A liberdade do estado para criar tipos penais e suas limitadoras extras constitucionais.

Luiz Carlos Soares da Silva

Universidade Federal do Pará (UFPA)

luiz.carlosss08@gmail.com

RESUMO

Este artigo tem por finalidade apresentar os limites que o estado possui para criar tipos penais, além daqueles já previstos na constituição federal de 1988, apresentaremos alguns princípios que não estão expressos no ordenamento jurídico brasileiro, mas que foram construídos e norteiam o estado acerca de da liberdade deste no momento de elaboração e até mesmo aplicação do direito penal, tomarmos para esse estudo o princípio da intervenção mínima e o princípio da adequação social e seus desdobramentos frente a ordem jurídica presente no país.

Palavras-chave: limites do Estado; criação de tipos penais; princípios não constitucionais.

ABSTRACT

This article aims to show the limits that the state has to create criminal offenses, in addition to those already provided for in the Federal Constitution of 1988 will present some principles that are not expressed in the Brazilian legal system, but which were built and guide the state about the this freedom in the development of time and even application of criminal law, we take this study to the principle of minimum intervention and the principle of social fairness and its consequences against this law in the country.

Keywords: State boundaries; creation of criminal offenses; not constitutional principles.

1. INTRODUÇÃO

Avaliar a ação do estado no tocante à construção, elaboração assim como na execução dos tipos penais, é uma ação baseada na fiscalização garantida a qualquer cidadão com o objetivo de avaliar os atos praticados pelo ente denominado de Estado, essa fiscalização decorre da democracia representativa, onde os cidadão escolhem seus representantes, do legislativo e executivo, assim percebemos a importância de analisarmos a postura dos legisladores nos momentos de criação de um tipo penal, qual os procedimentos adotados para essa criação e como o legislador cria leis

penais, para isso apropriando-se de limites, princípios e outros meios de fronteiras os quais não estão comtemplados na constituição.

O direito penal deve ser acionado em último caso, pois cabe ao direito penal tutelar bens jurídicos e apontar as consequências para aqueles que vierem a ferir essa tutela de tais bens (Khaled Jr. 2010), e esses bens jurídicos são quem determinam a proteção e os limites que o estado possui para criação de tipos penais que visam assegurar a proteção daqueles bens, passa por diversos questionamentos e construções ao longo do temos, construções que não foram contempladas de maneira explícita pela constituição de 1988.

As superlotações da população carcerária é um fator bastante discutido ao longo dos anos, a criminalização de diversos atos esbarra muitas vezes na concepção de aumento da população carcerária, um problema que as secretarias de segurança de todo o país enfrentam, o caráter punitivo é posto em debate, seria necessário a criação de tantos crimes? A estrutura das cadeias está preparada para receber presos dos novos crimes que são criados?

A cada período de meses nos deparamos com novas ações tidas como ilícitos penais, a exemplo dos crimes cibernéticos, e das mudanças no código de transito nacional, onde dependendo da quantidade de álcool ingerido por uma pessoa que ao se submeter ao exame do etilômetro terá sua ação definida como infração de transito e partir deste limite, se torna crime de transito passando aquela ação a ter uma consequência diferente por uma fronteira ínfima de diferença, assim como o valor pago pela multa que terá um índice de multiplicação e além de responder pelo ato criminal.

Alguns apontamentos foram feitos a respeito dessa temática, pois dependendo da situação em que uma pessoa se encontre, o simples ato de ingerir um bombom de licor que contenha álcool em sua composição ou até mesmo o ato de utilizar um enxaguante bucal pode levar uma pessoa a ter seu nome levado ao processo judicial, o direito ao lazer é de certa forma restringido, o cidadão que está em momento de descanso ou em um evento social onde haja bebida alcoólica sendo que as comemorações sejam elas, festas de e aniversários, formaturas e outros, podem oferecer aos convidados drinks e outros que possuem na composição a estrutura química suficiente para apontar a concentração que defina o ato ilícito de alguém que apenas buscava diversão.

