

# LIMITAÇÕES À LIBERDADE EM FACE DA PRÁTICA DE TIPOS PENAIIS

**Ricardo Alex Almeida Lins**

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

## 1 Introdução

O Estado, monopolizando o poder de coerção, é, de certa forma, em relação ao homem, obstáculo às suas liberdades, enquanto o homem é, por essência, livre. A liberdade, reza a Declaração de Direitos de 1789, inspirada nessa doutrina, consiste no poder de fazer tudo aquilo que não prejudique a outrem. Assim, o exercício da liberdade não tem outros limites, além daqueles indispensáveis a assegurar a todos o desfrute dos seus direitos. Tais limites estão estabelecidos, de forma geral, na lei.

No tocante à liberdade, Duguit<sup>1</sup> chegou a dizer que o homem tem o dever de exercê-la. Além disso, não deve dificultar o exercício da liberdade por parte das outras pessoas. O equilíbrio entre autoridade e liberdade tornou-se, então, o principal problema político do direito. Permite-se, pois, ao homem exercer seus direitos e suas liberdades nos limites estabelecidos pela legislação ordinária, desde que não desfigure os direitos constitucionalmente declarados. As liberdades individuais, vistas por esta seara, não são castelos onde o homem vive indiferente ao resto da sociedade.

A interdependência social e a solidariedade social e fraternal exigem que as liberdades individuais sejam guiadas pelo bem-estar individual acomodado ao bem comum. Esse modo de entendê-las converge para o que se convencionou chamar de direito social. Segundo Radbruch<sup>2</sup>, tutelando o bem comum, é ele delimitado pelos direitos a que todos aspiram: os direitos humanos, cuja essência se expressa precisamente em garantir a liberdade exterior do homem, possibilitando, assim, a liberdade interior da sua conduta moral. Para melhor entender a necessidade de limitação da liberdade em vista do bem comum, observe-se o comentário de Rawls<sup>3</sup>:

Ao limitar a liberdade por referência ao interesse geral na ordem e na segurança públicas, o governo age apoiado num princípio que seria escolhido na posição original. Pois, nessa posição, cada um reconhece que o rompimento dessas condições constitui um perigo

<sup>1</sup> Apud GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 120.

<sup>2</sup> Apud GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Op. cit., p. 129.

<sup>3</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 231

para a liberdade de todos. Isso decorre, logicamente, da compreensão de que a manutenção da ordem pública é uma condição necessária para que todos atinjam seus objetivos, quaisquer que sejam (desde que se situem dentro de limites).

Com efeito, o problema da liberdade se põe no âmago da experiência do direito, pela razão fundamental de ser a liberdade a raiz mesma do espírito. Consoante observação de Wilhelm Windelband<sup>4</sup>, só é possível falar de preceito, ou de norma de conduta e de sua vigência, admitindo-se que existe no homem um poder capaz de transpor as funções naturalmente necessárias da vida psíquica, possibilitando o cumprimento da prescrição normativa. Esse poder é a liberdade e o domínio do homem sobre sua consciência, “a determinação da consciência empírica pela consciência normativa”.

Como se observa, a liberdade não é alguma coisa que é dada, mas resulta de um projeto de ação. É uma árdua tarefa cujos desafios nem sempre são suportados pelo homem, daí resultando os riscos da perda da liberdade. Os caminhos da liberdade surgem quando ela é sufocada à revelia do sujeito - no caso da escravidão, da prisão injusta, da exploração do trabalho, do governo autoritário, da violação à intimidade alheia, da prática do ilícito - ou quando o próprio homem a ela abdica, seja por comodismo, medo ou insegurança. Cabe à reflexão filosófica o olhar atento para denunciar os atos de prepotência, bem como a ação silenciosa da alienação e da ideologia. A esse respeito, Mounier<sup>5</sup> afirma:

O “batismo da opção” (Kierkegaard) marca e consolida cada etapa da luta da liberdade. A opção aparece, inicialmente, como poder de quem opta; escolhendo isto ou aquilo, indiretamente escolho-me a mim mesmo e nesta opção me edifico. A opção, decisão criadora, rompendo com fatalidades e probabilidades, subverte necessariamente cálculos e previsões, mas somente assim pode se tornar a origem criadora de uma nova ordem e de uma inteligibilidade nova e, para quem tomou tal decisão, da maturidade graças à qual o mundo progride e o homem se forma.

