

## A NOVA HERMENÊUTICA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

**Elissandra Barbosa Fernandes Filgueira\***

### RESUMO

Em razão dos constantes reclamos sociais faz-se necessário que as normas em geral, especificamente a norma penal, acompanhe tais transformações. Pela impossibilidade prática do legislador acompanhar as mudanças sociais em consonância com o seu ritmo, tal atividade passa a ser atribuição do aplicador do direito, que necessita interpretar o caso concreto, através da aplicação de critérios de uma nova hermenêutica em matéria penal, cuja legislação é datada de 1940 e que precisa ser reinterpretada de acordo com os novos parâmetros e perspectivas trazidos pela Constituição Federal de 1988, através de uma harmonização entre as referidas legislações. Esta interação permite a legitimidade material das decisões de cunho penal em consonância com os princípios que regem o Estado Democrático de Direito. Com isso, os Princípios Constitucionais passam a ser elementos norteadores da nova hermenêutica penal e limitadores da atividade punitiva do Estado, evitando o arbítrio deste para com os seus cidadãos. Como ferramenta para a consecução deste fim, surge o movimento denominado garantismo ou ainda conhecido como a constitucionalização das normas infra-constitucionais, como forma de resguardar a proteção à direitos fundamentais. Demonstra-se a clara necessidade de transformação da nossa norma penal, através da atuação do legislador e por meio da criação e exclusão de tipos penais, como também pela atividade do aplicador do direito no sentido de atingir o fim maior do Estado Brasileiro que é a garantia do respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, enquanto princípio

---

\* Professora Especialista em Ciências Criminais Pela Universidade Potiguar. Professora efetiva da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte e Coordenadora do Projeto de Extensão Liberdade E Cidadania junto ao Complexo Penitenciário Agrícola Dr. Mário Negócio. Advogada inscrita na OAB deste Estado. Aluna do Mestrado em Direito da UFRN-Minter/UERN.

norteador de todo o sistema nacional e concretizador do bem-estar social.

**Palavras-chave:** Hermenêutica. Direito Penal. Constituição Federal. Princípios Constitucionais. Garantismo.

## 1 INTRODUÇÃO

As constantes mutações sociais impulsionam as novas realidades e com elas a necessidade de que a legislação pátria forneça respostas e soluções dentro desta perspectiva.

Desta forma, vislumbramos a exigência de uma constante atualização nas nossas legislações diante do fenômeno social acima mencionado, o que significa dizer que o legislador não tem conseguido acompanhar tais mudanças.

Neste prisma colocamos a questão da legislação penal nacional, datada de mais de 70 anos e principalmente por ser uma matéria desta natureza, que lida com o bem jurídico liberdade, reclama uma atenção maior por parte tanto do legislador como do interprete da norma.

Apontaremos a questão da legislação penal que é de natureza infraconstitucional ser amoldada a Constituição Federal mediante a atividade elaborativa e interpretativa da lei.

Toda esta preocupação, especificamente pelas exigências constitucionais de atenção aos regramentos típicos de um Estado Democrático de Direito.

Nesta linha de raciocínio, passemos a análise das possibilidades de realização de tal finalidade, que é a busca de uma harmonização entre o Direito Penal Brasileiro com a posterior Constituição Federal de 1.988, dentro do prisma democrático.

## 2 A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL BRASILEIRA FRENTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com o advento da Constituição Federal de 1988 torna-se imperativo adaptarmos a interpretação do Código Penal Brasileiro em atendimento ao Princípio da Supremacia da Carta Constitucional.

Como bem se sabe, o Código Penal brasileiro é datado de 07 de dezembro de 1940, o que é forçoso admitir que este, caso continue a ser interpretado de uma maneira positivista em conformidade com a época da sua edição, sem acompanhar aos novos reclamos e transformações sociais, será uma lei que perderá a sua eficácia e não atingirá aos fins a que se destina que é o de assegurar a ordem nacional dentro de uma perspectiva de bem estar social e de uma visão humanística.

