

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/07/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/33748-as-fun-es-do-direito-penal-no-estado-democratico-de-direito-e-a-expans-o-penal>

Autore: Valéria Corrêa Silva Ferreira

As funções do direito penal no estado democrático de direito e a expansão penal

Sumário: 1 A dupla funcionalidade do Direito Penal. 1.1 O Direito Penal garantista como limitação ao poder estatal. 1.2. A proteção de bens jurídicos como fundamento da intervenção mínima. 2 A crítica da expansão penal. 3 Conclusão.

Valéria Corrêa Silva Ferreira,

AS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A EXPANSÃO PENAL

Resumo: Numa ordem jurídica democrática, o Direito Penal assume duas funções básicas: de limitar o poder estatal em defesa do cidadão, e proteger bens jurídicos. Ao abordar princípios basilares do Direito Penal, como o da *ultima ratio*, fragmentariedade e subsidiariedade, evidencia-se o chamado Direito Penal Mínimo, que impõe uma atuação restrita do poder punitivo estatal. Com efeito, a tutela penal, que vai desde a atividade legislativa por meio da previsão abstrata de crimes, até a aplicação em concreto da lei penal, deve ter como escopo a excepcionalidade e a necessidade da punição. Assim, busca-se evitar a indesejável expansão penal de fundamento simbólico, como medida de salvaguardar a verdadeira democracia e a normatividade da Constituição Federal.

Palavras-chave: Ordem jurídica democrática. Direito Penal Mínimo. Expansão penal.

Abstract: *In a democratic legal order, Criminal Law has two basic functions: to limit state power in defense of the citizen, and protect juridical interests. When dealing with basic principles of criminal law, such as the ultima ratio, fragmentation and subsidiarity, highlights the called Minimum Criminal Law, which imposes a restricted action of punitive power state. In fact, the criminal protection, that goes from the legislative activity by means of forecasting abstract of crimes, until the effective application of criminal law, must have as scope to exceptionality and the need of punishment. Thus, we seek to avoid the undesirable criminal expansion with symbolic fundament, as measure to safeguard the true democracy and the normativity of the Federal Constitution.*

Keywords: *Democratic legal order. Minimum Criminal Law. Criminal expansion.*

Sumário: 1 A dupla funcionalidade do Direito Penal. 1.1 O Direito Penal garantista como limitação ao poder estatal. 1.2. A proteção de bens jurídicos como fundamento da intervenção mínima. 2 A crítica da expansão penal. 3 Conclusão.

AS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A EXPANSÃO PENAL

1. A dupla funcionalidade do Direito Penal no Estado Democrático de Direito à luz da Constituição

Mais que mero mecanismo de controle social, num Estado Democrático o Direito Penal possui uma função limitadora e protetiva, servindo como baliza ao exercício do poder estatal, a fim de coibir e prevenir arbitrariedades. Nessa perspectiva, se analisa sua dupla função.

1.1 O Direito Penal garantista como limitação ao poder estatal

A história da humanidade demonstra que por muito tempo a liberdade humana foi desmerecida e desrespeitada por aqueles que detinham o poder. Foi necessário que o homem enfrentasse sangrentas guerras e períodos de verdadeiro terror para se dar conta de que a liberdade é parte da essência do ser humano, e que uma das funções do Estado, é preservá-la em suas mais variadas dimensões.

Desde a época do Iluminismo, que combateu o Estado Absolutista e seus inerentes abusos, a liberdade é tida como direito indissociável ao ser humano. Para salvaguardá-la, foi estabelecida a limitação do poder estatal por

duas maneiras: pela separação dos poderes, e pela garantia de direitos fundamentais, ambas previstas na Constituição, lei hierarquicamente superior às demais e que estrutura o Estado, obrigando governantes e governados.

A esse pensamento de limitação do poder estatal denomina-se “constitucionalismo”, a “ordenação gramática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”. É a partir das normas constitucionais que se encontra os limites, positivos e negativos, de atuação do Estado. Assim, o exercício do poder do Estado – em especial o poder punitivo – é freado pelas regras estruturais de separação dos poderes, as liberdades e direitos dos cidadãos.

