente a tipificação formal, mediante simples ato de subsunção normativa.

Assim, os crimes de perigo abstrato e de mera conduta [4] ganham grande expansão, posto que são usados como mecanismos preventivos de proteção dos bens jurídicos.

Ora, não há nada mais ilusório e falacioso do que acreditar que a simples elaboração de tipos penais terão o condão de impedir a prática de novos delitos e reduzir a criminalidade. O direito penal só atua após a ocorrência do fato típico. É, portanto, ineficaz do ponto de vista da prevenção e de igual modo do ponto de vista da punição, uma vez que esta não restitui a situação jurídica ao *status quo ante*, ou seja, não restaura o bem jurídico afetado, nem repara a ofensa sofrida pela vítima.

Nesse sentido Smanio e Fabretti (2010, p. 156) aduzem que

> [...] o Direito Penal, que supostamente é o instrumento mais eficaz à disposição do Estado para controlar o problema criminal, demonstra-se ineficaz na prevenção dos delitos. A intervenção no conflito social é tardia, pois não se dá enquanto o conflito é criado, mas somente quando este manifesta-se.
> Além de intervir tardiamente, intervém mal, pois não apresenta uma resposta às causas do conflito (etiológica), mas somente uma resposta aos efeitos do delito (sintomatológica).

Neste ponto, importa destacar que a expansão do Estado punitivo, manifestado pela inflação legislativa, em que pese nos tempos modernos ter alcançado patamares surpreendentes, já vem sendo denunciado pela doutrina há muito tempo.

A guisa de exemplo, Smanio e Fabretti (2010, p. 161-162) ao dissertarem sobre o tema, nos informam que o princípio da intervenção mínima tem passado por um período de crise, e enfatizam o que já nos anos de 1819 era constatado na doutrina alemã por Carl Joseph A. Mittermaier, quando afirmou que "[...] um dos maiores erros da legislação penal era a excessiva extensão, o que para ele, significava a decadência do Direito Criminal" e mais adiante, os mesmos autores resgatam da doutrina Italiana, nos anos de 1855, a contribuição de Giuseppe Puccioni quando alertou que a ampliação do direito penal causaria duas consequências: "[...] a primeira é de que os tribunais se achariam sobrecarregados, retardando a administração da justiça; e a segunda é de um agravamento das finanças públicas [...]".

Outro aspecto negativo da expansão do poder punitivo, e esse em nosso entender é o mais significante, ocorre em razão do aumento do encarceramento, sobretudo, daqueles indivíduos pertencentes às classes subjugadas financeiramente.

---

[4] A respeito da classificação dos crimes e das características dos crimes de perigo abstratos e de mera conduta Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Com o alargamento dos tentáculos do discurso punitivista crescem as demandas por maior rigor penal, construção de novas e maiores prisões, cerceamento de direitos e garantias fundamentais, dentre outras exigências tidas como emergenciais para o combate da violência. Assim, abre-se mão de um Estado Democrático de Direito em prol de um Estado Penal, em que a justificativa é a necessidade de garantia da ordem e proteção da sociedade, fundado no clássico aforisma do bem comum.

Na mesma esteira argumentativa Carvalho (2009, p. 97) afirmou que

> Um direito penal hipertrofiado, além de apresentar graves efeitos para as liberdades individuais, está destinado à falência no plano das finalidades preventivas e gerais e especiais que afirma querer perseguir. Ademais, resta a função meramente simbólica, que se transforma em instrumento de perpetuação da desigualdade social, contra a qual inexistem estratégias estruturais mais profícuas.

Nossa experiência legislativa mostra de forma clara o modo como o feiticismo pelo punitivismo afronta diretamente clássicos princípios limitadores do direito penal, dentre eles o princípio da intervenção mínima.