Neste sentido, para que a lei Penal Brasileira continue a manter a sua força imperativa e que as decisões judiciais embasadas pelas mesmas tenham legitimidade é preciso adequá-las do ponto de vista interpretativo aos princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

Seguindo este pensamento, temos a colocação do jurista Ricardo Guastini (2007, p. 278):

[...] A interpretação conforme é, em suma, aquela que adequa/harmoniza a lei à Constituição, escolhendo - diante de uma dúplici possibilidade interpretativa, o significado (ou seja, a norma) que evita toda contradição existente entre a lei e Constituição. O efeito de tal interpretação é obviamente o de conservar a validez de uma lei que deveria declarar inconstitucional. A interpretação conforme é um outro aspecto importante do processo de constitucionalização.

Ainda nesta perspectiva de adequação interpretativa do ponto de vista da verticalização do nosso sistema jurídico, vale acrescentar a visão de Marcelo Neves (1988, p. 69-70):

A inconstitucionalidade, porém, é um problema de relação intrasistemático de normas jurídicas, abordado do ponto de vista interno, conforme os critérios de validade contidos nas normas constitucionais. Não se confunde com o problema da injustiça ou da ilegitimidade social. Uma lei inconstitucional pode ser justa no sentido de corresponder a um determinado “sistema de Direito Natural” (sistema de valores jurídicos), ou por conformar-se à idéia de direito, como também pode ter o máximo de aceitação no grupo dos destinatários.

Desta forma, a questão da ausência de consonância na atividade interpretativa entre a lei infraconstitucional e a Constituição gera uma norma de decisão ilegal e é neste sentido que o Princípio da Ilegalidade deve ser observado, não mais numa visão interpretativa clássica,

mas sim dentro de uma atividade de adequação as exigências relativas à garantia de direitos fundamentais.

Estamos tratando aqui do problema da necessidade de adequação do Ordenamento Jurídico, em especial do Direito Penal à Constituição Federal do ponto de vista material. Sendo assim, a norma inconstitucional pode ser considerada como pertinente, levando em consideração ter sido emanada do poder competente, porém ser colocada como inválida, posto ser carente de suporte fático-jurídico.

Dentro de uma concepção moderna, a Constituição confere formato às relações sociais, produzindo efeitos diretos e podendo ser aplicada por qualquer juiz e em qualquer controvérsia. Assim, a legislação nada mais é do que o desenvolvimento dos princípios constitucionais ou a execução dos programas traçados na Carta Maior. Neste entendimento, as normas constitucionais seriam o fim e a legislação ordinária, o meio.

O texto normativo sempre admite diversas interpretações, onde uma interpretação poderia ser a favor e outra contrária a Constituição, cabendo ao intérprete escolher entre as possíveis interpretações a mais adequada. A melhor interpretação é aquela que adequa e harmoniza a lei à Constituição, escolhendo diante das várias possibilidades, o sentido da norma que evite a inconstitucionalidade, tendo como efeito a conservação de sua validade.

Diante desta análise, torna-se imperativa a colocação do pensamento de Montesquieu na sua clássica obra *O Espírito das leis*, quando no cap. XVIII, ao colocar determinado exemplo, retira-se a lição de que o que determina uma lei é o motivo a que se destina e acrescenta ainda que é preciso que o legislador, ao criar uma determinada lei, tenha a visão de todos os seus efeitos para que ela não perca seu real fundamento, que é a garantia da ordem e do bem-estar social.

Dentro desta perspectiva não podemos mais admitir interpretações “engessadas” na velha hermenêutica de simples subsunção do fato criminoso a norma positivada, sem harmonizá-la dentro de uma linha de garantias fundamentais, tanto na fase pré-processual, processual e pós-processual.

Nesta linha de pensamento, temos um artigo publicado por João José Caldeiras Bastos (2006, p. 4), que diz:

Os tempos mudaram. A Hermenêutica Jurídica, teoria sistemática da interpretação, já alcançou a maturidade. Vedá-la no campo do direito criminal não é apenas ignorar a sua utilidade e importância, é atestar um diminuto horizonte de raciocínio, ou retroceder, voltar ao atraso de outras épocas, sem as escusas das velhas

circunstâncias... Interpreta-se a lei penal porque também ela, como as demais, possui um sentido e alcance próprios, que não podem ser esquecidos. O texto frio, mero arcabouço verbal, abstrato e solene, com os seus conceitos e advertências, precisa ser compreendido em seu conteúdo autêntico. Isto se tem á custa de um contencioso trabalho exegético, que impede se cometam injustiças, e das piores, porquanto atingem o homem em sua honra e liberdade.