Nessa perspectiva, dizer que um Estado é Constitucional é pressupor que há limitação de poder em virtude de lei – que assegura direitos e liberdades -, o que se contrapõe ao autoritarismo. Isso porque o poder estatal está delineado por normas da Constituição, garantindo ao indivíduo sua autoafirmação no seio social dentro do permitido no ordenamento jurídico e consonante o interesse público, além da expectativa normativa de que o próprio Estado não poderá intervir em sua liberdade, salvo quando realmente legitimado e em casos previamente determinados; e mais que isso, o Estado é responsável não só por respeitar, mas também por garantir a liberdade. Com efeito, no Estado Constitucional e Democrático de Direito, a liberdade do indivíduo é sempre a regra, e qualquer privação desse direito fundamental deverá consistir numa exceção. O poder, portanto, existe não como fator de opressão, mas como fonte legitimadora da liberdade do indivíduo.

A Constituição torna legítimas as manifestações do poder; dentre elas, a mais severa é a possibilidade de o Estado aplicar pena ao cidadão que pratica uma conduta tipificada como crime. Assim, mediante o Direito Penal, o Estado está legitimado a fazer uso da força – ou violência, cujo monopólio é estatal - contra o indivíduo, compelindo-o à submissão da lei e restringido sua liberdade com o objetivo de resguardar a ordem pública, a harmonia das relações sociais e a liberdade dos demais cidadãos..

O poder punitivo estatal é bidirecional: ao passo que permite ao Estado privar a liberdade do indivíduo, confere a este a certeza de que só nas hipóteses e formas legalmente previstas, pode aquele aplicar-lhe pena. E a

Constituição, por sua vez, enquanto ponto de interpretação e integração do sistema jurídicoⁱⁱ, assegura ao cidadão, garantias contra o arbítrio do Estado, e orienta a atuação legislativa, administrativa e jurisdicional.

A concepção de limitação de poder é, certamente, uma conquista da ideologia liberal e iluminista. Primando para que o uso da força fosse efetivamente racional, e nunca abusiva, de forma gradativa foram inseridas nas Constituições, normas garantidoras de direitos fundamentais contra um possível abuso de poder estatal. Por conseguinte, consolidou-se a idéia de um sistema penal garantista, ou seja, que resguarda direitos individuais do cidadãoⁱⁱⁱ. Chegou-se, então, à terminologia “Direito Penal Liberal”, que Zaffaroni define como “Direito Penal de Direitos Humanos”^{iv}, realçando o caráter de proteção de direitos fundamentais do indivíduo como fator limitante ao exercício de poder fora dos limites legais.

Na Constituição da República de 1988 encontra-se uma série de princípios que delineiam todo o sistema penal, e que servem como “escudo protetor de todo cidadão contra os ataques do Estado”^v. Consoante ensinamento de Luiz Regis Prado,

os princípios penais constituem o núcleo *essencial* da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas – limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal *conforme* a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito^{vi}

Os princípios penais ganharam importante espaço nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo após as atrocidades cometidas durante da Segunda Guerra Mundial, em que a humanidade passou por reconsiderações éticas e morais que refletiram no Direito enquanto ciência. Segundo lembra Luis Roberto Barroso, foi nesse momento histórico em que se superou o positivismo jurídico, que compreendia a ciência jurídica tão-somente a partir de juízos de fato, para dar lugar ao chamado pós-positivismo, admitindo os juízos de valor na aplicação da norma jurídica, dada a uma determinada realidade social. Nesse ínterim, os princípios ganharam normatividade, garantindo mais

efetividade aos direitos fundamentais à luz de uma nova hermenêutica constitucional^{vii}. Os princípios, enquanto normas que devem ser obedecidas, têm função de proteção da esfera jurídica do indivíduo ante o poder punitivo estatal.

Certamente são dois os princípios nucleares da ordem constitucional, dos quais decorem os demais: o princípio da legalidade e da dignidade da pessoa humana. A legalidade ou reserva legal, como dito alhures, significa que o poder punitivo deve cumprir estrita obediência à lei posta – especialmente a Constituição –, respeitando as garantias do cidadão. O exercício do *jus puniendi*, portanto, esbarra em direitos fundamentais, como o de ser processado e julgado num devido processo e por um juiz natural competente, de ser o indivíduo considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ter sua pena individualizada e aplicada de forma proporcional ao fato cometido.