Para ratificar tal posicionamento, observemos o pensamento de Whitaker da Cunha<sup>6</sup>, para quem “a liberdade deve ser entendida não como direito a

<sup>4</sup> Apud REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 1991. p. 219.

<sup>5</sup> Apud MARTINS, Antônio Colaço. *Metafísica e ética da pessoa: a perspectiva de Emmanuel Mounier*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 75.

<sup>6</sup> CUNHA, Fernando W. da. *A declaração de direitos e garantias das liberdades individuais como princípios básicos na estrutura do Estado*. Revista do Curso de Direito da UFU, p. 125. 1983.

comportamento sem limites, metafisicamente considerado, mas como uma conduta solidária, limitada pelos direitos dos outros, num feixe de prerrogativas e responsabilidades, como percebeu Kant”.

O homem alcança sua independência pessoal interior, quando adquire consciência de si mesmo perante o ambiente em que vive e perante o mundo; quando consegue discernir o seu poder como indivíduo, como ente social e, acima de tudo, quando começa a refletir sobre sua própria liberdade. Entendemos, portanto, que liberdade individual é um atributo da vontade humana e uma conquista da personalidade do homem, de posse de si mesmo. Ao trazer à tona considerações sobre a limitação interna e externa do postulado da liberdade, conclamando a sociedade a averiguar como decorreu o processo de motivação que leva um agente a ser culpado por determinado fato, Eduardo Correia<sup>7</sup> enfatiza:

Mesmo sem cometer o erro dos positivistas de negar a liberdade de autodeterminação ao homem, mesmo aceitando, como se deve, que o delinqüente quando se decidiu pelo crime poder-se-ia ter decidido de outra maneira, não pode recusar-se que um conjunto de circunstâncias exógenas e endógenas facilitam ou dificultam a sua decisão de o cometer.

Há quem sustente, porém, que ser honesto ou ser criminoso é o produto de decisão livre através da qual se escolhe a tendência que existe dentro de cada homem para o bem ou para o mal. Desse modo, todas as qualidades do caráter do delinqüente, seguindo tal linha de entendimento, podem ser-lhe imputadas através de sua culpa pelas decisões tomadas. Assim, à proporção que o direito criminal afirma certos valores ou bens jurídicos, cria para os seus destinatários o dever de formar ou, pelo menos, de preparar a sua personalidade com vista a não se colocarem em conflito com tais valores ou interesses. Violando este dever, em conformidade com Eduardo Correia<sup>8</sup>, o delinqüente se constitui em culpa pela não formação ou não preparação conveniente da sua personalidade. Nesse sentido, assinala:

O direito penal não quer fazer dos homens sábios artistas, heróis ou santos. Com o juízo de culpa apenas se quer censurar o delinqüente que não se preparou para respeitar aquele mínimo que a vida em sociedade impõe. Em face desta meta tão modesta e dispondo o homem para a alcançar do conjunto de todos os elementos de sua personalidade, dificilmente se poderá falar de tendências relativamente às quais ele nada pode.

<sup>7</sup>CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 45, 1 v.

<sup>8</sup>CORREIA, Eduardo. Op. cit., p. 329.

A primeira idéia, portanto, que se faz do direito penal é que ele é um direito sancionador, que afeta a liberdade do indivíduo, quando este pratica atos reprováveis, contrariando as regras sociais e legais, presentes no Estado Social e Democrático de Direito em que vive. Então, toda vez que houver uma conduta negativa e, portanto, proibida pela lei penal, teremos a imposição da pena. Para reforçar tal afirmação, traz-se a lição de Kelsen<sup>9</sup>, que, na presente citação, despe-se do seu brilhantismo e faz coro à obviedade:

Quando uma norma estatui uma determinada conduta como devida (no sentido de “prescrita”), a conduta real (fática) pode corresponder à norma ou contrariá-la. Corresponde à norma quando é tal como deve ser de acordo com a norma; contraria a norma quando não é tal como de acordo com a norma deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma.