É bem verdade que o estado para regular o limite permitido de concentração da droga, nesse caso o álcool etílico no organismo humano, veio de fatos e discussões

sobre os casos de acidentes ocorridos em função das pessoas que conduziam veículos, estavam sob o efeito de bebidas alcoólicas, são fatos como esses que nos levam as indagações a respeito de como o estado define o seu papel no momento de elaborar uma lei que criminalizará uma conduta praticada pelos atores da sociedade.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Os limites que não estão explícitos na constituição

2.1.1. O princípio da Intervenção mínima do Estado

O direito penal deve ser acionado quando os outros ramos do direito não mais forem suficientes para regular proteção dos bens tutelados e não mais possuírem eficiência na aplicação dessa proteção, assim temos a *última rátio,* assim fica fundamentada a utilização do princípio da intervenção mínima do estado nos momentos de criação de novas leis penais (GOMES, 2011).

Assim o direito penal deve se ater aos bens jurídicos de maior relevância, não podendo tomar parte de todos os conflitos gerados em sociedade, GOMES (2011) traz reflexões acerca da não punição daquilo que ainda está em pensamento, a não punição do que não está amostra, além disso temos no princípio da intervenção mínima a constituição de uma limitadora do poder estatal tanto na elaboração da legislação punitiva como também na função de reguladora do aplicador do direito penal.

Temos alguns questionamentos sobre o uso do princípio da intervenção mínima, para NEVES (2009), o direito penal tem deixado de lado o papel de garantidor da pacificidade social, assim agindo nos casos de maior relevância, deixando o princípio da máxima intervenção aflorar, o legislador na ânsia de demonstrar atividade e antecipação acaba por intervir em bens que poderiam ser protegidos por outros ramos do direito, assim a criminalização se populariza, o ato de criminalizar é tomado de banalidade, algo que está para limitar a ação do estado, é esquecido pelo legislador.

A intervenção mínima do estado quando não funciona preventivamente, ela está sendo utilizada na aplicação das leis, o judiciário entra em ação, às decisões dos tribunais usam aquele princípio para decretar as sentenças que muitas vezes não se faziam necessárias estarem sendo ajuizadas nessa esfera, a esfera que se dedica a atitudes criminais, pois em regra as sanções devem ficar restritas aos fatos de grande monta, percebe-se uma desvirtuação daquilo que era pra ser utilizado quando tudo falhar, já se emprega a criminalização logo como primeira solução a um novo dilema social que surge.

Hoje é possível verificar sentenças que recorreram a *última rátio* para deliberação daquilo que foi decidido, a exemplo da decisão tomada a cerca de um furto em que se teve o bem furtado recuperado e na apreciação do valor de tal bem, verificou-se que este não afetava o patrimônio da vítima daquela ação tipificada como crime, decisão em questão pode ser acessada pelo número do habeas corpus disponibilizado no Superior Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, (STJ HC 163.349/RS).

O princípio da proporcionalidade traz consigo uma subdivisão a respeito da necessidade e da proporcionalidade propriamente dita, apesar de estar explicita na constituição, algo me chamou a atenção e gostaria de deixar aqui registrado, é fato de só se criar um tipo penal para tutelar bem jurídico, quando a ofensa a outro bem tenha sido de maneira que o bem ofendido esteja em um pé de igualdade com aquilo que se deseja restringir, a exemplo do Plágio, o direito a educação não pode ser cerceado sem que a ação do plágio seja tão grave quanto é tirar o direito de educação de alguém.

2.1.2 O princípio da Adequação Social

Outro princípio que não está explícito na Constituição de 1988, é o princípio da adequação social, onde figura os atos que são vistos aos olhos da coletividade como sendo uma conduta aceitável ao convívio social ou por ela visto como algo que não pode ser acatado em detrimento de uma visão que a maioria da população vislumbra como algo que faz parte de uma normalidade comum a todos os seres pertencentes a determinada classe ou um determinado grupo que entendam certas práticas aceitáveis.

Para RANGEL (2012) o princípio da adequação social tem um cunho subjetivo pois passa por uma espécie de aceitação das atitudes ou reprovação delas, assim o legislador pesa o fato de uma comunidade ou uma parcela da sociedade externalizar o juízo de valor a respeito de determinado ato para usar esta manifestação da coletividade como limitadora na criação de novos crimes.