Indissociável à legalidade é a dignidade da pessoa humana, já que impor limites ao poder estatal pela lei é, também, buscá-la, porquanto a intromissão injustificada na liberdade alheia, por si só, ofende a dignidade do cidadão. Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana como “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o diz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade^{viii}”. Esse respeito indispensável ao ser humano deve orientar a atuação estatal no uso do sistema penal.

Apesar de se tratar de conceito amplo e genérico, variável conforme o caso concreto, no âmbito penal, a dignidade da pessoa humana direciona a criação de tipos penais incriminadores, de cominação e execução de penas – sendo vedadas as penas cruéis –, e até mesmo as regras processuais, que concretizam o direito material^{ix}. Portanto, a própria legalidade, inclusive como princípio que sustenta o Estado de Direito, obedece à dignidade da pessoa humana, fundamento da República.

A limitação do poder estatal pela Constituição tem outra implicância. O fundamento de validade de normas penais deve ser encontrado na própria Constituição^x. Esta, por ser uma lei fundamental, projeta-se de forma vinculante sobre o direito ordinário, e por isso, deve direcionar também o Direito Penal^{xi}.

Numa ordem social democrática, a Constituição é uma fonte valorativa do Direito Penal, devendo o legislador observar os limites impostos pela norma superior. Portanto, apesar da autonomia do Direito Penal, este está vinculado às normas e princípios constitucionais, devendo-lhe obediência. Logo, a Lei Maior estabelece fronteiras para a configuração de ilícitos penais, para a cominação e cumprimento de penas e para normas processuais, sendo fonte legitimadora da sistemática penal.

Se por um lado é certo que a Constituição da República traz uma série de incriminações explícitas, por outro, figura-se como limite negativo ao legislador, determinando, por exemplo, a vedação de pena de morte ou a proibição de penas cruéis – cláusulas pétreas, por serem direitos fundamentais individuais.

Depreende-se, então, que uma das funções do Direito Penal no Estado Democrático de Direito é a defesa de direitos fundamentais do indivíduo contra arbítrios do Estado. Surge daí a expressão *garantismo*, ou seja, a abstenção estatal no âmbito das liberdades individuais, respeitando as garantias individuais do cidadão. Concomitante e indissociável a essa função de proteção do indivíduo, o Direito Penal funciona como mecanismo de proteção de bens jurídicos, sendo esse o fundamento que legitima a restrição da liberdade humana.

1.2 A proteção de bens jurídicos como fundamento da intervenção mínima.

O Estado não pune o cidadão de forma infundada. Ao lado da limitação do poder punitivo, há outra função do Direito Penal: proteger bens jurídicos. Portanto, no Estado Democrático de Direito a razão primordial da tutela penal não é a punição do indivíduo, mas sim, a proteção dos bens jurídicos, que são “valores ou direitos protegidos pelo Direito na medida em que são pressupostos necessários para que as pessoas desenvolvam sua vida social^{xii}”.

O Direito Penal é, inequivocamente, um mecanismo de controle social, utilizado para manter a harmonia social e reprimir condutas indesejadas, daí porque a conduta do cidadão que lesa ou coloca em perigo valores essenciais à vida em coletividade é reprimida pelo poder punitivo. Nessa alheta, Claus Roxin expressa que o Direito Penal tem a finalidade de “garantir os

pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens^{xiii}”.

Para alcançar tal finalidade, pontua-se que a missão do Direito Penal é tutelar bens jurídicos, os “bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade^{xiv}”, que dão sentido teleológico à lei penal^{xv}. Esse é o fundamento da incriminação legal de uma conduta.

A teoria do bem jurídico legitima o Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Consoante reflexão de Rogério Greco, superado o Estado Absolutista e com o advento do Estado Liberal, a proteção de bens jurídicos passou a ser uma garantia dos cidadãos contra o Estado, na medida em que a criação de tipos penais incriminadores só seria aceita se houvesse o pressuposto de tutela de um valor maior^{xvi}. Isto é, a imposição de pena decorre de um justificado fundamento, não como puro arbítrio do Estado.

Em referência a Raul Peña Cabreta, Luciano Feldens enfatiza que

“em um Estado Democrático de Direito, a noção de bem jurídico desempenha um papel inquestionavelmente preponderante, operando como um fato decisivo na definição e função do Direito Penal, clarificando as fontes e os limites do *jus puniendi* e conferindo, demais disso, legitimidade ao Direito Penal^{xvii}”.