No estado de coisas atual onde se contata o avanço do estado punitivista sobre o estado constitucional democrático de direito, temos vivenciado a "deterioração do princípio da intervenção mínima", haja vista o direito penal estar servindo de principal resposta para a solução dos conflitos sociais e tutela de interesses diversos. Assim, ocorre que o rigor punitivo e opressor decorrente da atuação do direito penal tem sido utilizado em situações onde outros ramos do direito poderiam perfeitamente ser invocados, inclusive com maior efetividade e menos efeitos colaterais.

Conforme já declinamos em momento anterior, a faceta expansionista do moderno direito penal encontra suas raízes na cultura do medo inerente à sociedade de riscos em que estamos inseridos, exigindo do legislador movimentações voltadas à apresentar respostas aos novos reclames decorrentes da evolução tecnológica e novos perigos.

Este processo de expansão do direito penal tem sido denominado por alguns autores como "administrativização do direito penal", fenômeno do qual, tem se destacado o estudo de Silva Sanchez. O referido autor tem tratado o processo de administrativização do direito penal como um dos maiores problemas a serem enfrentados na atualidade. E nesse sentido ele afirma que

> [...] pode-se afirmar que é uma característica do Direito Penal das sociedades pós-industriais o assumir, em ampla medida, a forma de raciocínio tradicionalmente própria do administrativo.
> É isso que se quer indicar quando se alude ao processo de 'administrativização' em que, em nosso juízo, está imerso o direito penal. Isto poderia ser levado ainda mais longe: afirmando não só que o direito penal assume o modo de raciocínio próprio do direito administrativo sancionatório, mas também que se converte, inclusive, em um direito de gestão ordinária de problemas sociais. (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 128)

Nesse diapasão podemos afirmar que a principal característica da administrativização do direito penal é a precaução e prevenção ante os eventuais riscos. Assim, "fica aberto o espaço para incidência do Direito Penal sobre condutas arriscadas, produzidas pelo comportamento humano que, cada vez mais, ameaçam bens e interesses fundamentais para a vida em comum" (BOTTINI, 2007, p. 36).

Assim, percebe-se que o direito penal cada vez mais se aproxima do direito administrativo sancionador, posto que passa a ter a finalidade de administrar a ocorrência de danos, fazendo com que o direito penal, classicamente estruturado para atuar após o acontecimento de um dano a determinado bem jurídico, passe a atuar como antecedente ao dano. Ou seja, subverte-se a lógica da ultima ratio para a "prima ratio" (SANCHEZ, acesso em 24 out. 2015).

Ainda sobre a matéria, e corroborando o que até aqui foi exposto, nos esclarece Silva Sanchez que

> Com isso, tem-se produzido certamente a culminação do processo: o Direito Penal, que reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está "administrativizado". (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 114)

Assim, vê-se que a antecipação da tutela proposta pela moderna concepção de direito penal ilide as características de um direito penal genérico ocasionando flagrante ofensa aos direitos e garantias fundamentais, bem como clara violação ao princípio da intervenção mínima, o que neste trabalho denominamos de "deterioração do princípio da intervenção mínima".

Na legislação brasileira encontramos vários conjuntos normativos em que é possível visualizar a administrativização do direito penal, sendo a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9605/98) a principal delas, posto que caso considerássemos o aspecto da efetividade de proteção ao bem jurídico, não resta dúvida que não haveria a menor necessidade de criação de tipos penais para sua defesa, uma vez que a proteção ao meio ambiente é perfeitamente possível de ser realizada mediante de mecanismos civis e administrativos, e que possivelmente seriam bem mais eficazes e menos oneroso sob o ponto de vista da judicialização destas demandas.

Ante este cenário torna-se urgente a necessidade de mudança da postura dos operadores de direito na prática forense, em especial dos advogados, posto que somente mediante a irresignação e confronto argumentativo ao discurso punitivista amplamente difundido e praticado em nossos Tribunais será possível trazer à superfície os princípios

limitadores do direito penal que infelizmente parecem estar submersos no pântano do esquecimento.