Percebemos a partir do que nos mostra RANGEL (2012) que este princípio é utilizado também para colocar em desuso crimes, como citado por ele, o adultério o qual antes era tipificado como crime e expresso no código penal Brasileiro, este crime passou a ser encarado pela sociedade como uma conduta que seria mais necessária a tutela do direito penal, assim vindo a ser retirado do código e deixado de ser tipificado como crime.

É perceptível que certos tipos penais acompanham as tenências atuais de cada momento vivido pela sociedade, assim uma sociedade com valores tradicionais como aquela à época da criação do código penal na década de 40, como já falado do crime de adultério, e outros que seguem o mesmo raciocínio, podemos citar o Art. 229 do Código Penal Brasileiro refere-se a casa de prostituição, um ato cotidiano nas cidades brasileiras, algo que a sociedade aceita como algo comum e que não é encarado como ilícito penal, apesar de estar tipificado como crime no ordenamento jurídico criminal.

RANGEL (2012) nos revela alguns fatores que devem ser observados no princípio da adequação social, são eles a tipicidade, a ponderação e a valoração e a desvaloração dos atos que podem ou não ser encarados como perigosos ao convívio em sociedade, tudo isso deve ser considerado para uma harmoniosidade que a coletividade deve buscar, as valorações ligadas a comoção com a qual temos nos deparado entre um fato e outro que surge e nos questionamos sobre o possível entendimento de certa ações serem encaradas como crime, pois são atos que se tornam rotineiros e de certa forma traz certos incômodos, as ponderações presentes em vários instantes da vida social, é vista como um elemento capaz de evitar generalizações, pois cada novo fato deve ser avaliado no contexto em que este acontece.

O princípio da adequação social é usado como limitadora do estado para criação de tipos penais, também é usado para tornar crimes em desuso como já citado e ele também é usado nas decretações de sentenças criminais como por exemplo de absolvição de um rapaz que em uma festa oferecera a um menor, bebida alcóolica, prevista no ECA, a conduta teve sua tipicidade afastada em face do princípio da adequação social.

2.2 A questão carcerária

O Brasil padece de um fenômeno de superlotação das cadeias, que forçam o judiciário a colocar em liberdade por exemplo presos condenados nas datas comemorativas, como vemos nos jornais e nas redes sociais, mas é bom consideramos que essa superlotação gera custos ao Estado, trazendo prejuízos financeiros aos cofres públicos.

A casas de detenção se tornam depósitos de apenados os quais aguardam o julgamento, assim há amontoado de seres humanos em um ambiente que não traz a dignidade como pressuposto, pelo contrário, é um ambiente de se perder as normalidades mentais.

DULLIUS e HARTMANNN (2011) nos revelam que cada preso custa ao país cerca de 4,5 salários mínimos em 1996, e que naquele ano a população carcerária custara cerca de 60 milhões de reais aos cofres públicos, fazendo entendermos que isso influencia nas tomadas de decisões dos legisladores nos momentos de criações dos tipos penais.

Um fato que esteja ligado ao exacerbante número de pessoas que estão na condição de preso e que está inserido na chamada população carcerária, CARVALHO (2008), nos aponta uma ofensa do *narcisismo penal*, a eficiência que o estado através do direito penal deve possuir nos momentos de punição, assim gerar o controle social, vemos um confronto entre o objetivo da esfera penal nas criações de suas leis, suas sanções, e o que realmente está acontecendo, as pessoas infringem cada vez mais as leis penais.

Para MORAES e ABREU (2015), o sistema penitenciário vive uma crise, isso em decorrência do não cumprimento do objetivo por parte da pena de trazer ressocialização, assim verifica-se a falha no que se buscava em trazer a lei penal, não será punindo com restrição da liberdade, o chamado castigo penal, ele não se mostra eficiente, os ambientes que o sistema penitenciário brasileiro oferece feri o princípio da dignidade humana, locais insalubres e sem condições do mínimo higiene necessário ao convívio.