O sistema jurídico é um sistema aberto tanto no sentido de que nunca está completo, sempre evolui e se modifica, o que decorre da incompletude e provisoriedade do conhecimento científico, como ainda no sentido de ser a Constituição dotada de amplitude interpretativa para a satisfação de direitos fundamentais.

Assim, não é possível analisarmos a norma de maneira isolada, sem inseri-la no sistema em que se encontra, sob pena de excluí-la por inadequação a norma Maior e aos princípios nela contidos.

Desta forma, o Direito Penal é um instrumento de organização social. Disso resulta a sua utilização como forma de resolução de conflitos, devendo sempre o interprete da norma penal está atento aos seus fins no resguardo de direitos dos cidadãos contra os abusos do Estado enquanto detentor do direito de punir, mas ao mesmo tempo obrigado a prestar garantias individuais ao seu corpo social.

### **3 O DIREITO PENAL NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Conforme sabemos, o Brasil é caracterizado como um Estado democrático de Direito, cujo fundamento maior não é simplesmente a aplicação da lei como acontecia dentro do Estado Liberal, na verdade, o Estado brasileiro é um Estado Social, que necessita de uma lei com adequação social, cujos fundamentos estão elencados já no art. 1º da Constituição Federal, tendo atualmente como um dos seus maiores fundamentos a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III).

Nesta ótica, importante o ensinamento de Fernando Capez (2010, p. 25):

Sendo o Brasil um Estado democrático de Direito, por reflexo, seu direito penal há de ser legítimo, democrático e obediente aos princípios constitucionais que o

informa, passando o tipo penal a ser uma categoria aberta, cujo conteúdo deve ser preenchido em consonância com os princípios derivados deste perfil político-constitucional... Podemos, então afirmar que do Estado Democrático de Direito parte o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, orientando toda a formação do Direito Penal. Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, posto que atentatório ao próprio fundamento da existência do nosso Estado.

Desta forma, não somente durante a fase de elaboração da lei, mas também no momento da sua concretização do ponto de vista da aplicação material é necessário que o intérprete esteja atento ao espírito da Constituição Federal e que consiga absorvê-lo para que a sua decisão seja legítima atendendo aos fins de um Estado que prioriza as garantias fundamentais dos seus cidadãos e que se deixe guiar pela Dignidade da Pessoa Humana, tanto o legislador na criação da lei quanto o Judiciário no momento da sua aplicação.

Vejamos ainda a idéia de Capez (2009, p. 25) sobre este ponto:

Cabe ao operador do Direito exercer controle técnico de verificação da constitucionalidade de todo tipo penal e de toda adequação típica, de acordo com o seu conteúdo. Afrontoso à dignidade humana, deverá ser expurgado do ordenamento jurídico.

Assim, cumpre ao interprete da lei perceber que a medida de aplicação da pena deve manter-se dentro de uma proporcionalidade e somente ser aplicada dentro de um procedimento justo, dotado de garantias jurídico-constitucionais.

Hassemer, citado por Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 39), diz que:

Através da pena estatal não só se realiza a luta contra o delito, como também se garante a juridicidade, a formalização do modo social de sancionar o delito. Não faz parte do caráter da pena a função de resposta ao desvio (o Direito Penal não é somente uma parte do controle social). A juridicidade dessa resposta (o Direito Penal caracteriza-se por sua formalização) também pertence ao caráter da pena.

Destarte, possui o Estado o Direito de punir e deve exercê-lo da maneira que mais proteja a sociedade sem esquecer-se de aplicar junto a sua atividade as garantias fundamentais do indivíduo localizados na Carta Magna, como forma de conferir juridicidade e

consequentemente uma plena adequação das suas medidas, longe dos arbítrios, abusos e discricionariedade excessiva e desarrazoada que marcaram o passado.

### 3.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO ELEMENTOS LIMITADORES DA ATIVIDADE DO ESTADO EM MATÉRIA PENAL

Partindo da idéia do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como princípio macro, orientador de toda interpretação em matéria penal no nosso sistema, temos que dele derivam todos os demais princípios que asseguram as garantias mínimas nesta matéria.