Tal exigência, ao nosso sentir, é de fulcral importância, em razão da percepção por meio da análise empírica e vivencia prática, de certa parcimônia argumentativa dos advogados de defesa em suas atuações junto aos Tribunais, em que cada dia mais têm se dedicado a produzir defesas arraigadas em mero tecnicismo e argumentos puramente dogmáticos, acorrentados àquilo que a Jurisprudência dos Tribunais Superiores dita. Abre-se mão da criação e desenvolvimento de novas teses e teorias defensivas fundadas na crítica ao sistema e à condição do atual estado de coisas em detrimento de uma militância covarde e desatenta à realidade em que estamos inseridos.

Ora, os tempos são sombrios; as demandas punitivistas acompanhadas de inovações legislativas restritivas de direitos e afrontosas às garantias e direitos fundamentais avançam sem precedentes. Desse modo, impõe-se como dever emergencial adotar uma postura mais combativa e militante, propagando o que Zafaroni denominou como "criminologia cautelar" (ZAFFARONI, 2013, p. 296).

Zaffaroni ao tratar da "criminolgia cautelar" propõe na verdade uma atividade militante dos operadores do direito, de modo que estejamos sempre atentos e vigilantes aos discursos e anseios punitivistas crescente na sociedade de riscos. Seria por assim dizer uma convocação para vivenciarmos na prática a teoria acadêmica e oportunizar que o discurso produzido dentre os intelectuais também seja acessível àqueles indivíduos não pertencentes ao meio acadêmico.

Sabe-se que tal atividade é complexa e merece constante empenho dos envolvidos. No entanto, os obstáculos e dificuldades não devem servir de empecilho para insurgirmos contra a crescente onda punitiva dos tempos atuais. Nesse sentido Zaffaroni (2013, p. 296) aduz que

> Não é simples fazer uma criminologia militante, pois deve-se deixar o sossegado espaço acadêmico para estar na rua, nos meios de comunicação, na formação de profissionais, de operadores do sistema penal, do pessoal policial e penitenciário, escrever para o grande público, participar do sistema, compreender as vivências de seus operadores, acalmar suas angustias, falar com as vítimas, com os criminalizados, com seus parentes, estimular aqueles que têm a responsabilidade de equilibrar ou prevenir o desequilíbrio, investigar os discursos midiáticos, não desanimar diante dos fracassos e não se amedrontar [...] e, sobretudo, reproduzir a militância, porque não é uma tarefa individual, e sim requer muitas vontades, de muitas pessoas com consciência do problema e com compromisso com a tarefa de impor cautela.

Da contribuição de Zaffaroni quando convoca os operadores do sistema criminal a erguerem-se contra a expansão do direito penal por meio da criminologia cautelar é de onde devemos retirar a inspiração para vivenciarmos na prática forense a teoria crítica produzida nas academias.

É preciso levar para dentro dos processos criminais o que é dialeticamente produzido no campo acadêmico. Trata-se de estratégia voltada a estabelecer contraponto ao discurso majoritário, invocando os saberes críticos, bem como os princípios nucleares limitadores da ânsia punitiva do sistema de justiça criminal.

Em que pese reconhecermos que tal atividade por si só não será capaz de mudar o atual estado de coisas, temos a esperança de que a militância forense poderá contribuir no sentido de provocar dentro da sistemática processual a necessidade de se discutir e dar cumprimento ao postulado da ultima ratio, afastando punições penais desnecessárias e comprovadamente ineficazes.

Com isso, estaremos adotando uma postura minimalista em relação ao uso do direito penal como forma de controle social e preservando as garantias e direitos fundamentais, sobretudo nas hipóteses em que medidas alternativas de coerção podem perfeitamente serem adotadas de modo mais eficaz para a proteção do bem jurídico tutelado pela norma incriminadora.