3. CONCLUSÕES

Diante de tudo o que foi exposto, percebemos que não apenas na constituição, Estado encontra limitações para construir, formular, elaborar, criar e aprovar leis de criminalização, além do que está expresso na constituição de 1988, existem outras condicionantes que freiam o poder do legislador para a preparação e a efetivação dos tipos penais.

Muitas são as discussões a respeito do assunto, não podemos encerrar aqui as conjecturas e investigações a respeito do tema levantado, muito há o que se buscar em detrimento desses questionamentos, os castigos penais ora criados com intuito de controle social do Estado sobre a população para que haja relações aceitáveis de convivência devem regras, que não devem ser criados a livre vontade do legislador, as regras são para sua criação e também existem regras e limites para aplicação das leis penais.

O direito penal resguarda os bens jurídicos de maiores valores, mas no atual ordenamento jurídico penal, há bens jurídicos que não se fazem necessários terem

sua proteção delegadas aos cuidados da esfera penal, pois as sanções penais são as que devem serem utilizadas em último caso, trazem maior rigidez em sua aplicação, e certos bens jurídicos não se fazem necessários as rigidezes como sanção para em decorrência de ferimentos destes.

O sistema penitenciário está falido, a todos os dias novos são os que fazem parte desse sistema, as seccionais cheias de prisões em flagrantes, os presos temporários, preventivos, se amontoam com os já condenados, o judiciário não consegue acompanhar, a criminalização aumenta, porem o controle que deveria ser gerado, a consciência que deveria florescerem com a notícia de que aquele ato é punido com a perda liberdade, com a perda do sono da família, não conscientiza os que resolvem insistir em testar, mas não podemos apontar apenas esse fator, vários são os motivos que levam alguém a desobedecer o ordenamento jurídico.

O estado freia no seu papel de criação de tipos penais, freia como já citado pelo princípio da intervenção mínima, também tem seu papel de criador de tipos penais limitado pelos princípios da adequação social, vale ressaltar que estes princípios são construções que firmaram e se socializaram ao longo do tempo, e que o legislador muitas vezes aceita e usa e em determinados momentos acaba passando por cima.

A liberdade, bem tutelado pelos direitos fundamentais e restringido pelo direito penal faz pensar no que já foi tirado das pessoas, como já citado, o direito a educação e o direito ao lazer, quando me referir ao plágio e a lei seca, restringidoras desse direito, faço indagações a respeito dessas temáticas, especialmente no tocante ao plágio, na restrição do direito a educação, pra mim o caráter punitivo talvez tenha certo exagero, impedir alguém de buscar o conhecimento é algo delicado e que deixo para outro instante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia. 2008** . Editora Lumen Juris – Rj. ISBN 8537502596, 9788537502594

DULLIUS, Aladio Anastacio; HARTMANN, Jackson André Müller. Análise do sistema prisional brasileiro. In:**Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10878&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 07 ago. 2016.

GOMES, Gustavo Henrique Comparim. **Princípios penais constitucionais e o princípio da insignificância aplicado. (2011).** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,principios-penais-constitucionais-e-o-principio-da-insignificancia-aplicado,35397.html.> Acesso em: 01 set. 2016.

KHALED JR., Salah H. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7411>. Acesso em: 02 set. 2016.

MORAES, Rafael Dias de; ABREU, Fabiano da Silva. A crise do sistema penitenciário brasileiro e possíveis soluções. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 143, dez 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16666&revista_caderno=22>. Acesso em: 04 set. 2016.

NEVES, Nayara Magalhães. **Princípio da intervenção mínima no Direito Penal. (2009).** Disponível em:< http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-intervencao-minima-no-direito-penal,24273.html.> Acesso em: 02 ago. 2016.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Princípio da Adequação Social. (2012).** Disponível em:< http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-adequacao-social,38078.html.>. Acesso em: 10 ago. 2016.

RIBEIRO, Karla Daniele Moraes. **Aplicação do princípio da insignificância**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10823&revista_caderno=3>. Acesso em: 03 set. 2016.

.