A questão da formalidade do Direito Penal está vinculada as normas e objetiva limitar a intervenção jurídico-penal do Estado em atenção aos direitos dos cidadãos, mesmo que um deles venha a ser acusado de praticar uma conduta tipificada como crime, onde os seus limites de atuação devem ser encontrados dentro de uma realidade concreta. Esses limites materializam-se através dos princípios, onde ainda conforme as lições de Hassamer, citado por Bitencourt (2010, p. 39):

Desde que compreenda que deve integrar todos estes limites harmonizando as suas eventuais contradições recíprocas, se se compreender que uma razoável afirmação do Direito Penal em um Estado Social e Democrático de Direito exige respeito as referidas limitações.

Desta forma, os princípios dentro de uma ótica política e criminal são considerados limitadores do poder repressivo estatal, onde sua atividade deve contar com freios e limites que garantam a inviolabilidade dos direitos fundamentais do cidadão. Isso caracteriza um Direito Penal dentro de uma visão pluralística e democrática.

#### 3.1.1 O Princípio da Insignificância ou da Bagatela

Com origem no Direito Romano, de cunho civilista, foi introduzido no sistema penal brasileiro por Claus Roxin em 1964, fundamentado numa moderna política criminal. Quanto ao termo “bagatela” este foi colocado por Klaus Tiedemann.

Segundo este princípio, o direito penal não deve ater-se a questões de pequeno valor ou de ínfima violação ao bem jurídico tutelado. Parte-se do pressuposto de que a tipicidade, enquanto elemento de composição do tipo penal, exige o mínimo de lesividade ao bem

protegido. Isso é diferente dos crimes de menor potencial lesivo regulados pela Lei dos Juizados Especiais Criminais com fundamento na Constituição Federal (art. 98, I da CF).

Torna-se, portanto imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a intervenção penal do Estado.

Deve-se levar em consideração que com relação à criação de tipos penais, este ato é privativo do Poder Legislativo, onde qualquer intervenção direta neste processo afrontará a repartição dos poderes e a própria essência política do Estado Democrático.

Na aplicação do princípio da insignificância é necessária a análise da intensidade da conduta do agente, ou seja, a extensão da lesão produzida, além da observação de em quais tipos penais seria possível tal aplicação.

O STJ por intermédio da 5ª Turma, tem reconhecido a possibilidade de exclusão da tipicidade nestes delitos, sob o fundamento de que à lei não cabe preocupar-se com infrações de pouca monta, insuscetíveis de causar o ínfimo dano à coletividade.

O STF traçou alguns requisitos para a aplicação deste princípio, quais sejam: a) a mínima ofensividade; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Não obstante, em razão destes parâmetros traçados pelos tribunais superiores, têm-se aplicado dentro de uma linha de interpretação razoável a aplicação deste princípio em situações de crimes que envolvem o patrimônio, sem a ocorrência da violência contra a pessoa; na situação de um ataque físico irrisório, desde que este não constitua uma injúria qualificada; nos crimes de trânsito sem lesão corporal; em matéria ambiental, além de crimes contra a Administração Pública quando se tratar de ínfima lesão ao erário, cuja verificação fica a depender em todas estas situações da análise do caso concreto.

O STF e o STJ não têm admitido a aplicação da insignificância em matéria de drogas, mesmo que em pequena quantidade.

Na situação de descaminho de bens, serão arquivados os autos da execução fiscal cujo valor não ultrapasse 10.000,00 (dez mil reais) (art. 20 da lei 10.522/2002). Assim no caso débito tributário e da multa não excederem a este valor mencionado, a Fazenda Pública está autorizada a se recusar e efetuar cobrança em juízo, sob o argumento de que a irrisória quantia não compensa a instauração de uma execução fiscal, o que conduziu o STJ a considerar atípico o fato, motivado pelo princípio da insignificância.

Sendo assim, conforme diz Zaffaroni, citado por Bitencourt (2.010, p. 52):



A insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, conseqüentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada.

Desta forma, somente podemos falar em aplicação da insignificância em matéria penal apenas em algumas espécies de crimes, desde que a análise seja feita no caso concreto, observando os critérios trazidos pelos Tribunais Superiores para que essa prática não gere um sentimento de impunidade diante da sociedade, o que foge a proposta deste princípio.

### **3.1.2 Princípio da Alteridade ou transcendentalidade**

Veda a incriminação da atitude que atinja apenas aquele que praticou por ação ou omissão e que não violou bem jurídico de terceiro. Este princípio foi desenvolvido por Claus Roxin, segundo o qual somente serão punidos comportamentos que violem bens jurídicos de terceiros, onde a conduta interna, mesmo que considerada pecaminosa ou imoral, resta ausente de lesividade e que por isso não legitima a intervenção do Estado.