CONCLUSÃO

O estudo do princípio da intervenção mínima a partir do viés histórico e filosófico demonstra-nos que a estruturação e construção da base do direito penal que hoje se conhece, assim como ocorre com qualquer ciência social, se deu de maneira evolutiva e assentado na contribuição intelectual de pensadores que marcaram seus períodos de atividade.

Foi a partir da marcha evolutiva que a concepção do direito penal como forma de controle social caminhou por períodos nebulosos, onde a punição corpórea era marcada pela obscuridade e divindade, que em seguida deu lugar à violência privada, culminando com o monopólio punitivo do Estado.

Em que pese o avanço histórico do direito penal até alcançar a centralização de sua utilização pelo Estado, constatou-se a necessidade de impor limites à invasão das liberdades individuais, de modo a justificar racionalmente sua utilização e preservar a sua legalidade.

Nesse propósito as ideais dos pensadores iliministas serviram de fundamento para a elaboração de diversos preceitos norteadores da atividade punitiva e limitadores à invasão das liberdades dos indivíduos.

Desse modo, foi no auge do movimento iluminista que culminou na Revolução Francesa que o Princípio da Intervenção Mínima se corporificou, ganhando inclusive redação expressa no art. 8º da “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”, passando a partir de

então, ainda que não previsto taxativamente, a compor a estrutura normativa e interpretativa dos códigos penais modernos do ocidente.

Assim, da análise do princípio em comento, percebeu-se a existência de duas funções primordiais e que muito contribuem para a dogmática penal, a saber: limitador ao poder punitivo e descrminalizador de condutas irrelevantes para o direito penal.

A partir do estudo do garantismo penal compreendemos a importância de que a interpretação e aplicação das normas jurídicas penais devem estar em estrita consonância com os valores estruturais dos textos constitucionais.

Restou verificado que o princípio da intervenção mínima, analisado a partir de uma ótica crítica da atividade punitiva estatal está umbilicalmente ligado aos postulados desenvolvidos por Ferrajoli, de modo que ambos contribuem para a preservação e proteção dos direitos e garantias fundamentais, de modo que buscam limitar o poder punitivo do Estado, e quanto ao direito penal, quando sua utilização se tornar indispensável, seja feita dentro dos parâmetros legais e constitucionalmente previstos.

Percebe-se ainda que o discurso do medo é absurdamente explorado pelos meios de comunicação em massa como forma de justificar a utilização cada vez maior da coerção, repressão e endurecimento dos mecanismos estatais de repressão social como forma de controle social e combate à violência.

Constatou-se de igual modo que a cultura do medo inflada pela sociedade do risco provoca uma demanda social de viés punitivista, que por sua vez interfere diretamente na atividade legislativa.

Assim, a sociedade de risco demanda maior rigor punitivo, e a reposta imediata se dá por meio de novas leis penais, construções de maiores presídios e proliferação por meio das agências punitivas do discurso punitivista típico da lógica de lei e ordem.

Acrescenta-se, ainda, que valendo-se do ambiente dominado pelo senso comum, medo, pela ausência de racionalidade e contaminado pela emotividade, o direito penal é utilizado de maneira instrumental e populista pelos atores políticos que, no intento de chegarem ao poder ou nele se manterem, tornam o direito penal e a pauta da segurança pública seu principal meio de angariar votos.

O reflexo imediato de tal atividade populista é verificado na hiperinflação legislativa de leis penais que, em sua grande maioria, são elaboradas sem a necessária reflexão e análise de sua viabilidade legal e eficácia.

Nesse cenário de coisas, onde impera o discurso punitivista, percebe-se que os direitos e garantias fundamentais são apontados como empecilho para a punição dos infratores

efetividade do direito penal, pois deixam de serem vistos como mecanismos de contenção de abusos do Estado e passam a ser considerados como obstáculos para realização da justiça e causa de impunidade.