Ainda, mencionando Kant, Feldens assevera que o Direito Penal, ao incriminar determinadas ações ou omissões humanas, limita a liberdade visando a assegurá-la, punindo condutas para “*proteger* bens e interesses socialmente valorados como tais^{xviii}”.

Por se tratar do meio mais severo de interferência estatal na esfera jurídica individual e de seleção de comportamentos, prevendo as mais graves sanções do ordenamento jurídico ao afetar um direito fundamental do cidadão – a liberdade - para resguardar direitos fundamentais de outros cidadãos, é que a tutela penal é considerada como *ultima ratio*. Significa dizer que o Direito Penal existe como última razão, quando estritamente necessário, o que se deduz do princípio da subsidiariedade ou da “intervenção mínima”^{xix}.

O Direito Penal deve ser residual, pois pressupõe que os mecanismos de proteção social menos severos não sejam eficazes para proteger os bens

jurídicos, e por isso sua incidência é inevitável, revelando, desta forma, seu caráter excepcional^{xx}.

Ao analisar o princípio da subsidiariedade, Roxin observa que existem três alternativas para evitar a imposição de pena, quais sejam: a indenização no âmbito cível, a adoção de medidas de direito público, e, por fim, punir ações que causem pouca danosidade social como contravenções penais, passíveis de sanções pecuniárias^{xxi}. Ou seja, essa orientação reforça o pensamento de que apenas deve haver a criminalização de uma conduta caso não existam sanções outras, que não a penal, hábeis à proteção pretendida contra uma conduta socialmente indesejada e danosa.

Em complementação à subsidiariedade, tem-se a fragmentariedade, que relativiza a proteção de bens jurídicos, uma vez que seleção conforme sejam realmente essenciais, isto é, buscando a incriminação somente das condutas consideradas mais danosas para a sociedade^{xxii}. Ou seja, nem todos os bens jurídicos merecem tutela penal, e nem todas as condutas merecem ser tipificadas como crime.

Esse conjunto de idéias dá ensejo ao “Direito Penal mínimo”, consistente na atuação restritiva do Direito Penal. A grande dificuldade e polêmica a serem enfrentadas pela questão residem no fato de definir, com racionalidade e à luz do Estado Constitucional, quais bens jurídicos e quais condutas efetivamente merecem tutela penal, evitando a banalização do Direito Penal.

Deve-se considerar que a valoração e referência dos bens jurídicos é variável conforme as necessidades de cada sociedade, de cada época e cultura^{xxiii}. Os países latino-americanos convivem com uma determinada realidade social, política e econômica, que leva a uma criminalidade diferente, por exemplo, dos países europeus, que têm indicativos sociais melhores, estrutura política e econômica também diversa, e exigem diferentes incriminações de condutas.

Seguindo essa linha de raciocínio, torna-se inútil a incriminação de crimes cometidos pela internet, entre povos que não utilizam dessa rede mundial, que apesar de amplamente difundida, ainda não é universal. Igualmente, não se pode comparar as civilizações ocidentais e orientais, porquanto a divergência cultural e as peculiaridades de cada povo, leva a objetividades diferentes.

No que tange à cronologia, é plausível enfatizar que os bens jurídicos também variam de acordo com as circunstâncias cambiantes de cada momento histórico. A sociedade é mutável, daí porque não se pode querer que determinados valores não o sejam, a exemplo do crime de adultério no Brasil, tipificado na década de 40, e abolido em 2005 pela Lei n. 11.106. A mesma análise vale para o crime de racismo, hoje considerado, inclusive, inafiançável e imprescritível pela Constituição da República, contrapondo-se há cerca de pouco mais de cem anos, em que o racismo era institucionalizado da forma mais agressiva ao ser humano, porquanto se admitia a escravidão dos negros.

2. A expansão do Direito Penal

O Direito Penal na sociedade contemporânea foi sofrendo uma gradativa expansão, traduzida na incidência cada vez maior de normas incriminadoras de condutas, visando à proteção de diversos bens jurídicos sob os mais variados tipos penais. Esse processo expansivo, contudo, por vezes se mostram dissonância com as reais funções desse poder punitivo no Estado Democrático.