Daí o fundamento da autolesão não ser crime no nosso país, salvo quando utilizada para lesar terceiros como é o caso da fraude de seguros no crime de estelionato (art. 171, § 2º, V, do CP).

Com relação ao usuário de drogas surge uma interessante situação daquele que não porta a mesma por muito tempo e a consome incontinenti de maneira individual, sem divulgação. Nesta situação a 1ª Turma do STF no HC 189/SP de 12-12-200 decidiu que “não constitui delito de posse de droga para uso próprio a conduta de quem, recebendo de terceiro a droga, para uso próprio, incontinenti a consome”.

Deste modo, com fundamento constitucional na razoabilidade e na liberdade conferida ao ser humano para dispor do seu próprio corpo, dentro de uma perspectiva de um Estado Democrático de Direito não se pode condenar algumas por ter se auto lesionado, sem que a sua conduta atinja de maneira direta a bem jurídico de terceiro.

### **3.1.3 Princípio da Intervenção Mínima**

A intervenção mínima possui dois destinatários principais. Primeiro, o legislador, onde exige prudência quando da eleição das condutas que merecerão a reprimenda penal,

devendo ser tipificados somente aqueles que não puderem ser contidos pela aplicação de outros ramos do direito, como o direito civil, administrativo, etc. segundo, ao aplicador do direito, quando recomenda-se não proceder ao enquadramento típico quando perceber a possibilidade de satisfação daquela situação que a princípio tem um cunho criminal por outro ramos do direito, conforme acima mencionado.

Disso decorre a característica da subsidiariedade, onde o Direito Penal deve intervir minimamente em decorrência do Princípio maior da Dignidade da Pessoa Humana, como reserva para a aplicação de uma justiça menos invasiva, dadas as seqüelas de uma intervenção do Estado na vida de um cidadão na limitação do seu direito de ir e vir constitucionalmente assegurado como um direito fundamental.

### **3.1.4 Princípio da Proporcionalidade**

Partindo do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundado na relação de custo-benefício, encontra-se este princípio a guiar o direito penal, extraído de diversas passagens da Constituição Federal de 1988, como por exemplo, quando da vedação de certos tipos penais (art. 5º, XLVII), na exigência de uma pena individualizada (art. 5º, XLVI), no maior rigor para as situações de maior gravidade ao bem jurídico (art. 5º, XLII, XLIII, XLIV) e moderação no caso das infrações mais leves (art. 98, I).

Uma sociedade que incrimina qualquer tipo de conduta torna-se uma sociedade invasiva, que limita de maneira arbitrária a liberdade das pessoas. Desta forma, para o princípio em análise, quando o custo da intervenção do Estado, do ponto de vista da limitação da liberdade, for maior do que a vantagem que poderia trazer para a sociedade, o tipo será considerado inconstitucional por afronta as garantias constantes de um Estado Democrático de Direito.

Apesar de alguns doutrinadores conferirem o mesmo significado em razão da semelhança, o Princípio da Proporcionalidade não se confunde com o da Razoabilidade, segundo a visão de Bitencourt (2010, p. 57):

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não se confundem, embora estejam intimamente ligados e, em determinados aspectos, completamente identificados. Na verdade, há que se admitir que se trata de princípios fungíveis e que, por vezes, utiliza-se o termo “razoabilidade” para identificar o princípio da proporcionalidade, a despeito de possuírem origens totalmente distintas: o princípio

da proporcionalidade tem origem germânica, enquanto a razoabilidade resulta da construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana. Razoável é aquilo que tem aptidão para atingir os objetivos a que se propõe, sem, contudo, representar excesso algum.

Desta forma, é imperioso que a sociedade suporte os custos sociais de tipificações limitadoras da prática de determinadas condutas, que se demonstre a utilidade da incriminação para a defesa do bem jurídico que se quer tutelar, bem como a sua relevância em conformidade com a qualidade e quantidade da sanção cominada.