Assim, constatou-se que temos observado a deterioração paulatina do princípio da intervenção mínima, posto que o direito penal tem sido administrativizado e utilizado como *"prima ratio"* para a solução dos conflitos sociais. A resposta pronta e acabada para muitas questões conflitivas infelizmente tem sido o direito penal. Entretanto, conforme foi analisado, sua atuação se dá de forma ineficaz e tardia, já que não cumpre suas funções declaradas e atua *post factum*, impossibilitando a efetiva proteção dos bens jurídicos, bem como a reparação do dano provocado.

Como proposta de enfrentamento à expansão do moderno direito penal, apresenta-se, a partir da concepção desenvolvida por Zaffaroni de criminologia cautelar, a urgente necessidade de desconstrução do discurso punitivista a partir da prática forense.

Trata-se em verdade de um convite aos operadores do direito, sobretudo dos advogados quando no exercício de seu mister a vivenciaram na pratica forense as contribuições teóricas desenvolvidas na academia. Ou seja, trata-se da adoção de uma postura firme e crítica do sistema criminal a partir do próprio sistema, buscando deslegitimar o discurso punitvista dentro da realidade processual, visualizando sempre a prevalência dos direitos e garantias fundamentais sobre a ânsia punitiva das modernas tendências criminais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gevan. **Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira**. 2004. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris.

AMARAL, Márcia Franz. **Jornalismo Popular**. São Paulo: Contexto, 2006.

ANDRADE, Fábio Martins de. Mídia e Poder Judiciário: **A Influência dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BALESTRA, Carlos Fontán. **Tratado de Derecho Penal**. Abelledo-Perrot. Buenos Aires. 1995

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3ª ed. Rio.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar 1999.

_____. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. de Mauro Gama e Claudia Martinelli. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. **Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. trad. por MEDEIROS, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade do risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BIBLIOTECA Virtual de Direito Humanos. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. São Paulo: Direitos Humanos. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html> Acesso em: 26 out. 2015.

BUDÓ, Marília Denardin. **Mídia e Crime: a contribuição do jornalismo para a legitimação do sistema penal**. UNIrevista – vol. 1, nº3. Julho de 2006. Santa Catarina.

CARVALHO, Raphael Boldt. **Mídia, Legislação Penal Emergencial e Direitos Fundamentais**. 2009. 171 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito – Direitos e Garantias Consitucionais Fundamentais) – Programa de Pós graduação em Direito, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 32 ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

GOMES, Luiz Flavio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo e democracia: um paradoxo brasileiro.** Revista Mediações Londrina. V. 10. n. 2. jul./dez., 2005.

ROXIN, Claus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2007

SANTOS, Juarez Cirino. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual.** Disponível em:<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2014

SILVA SÁNCHEZ, J-M. **A Expansão do Direito Penal:** Aspectos de Política Criminal nas Sociedades Pós Industriais**,** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha, 2002.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. **Sobre a "Administrativização" do Direito Penal na "Sociedade de Risco". Notas Sobre a Política Criminal no Início do Século XXI**. Revista Liberdades – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCRIM, n. 7, ago 2011. Disponível em < https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/84-ARTIGO#_ftnref8>. Acesso em: 24 out. 2015.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal: criminologia, princípios e cidadania.** São Paulo: Atlas, 2010.

VIEIRA, Ana Lucia Menezes. **Processo penal e mídia.** São Paulo: RT, 2003.

WACQUANT, Loïc. **As Duas Faces do Gueto**. trad. por CASTANHEIRA, Paulo Cesar. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. **As Prisões da Miséria**. trad. por TELLES, André. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2001.

_____. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. trad. por LAMARÃO, Sérgio. 3ªed. rev. e ampl. Rio de Janeiro, 2007.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e Direito Penal: Reflexos da Expansão Punitiva na Realidade Brasileira**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **A questão criminal.** Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____.PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** *parte geral.*Vol.1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.