Portanto, uma normal motivação obriga o agente a conduzir-se de conformidade com o ordenamento jurídico. A norma de dever é, assim, dirigida a cada indivíduo, impondo-lhe a obrigação de motivar-se de conformidade com o direito. Significa que os comportamentos são sempre fundados em um valor ou presos a um desvalor, posto que a norma se dirige não à exterioridade da ação, mas ao comportamento no seu todo. Reprova-se o agente por ter podido agir diversamente, quando não o fez. Deste modo, vê-se que a reprovação pressupõe uma anterior utilização da liberdade de modo contrário ao estabelecido pelo ordenamento jurídico. Assim, através de um desígnio pessoal, ao se decidir pela prática do ilícito, o homem, ao mesmo tempo, usa sua liberdade e obsta a sua preservação em plenitude.

Ademais, justifica-se o peso das conseqüências do ato ilícito, qual seja a limitação da liberdade, quando se verifica que a prática do ilícito é previsível e, portanto, dotada de vontade. No dizer de Miguel Reale<sup>10</sup>, o futuro não vem ao nosso encontro como um bem ou um mal imprevisível e gratuito da natureza; é antes um desafio à liberdade como condição que permite ao homem empenhar-se em operações de pesquisa. Assim, ainda que a liberdade seja tida como bem inalienável, sofre necessárias limitações desde quando surgem os ilícitos penais. Sem dúvida, a prática do delito extingue o *status libertatis* e faz com que os indivíduos sofram as conseqüências de uma

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1998. p. 18-19.

<sup>10</sup> REALE, Miguel. Op. cit., p. 43.

ordem imperativa, advinda da chamada custódia em flagrante delito ou por ordem da autoridade que enfeixa poderes expressamente para deter a locomoção de ir e vir de um infrator.

Tal cerceamento legitima-se na necessidade de uma medida que evite a desordenação da sociedade. O tolhimento da liberdade, ante o dever de justiça, é essencial no sentido da repressão e da defesa social. Daí se inferir que, se os direitos individuais têm garantias, sofrem, por outro lado, as devidas limitações, para que venham atender aos reclamos da tranqüilidade pública. A permissão da restrição da liberdade de cada indivíduo corresponde à necessidade de se proteger a liberdade de todos, em uma concessão plenamente democrática.

## 2 Justificativas para a intervenção estatal na esfera penal

Quando a ação de alguém coloca em risco a liberdade de outras pessoas, a intervenção do Estado se justifica plenamente. Assim é que, quando há uma violação à regra geral de coexistência das liberdades, está amplamente justificada a aplicação da pena com vistas a restringir a liberdade daquele que ameaça a liberdade alheia. Kant<sup>11</sup> chega mesmo a dizer que “o direito e a faculdade de constringer são uma mesma coisa”. Faz parte, então, da noção de direito a ameaça, o constringimento, a aplicação da pena.

Esclarece o citado autor que o direito é a limitação da liberdade de cada um e a condição de sua consonância com a liberdade de todos, enquanto esta é possível segundo uma lei universal. Neste sentido, o direito público seria, então, o conjunto de leis exteriores que tornam possível semelhante acordo universal. Assim, já que toda restrição de liberdade pelo arbítrio de outrem chama-se coação, segue-se que a constituição civil é uma relação de homens livres que se encontrariam, contudo, à mercê de leis coercitivas.

No texto: “Sobre o dito comum: isso pode ser dito em teoria, mas nada vale na prática”, de 1793, Kant<sup>12</sup> afirma que *status civil*, considerado como situação jurídica, fundamenta-se nos seguintes princípios: a liberdade de cada membro da sociedade como homem, a igualdade deste com todos os outros como súdito e a independência de cada membro de uma comunidade como cidadão. A partir desses pressupostos, serão analisadas duas justificativas para a intervenção estatal na esfera penal.

<sup>11</sup> Apud NAHRA, Cínara Maria Leite. O imperativo categórico e o princípio da coexistência das liberdades. *Princípios*, Natal, UFRN, ano 2, v. 3, p. 13-31, jul./dez.1995.

<sup>12</sup> Apud NAHRA, Cínara Maria Leite. Op. cit., p. 24.