### **3.1.5 Princípio da Humanidade**

Encontra um amparo constitucional, especificamente na vedação da tortura e de tratamento desumano e degradante (art. 5º, III), na proibição expressa da pena de morte, da prisão perpétua, de trabalhos forçados, de banimento e das penas cruéis de um modo geral (art. 5º, XLVII), o respeito e proteção ao preso (art. 5º, XLVIII, XLIX e L) e ainda as normas que disciplinam a prisão processual.

Deste princípio decorrem outros princípios, como o da individualização da pena, que fundamentou o STF em 23 de fevereiro de 2006, no julgamento do HC 86951/RJ, cuja relatora foi a Ministra Ellen Gracie, quando reconheceu, incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos (§ 1º, art. 2º da Lei 8.072/90) quando vedava a progressão de regimes para todos os casos de condutas enquadradas na referida lei sem levar em consideração este aspecto da individualidade e conseqüentemente da Dignidade Humana. O Princípio da individualização admite ressalvas em alguns efeitos extra penais da condenação, como a questão da reparação do dano na seara cível que pode atingir os herdeiros do infrator até os limites da herança (art. 5º, XLV, da CF).

### **3.1.6 Princípio da ofensividade**

Talvez o mais novo princípio penal dentro de uma ótica constitucional, que defende que não há crime quando a conduta não tiver oferecido qualquer tipo de perigo concreto, real, com a possibilidade de comprovação concreta de lesão ao bem jurídico protegido pelo ordenamento.

Considera inconstitucionais todos os chamados delitos de perigo abstrato, em razão da ausência dos elementos acima mencionados.

Neste sentido, leciona Luiz Flávio Gomes (2002, p. 41):

A função principal do princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos é a de delimitar uma forma do direito penal, o direito penal do bem jurídico, daí que não seja tarefa sua a de proteger a ética, a moral, os costumes, uma ideologia, uma determinada religião, estratégias sociais, valores culturais como tais, programas de governo, a norma penal em si, etc. O direito penal em si, em outras palavras, pode e deve ser conceituado como um conjunto normativo destinado à tutela de bens jurídicos, isto é, de relações sociais conflituosas valoradas positivamente na sociedade democrática. O princípio da ofensividade, por sua vez, nada diz diretamente sobre a missão ou forma do direito penal, senão que expressa uma forma de compreender ou de conceber o delito: o delito como ofensa ao bem jurídico.

Assim como o Princípio da Intervenção Mínima, do ponto de vista constitucional, este princípio também assume uma dupla função, segundo Bitencourt (2010, p. 52):

A função político-criminal, que tem caráter preventivo-informativo, na medida que se manifesta nos momentos que antecedem a elaboração dos diplomas legislativo-criminais; função interpretativa ou dogmática, cuja finalidade se manifesta posteriormente, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o Direito Penal, no momento em que se deve aplicar *in concreto*, a norma penal elaborada.

Este princípio encontra-se em fase de discussão no Brasil, onde a doutrina tem divergido sobre o tema. Vejamos o posicionamento de Capez (2010, p. 43):

Entendemos que subsiste a possibilidade de tipificação dos crimes de perigo abstrato em nosso ordenamento legal, como legítima estratégia de defesa do bem jurídico contra agressões em seu estágio ainda embrionário, reprimindo-se a conduta, antes que ela venha a produzir um perigo concreto ou um dano efetivo. Trata-se de cautela reveladora de zelo do Estado em proteger adequadamente certos interesses. Eventuais excessos podem, no entanto, ser corrigidos pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

Assim, ainda possui uma aplicabilidade discutível principalmente na questão da intenção de declarar a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, amplamente aceitos no Direito Penal brasileiro.

#### 4 A QUESTÃO DO GARANTISMO PENAL

O garantismo surgido na Itália, a partir da necessidade de adequação do Código Penal antigo da ditadura de Mussolini à nova realidade democrática, tendo como principal divulgador Luigi Ferrajoli, cujo movimento também recebe o nome de “constitucionalização do direito”. Surgiu para ser aplicado na área do direito penal e processual penal, mas nada impede que seja aplicado em outros ramos do direito.

Segundo a precisa lição de Noberto Bobbio (199, p. 49):

As normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e norma inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento possui uma norma fundamental, que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado de ordenamento.

Partindo desta idéia de verticalização do sistema jurídico, segundo a visão de Kelseniana, temos que as normas inferiores precisam amoldar-se a norma fundamental e isso não é diferente para as leis penais. Estas precisam obedecer ao respeito das garantias fundamentais assegurados na Constituição, sendo este o fundamento maior do garantismo aqui colocado.