Como reflete Silva Sánchez, diversas podem ser as causas do surgimento de “novos bens jurídicos” que demandam a tutela penal. Seriam, dentre outros fatores, as “*novas realidades* que antes não existiam – ou não com a mesma incidência -, e em cujo contexto há de viver o indivíduo”; a “deterioração de *realidades tradicionalmente abundantes*” que se mostram, hoje, como bens escassos; e por fim, “o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas^{xxiv}”, como o patrimônio cultural.

No plano formal de validade e legitimidade de uma norma penal, a objetividade jurídica protegida é um bem jurídico. Materialmente, entretanto, não significa que o alvo de tutela criminal seja, necessariamente, um verdadeiro bem jurídico penal, ou seja, um bem essencial à vida em coletividade que efetivamente mereça proteção indispensável do Direito Penal, não podendo ser protegido por outros mecanismos.

Noutro norte, acontece de haver uma seleção racional de determinado bem jurídico, mas um excesso na criação dos tipos penais, incriminando condutas de forma indiscriminada, e sem a preocupação de a repressão garantir, de forma eficaz, a proteção pretendida. Busca-se apenas incriminar, como puro exercício [arbitrário] de poder.

Talvez nesse ponto resida a crise de legitimidade que vive o Direito Penal: o surgimento corrente e irracional de novos tipos penais, de cunho precipuamente simbólico, como consequência da “sociedade do risco” pensada por Ulrich Beck^{xxv}. Nessa sociedade pós-industrial, da tecnologia e biotecnologia, da energia nuclear, globalização, da criminalidade organizada e de massas, econômica e cibernética, o Direito Penal passou a atuar como mecanismo de mitigação dos riscos, muitas vezes distante de valores que devem lhe guiar.

A sociedade passa a conviver com a incerteza e imprevisão das ações humanas, e, concomitantemente, com o medo da insegurança. Basta recordar os bombardeios em Hiroshima e Nagasaki, ou o acidente nuclear em Chernobyl, para que haja a convicção da população em geral acerca da necessidade de responsabilizar penalmente determinados atos relacionados com atividades nucleares, ante o temor da repetição do mesmo acontecimento.

No mesmo sentido, os prognósticos catastróficos dos ambientalistas levam ao medo da reação imprevisível da natureza, e fazem com o meio ambiente passe a ser objeto da tutela penal, mediante incontáveis tipos penais.

A globalização econômica, por sua vez, deu azo a novas formas de criminalidade, praticada por “sujeitos poderosos, caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas também políticos e sociais”^{xxvi}, que poderiam colocar em risco o próprio Estado enquanto instituição. São especialmente os delitos contra a ordem tributária e contra a economia, e que Silva Sánchez sugere como sendo fruto de ideologias esquerdistas, que sustentam que esses crimes atentariam contra o progresso nacional^{xxvii}.

Paralelamente, na dimensão não tecnológica da sociedade do risco, vivencia-se, também, a “criminalidade de massas”, em que o “outro” representa o risco^{xxviii}, sendo marcada principalmente pelo emprego da violência, sobretudo em países periféricos, como os da América Latina.

Por conseguinte, disseminam-se os tipos de perigo, e, como ironicamente enfatiza Salvador Netto, o Direito Penal transforma-se no “*direito penal da esperança*, consistente na torcida de que pelo menos por meio da tipificação se conseguirá concretizar algum resultado^{xxix}”.

Consequentemente, ganham espaço no ordenamento jurídico os tipos penais de perigo - abstrato ou concreto -, o que leva a uma reinterpretação da lesividade do bem jurídico, sob o argumento de que uma conduta típica isolada não seria hábil a provocar uma lesão relevante, ou que sequer há lesão efetiva, mas somente perigo. Assim, os tipos de perigo levariam a uma antecipação da tutela penal e a uma punição antecipada da lesividade individual^{xxx}.

Salvador Netto relembra que, primeiramente, os tipos penais na modalidade dolosa eram suficientes para regular as condutas inaceitáveis pela sociedade, passando posteriormente à tipificação dos delitos culposos, prevendo a violação objetiva das normas de cuidado, até que se chegou aos crimes de perigo da sociedade de risco contemporânea^{xxixxxxii}. A tipicidade penal na sociedade moderna, assim, é reformulada, substituindo os tradicionais delitos de lesão ao bem jurídico individual, pelos delitos de perigo de lesão, sobretudo para proteger os bens jurídicos transindividuais.

Disso decorre a punição antecipada do indivíduo, que mesmo sem ofender o bem jurídico, é punido. Devido à elevada abstração, generalidade e amplitude dos bens jurídicos transindividuais, as condutas consideradas danosas, se vistas isoladamente, seriam inexpressíveis, e não representariam um perigo efetivo de lesão. Os interesses da coletividade, justamente por serem difusos, não poderiam ser abalados por um único agente. Estar-se-ia, nesse sentido, punindo o indivíduo por uma ação isolada, inidônea a causar um dano significativo ao bem jurídico.

A esse fenômeno atribui-se a denominação de “delitos de acumulação” ou, simplesmente, “delitos cumulativos”^{xxxiii}. Isso porque o crime de perigo na tutela de interesses difusos, partiria do princípio de que, se todos os indivíduos – ou muitos deles – praticarem a mesma conduta, o conjunto de comportamentos levará a uma lesão efetiva do bem jurídico. A conduta individual, em si mesma, não provoca um risco relevante, mas a pluralidade de uma mesma conduta sim afetaria o bem jurídico. Entende-se que a agregação

de condutas potencialmente ofensivas leva ao resultado danoso indesejado. Seria o “fenômeno do comportamento massificado”^{xxxiv}.

Por conseguinte, a punição do indivíduo, por sua ação ou omissão qualitativamente irrelevante a causar lesão ao bem jurídico difuso, seria uma ofensa ao princípio da culpabilidade e da proporcionalidade^{xxxv}; o indivíduo seria responsabilizado por um potencial dano que ele, sozinho, jamais causaria, recebendo antecipadamente a tutela penal. Do mesmo modo, se a conduta individual não causa efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, a sanção penal seria medida desproporcional: inadequada, desnecessária e proporcionalmente desequilibrada.

Externa-se, nesse ponto, outra manifestação negativa da expansão penal apontada por Silva Sánchez, isto é, a flexibilização das garantias individuais do cidadão, conquistadas no Estado Liberal, em prol da prevenção de lesão a interesses difusos.

O Direito Penal na sociedade contemporânea fundar-se-ia na precaução, na tentativa de solucionar problemas globais, buscando evitar a real perturbação do bem jurídico. Ocorre que esse fenômeno vem ocorrendo de forma irracional, sustentado pela simbologia, pela emergência e pela opinião popular.

O Direito Penal vem se apresentando como forma de intimidação, punindo-se como pena privativa de liberdade, condutas que, de fato, são ilícitos administrativos. É o fenômeno da “administrativização” do Direito Penal, já que este, “que reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais”^{xxxvi}. Tipifica-se, assim, infrações administrativas, visando ao cumprimento das regras por meio da coação penal.

Nesse diapasão, o Direito Penal estaria perdendo seu caráter subsidiário e fragmentário para atuar como medida de prevenção, e muitas vezes, para satisfazer “desejos punitivos” da população em geral, calcados na utilização da pena privativa de liberdade.

A opção pela incriminação de um comportamento deve ter sério fundamento, que legitime a intervenção penal e tenha efetiva utilidade social, não consistindo numa simples violação de normas jurídicas, mas em hipótese

em que a vida coletiva será abalada caso não haja a previsão de uma sanção penal. Essa é a essência do Direito Penal Democrático.

3. Conclusão

No Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve estar conforme a Constituição, a lei máxima do ordenamento jurídico, que irradia seu conteúdo sobre as demais leis. Sendo assim, a Constituição estabelece limites positivos e negativos ao legislador.

Com a ideologia do liberalismo, a lei passa a figurar como fonte de proteção do indivíduo frente ao Estado. O tipo penal e os princípios penais encontrados principalmente na Constituição funcionam como mecanismos de proteção do cidadão, impedindo que *jus puniendi* seja exercido abusivamente. O Direito Penal, portanto, tem a função de proteger o cidadão, para o Estado não interfira mais que o necessário e o previsto em lei em sua liberdade, a qual deve ser sempre a regra.