Neste ótica, Ferrajoli (2000, p.132), coloca que o garantismo, percebido dentro da visão de um Estado Constitucional de Direito, representa um arma contra possíveis tentativas de violações de direitos fundamentais. Neste sentido, percebe o juiz como elemento indispensável, especificamente quanto ao critério de interpretação da lei conforme a Constituição.

Seguindo esta linha de pensamento garantista, o Código Penal brasileiro, especificamente na parte dos tipos penais, precisa ser revisto, numa releitura segundo os

ditames constitucionais, especificamente nas valorações das penas dos crimes contra o patrimônio que são desproporcionais aos crimes contra a vida e a integridade física, principalmente de menores. Isso para que ocorram tanto as exclusões de alguns tipos quanto ainda para a inclusão dos novos direitos surgidos ao longo de 70 anos a contar da entrada em vigor do atual Código.

Esse pensamento de cunho constitucionalista do direito penal, como de todos os demais ramos do direito precisa ocupar o espaço da velha dogmática tão pregada ainda nos dias atuais nas nossas faculdades de Direito em todo o país, numa visa distorcida da finalidade da pena, focando num Estado acusador e retribuidor, muitas vezes distanciado dos direitos fundamentais e do devido processo legal, numa visão notadamente anti-garantista, principalmente quando a prisão somente é aplicada para os menos favorecidos financeiramente, o que afronta o Princípio Constitucional da Igualdade, que manda aplicar tratamento igual aos iguais, onde o critério financeiro não pode ser utilizado por ser uma violência contra a Dignidade Humana.

## 5 CONCLUSÃO

Percebe-se claramente diante das colocações aqui relacionadas que o Direito Penal Brasileiro necessita urgentemente passar por alterações, tanto de cunho legislativo, com a retirada de tipos penais que não mais se colocam como necessários, com respeito ao Princípio da Intervenção Mínima, como ainda pela necessidade de criação de tipos penais que contemplem a questão dos novos direitos surgidos ao longo destes anos.

Mais ainda, precisa ser reinterpretado, numa visão constitucional, amoldada aos reclamos e ditames da Constituição Federal de 1988, enquanto lei maior, que uniformiza e legitima todo o sistema normativo nacional.

Toda esta adequação e releitura precisa ocorrer, principalmente, cumprindo as exigências de um Estado Democrático de Direito como é o nosso, cujos direitos fundamentais, conseguidos através de lutas que envolveram classes sociais e econômicas distintas, não podem ficar adormecidos no papel, precisam de uma concretização, que passa a depender da atividade audaciosa do interprete nacional, principalmente do Judiciário, buscando extrair na interpretação das normas infraconstitucionais toda a essência contida na Constituição Federal,

como se ela fosse o tempo inteiro a bússola que guiará o caminho hermenêutico na realização do bem-estar social e da justiça tão sonhada por todo o nosso povo.

Isso não significa dizer que o Estado vai permitir sem maiores critérios a prática de crimes. Isso é impensável, até pelo seu papel de protetor da sociedade e dos bens jurídicos protegidos.

Concretizar e garantir direitos numa ótica penal significa buscar o cumprimento dos princípios constitucionais aplicáveis neste viés, como forma de somente limitar o direito constitucional de liberdade do cidadão como último meio para que não seja ferido o Estado Constitucional-Penal brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, João José Caldeira. **A interpretação e a analogia em face da lei penal brasileira.** Artigo disponível em <[www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br)>. Acesso em 08 nov. 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 15 ed. São Paulo: editora Saraiva, 2010.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Brasília: UnB, 1982, p. 49.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** Vol. 1. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: editora Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y La filosofía Del Derecho.** Colômbia: Universidade Externado de Colombia, 2000, Série da Teoria Jurídica y filosofía Del derecho, nº 15, p. 132.

GOMES, Luiz Flávio. **O Princípio da Ofensividade no Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

GUASTINI, Ricardo. **A constitucionalização do Ordenamento Jurídico e a experiência italiana.** In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal :Parte Geral**. Vol. 1. 12 ed. Rio de Janeiro: Niterói, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 451.

NEVES, Marcelo. **O problema da inconstitucionalidade das leis**. In: Teoria da inconstitucionalidade das leis. Saraiva, 1988.