Além disso, o Direito Penal tem como missão a proteção de bens jurídicos. A restrição da liberdade do cidadão só se justifica para salvaguardar valores e interesses vitais para a vida em coletividade. O bem jurídico é o fundamento da intervenção mínima.

Como a liberdade deve ser sempre a regra, o Direito Penal deve ser subsidiário e fragmentário; princípios que levam ao chamado Direito Penal Mínimo, o qual alberga também a proteção de interesses difusos. Essa compreensão não se coaduna com a atividade legislativa irrefreável que pretende expandir cada vez mais a tutela penal, numa perspectiva de assegurar o cumprimento das normas por meio da intimidação da pena privativa de liberdade.

Um Direito Penal democrático, lógico e racional, tem como pressuposto as funções limitativa e protetiva do cidadão e, por consequência, do bem jurídico. Logo, o exercício do poder punitivo, em abstrato ou em concreto, que

não tenha por finalidade uma dessas funções, deve ser considerado ilegítimo e contrário à Constituição.

Valéria Corrêa Silva Ferreira, advogada, graduada e pós-graduada em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal de Uberlândia.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

FELDENS, Luciano. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. Porto Alegre/RS, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. I: parte geral, arts. 1º a 120.** 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade Penal e Sociedade do Risco.** São Paulo: Quarter Latin, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral.** 2ª ed. Lumen Juris, Curitiba, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política-criminal nas sociedades pós-industriais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 26ª ed, São Paulo: Malheiros, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro v.1: Parte Geral**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- ⁱ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p 48.
- ⁱⁱ Cf. BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 136; a Constituição é o centro do sistema jurídico e principal elemento que lhe dá unidade.
- ⁱⁱⁱ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 18.
- ^{iv} ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro v.1: Parte Geral**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 288.
- ^v GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 53.
- ^{vi} PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. I: parte geral, arts. 1º a 120.7ª** ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 131.
- ^{vii} BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 349-350.
- ^{viii} SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 55.
- ^{ix} GRECO, Rogério. **Ob. cit.**, p. 59.
- ^x FELDENS, Luciano. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.31.
- ^{xi} CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p 1.114.
- ^{xii} ESQUERDO, Esperanza Vaello *apud* GRECO, Rogério. **Ob. cit.**, p. 64.
- ^{xiii} ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32.
- ^{xiv} GRECO, Rogério. **Ob. Cit.**, p. 63.
- ^{xv} ZAFFARONI, Eugênio Raul; **Ob. cit.**, p. 398.
- ^{xvi} GRECO, Rogério. **Ob. cit**, p. 63-64.
- ^{xvii} FELDENS, Luciano. **Ob. cit.**, p. 49.
- ^{xviii} *Ibidem*, p. 51.
- ^{xix} PRADO, Luiz Regis. **Ob. cit.**, p. 143.
- ^{xx} SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 05.
- ^{xxi} ROXIN, Claus. **Ob. cit.**, p. 52.
- ^{xxii} PRADO, Luiz Regis. **Ob. cit.**, p. 143-144.
- ^{xxiii} GRECO, Rogério. **Ob. cit.**, p. 67.

^{xxiv} SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política-criminal nas sociedades pós-industriais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27.

^{xxv} BECK, Ulrich *apud* SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *Ob. cit.*, p.28-29.

^{xxvi} SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Ob.cit.*, p. 80.

^{xxvii} *Ibidem*, p. 65-68.

^{xxviii} SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Ob.cit.*, p. 80. 80.

^{xxix} SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade Penal e Sociedade do Risco**. São Paulo: Quarter Latin, 2006, p. 89.

^{xxx} *Ibidem*, p. 102-103.

^{xxxi} SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Ob. cit.*, p. 100-101.

^{xxxii} Observa-se que a trajetória das modalidades delitivas dolosa, culposa e de perigo, traduz-se nas próprias teorias que explicam o delito em seu conceito analítico. Do positivismo ao finalismo, para atualmente, chegar-se ao funcionalismo com a teoria da imputação objetiva, acrescentando à tipicidade objetiva do crime, o risco juridicamente proibido.

^{xxxiii} SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *Ob. cit.*, p. 121.

^{xxxiv} SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Ob.cit.*, p.124.

^{xxxv} *Ibidem*, p. 122.

^{xxxvi} SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *Ob. cit.*, p. 114.