## 2.1 Limitação da liberdade pela reprovação da opção realizada pelo agente

A reprovação penal é o resultado da análise de todo o fato considerado criminoso nas suas relações objetiva e subjetiva com o agente. A existência de uma imputação subjetiva, em nível de culpabilidade, fundamenta a reprovação penal pela conduta desviada dentro do grupo social. O liberalismo, no desejo de fundamentar a punição, condicionou-se à existência de uma relação psíquica entre o autor e o fato delituoso. Outrossim, expulsou do campo penal a responsabilidade objetiva, tendo em vista que o aspecto objetivo passava a ser a razão da responsabilidade. Neste passo, a limitação da liberdade pela punição só é legítima quando presente tal relação psíquica.

Para que haja consciência do ilícito, segundo Maggiorè<sup>13</sup>, não é necessário o exato conhecimento da norma. Basta a idéia por parte do agente de estar agindo ilicitamente, de modo que a norma penal não tem a função prática de transformar-se em motivos de agir. Tal objetivo a norma penal só pode alcançar desde que conhecida. Neste contexto, a limitação à liberdade pela punição só seria legítima, caso houvesse o dolo manifesto. Para Musotto<sup>14</sup>, o direito penal deve atender às exigências concretas da vida social, de modo que a reprovação ocorrerá por ter o agente agido diversamente do preceituado. A mera violação da norma, então, não é capaz de legitimar a limitação da liberdade, pois não encerra o conteúdo do crime. Este é revelado pela disparidade entre o fato violador e os valores e interesses sociais. Sobre a matéria, leciona com sua lucidez ímpar, Miguel Reale Júnior<sup>15</sup>:

Liberdade de querer é, então, a capacidade de impor um sentido aos impulsos, capacidade de determinar-se de acordo com o sentido próprio do homem e de suas circunstâncias. O homem livre é aquele que pode interferir no processo dos impulsos, impondo-lhe um sentido. É pressuposto da ação e logo, também, da culpabilidade que o agente não seja prisioneiro dos impulsos, que ele possa agir segundo sua determinação racional.

Deste modo, é no domínio de sua liberdade que o agente, ao optar pela prática do ilícito, assume as conseqüências e se decide por se sujeitar à punição. Dirige, assim, sua existência segundo seus impulsos livres. O comportamento

<sup>13</sup> Apud REALE JR., Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 139.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 149.

é, conseqüentemente, tanto uma decisão do agente acerca de sua vida como, também, o reflexo de sua personalidade. Tanto a decisão do agente como a sua personalidade possibilitam que se individualize a reprovação da formação concreta da vontade delituosa. Jorge Figueiredo Dias<sup>16</sup> entende, por isso, que a decisão de um comportamento concreto, fundado na opção de um valor posto como motivo de agir, tem de ser reconduzida a uma decisão prévia, na qual o homem decide sobre si mesmo. Liberdade, assim, é a capacidade de decidir sobre seu próprio ser, pelo sentido de sua vida.

Mister se ressaltar, contudo, na esteira de Francisco Muñoz Conde<sup>17</sup>, que a capacidade de poder atuar de modo diverso daquele como se atuou é indemonstrável. Lembra o citado autor que, no direito penal, como nos demais ramos do direito e da vida social, há casos em que “a pessoa, entre várias tarefas possíveis, elege uma que é prejudicial a outros, sem que isso lhe proporcione um juízo negativo por sua conduta”.

Ressaltando tal circunstância, segundo o citado autor, em uma sociedade em que coexistem distintos sistemas de valores, “é preciso admitir a existência de indivíduos que, mesmo podendo, teoricamente, conhecer a ilicitude de sua ação, nem sequer a questionam, quando essa ação é normal no grupo social a que pertencem (ciganos, estrangeiros, etc.)”. Sendo sua conduta reprovada pela lei, mesmo não incorrendo em erro de proibição, a sua liberdade será cerceada, uma vez que o ordenamento jurídico “fixa uns níveis de exigência mínimos, que podem ser cumpridos por qualquer pessoa”<sup>18</sup>. Além desses níveis, o ordenamento não pode impor o cumprimento de suas determinações.

Assim, a limitação da liberdade consiste na reprovabilidade da prática da ação, ou seja, na reprovação da opção realizada livremente pelo agente, quando poderia agir conforme o direito. Limita-se, assim, a liberdade, reprovando-se pessoalmente o agente por ter, na situação concreta, optado e agido, quando estava em seu poder não fazê-lo, pondo-se em consonância com a norma legal. Vale salientar, contudo, que a limitação da liberdade através da punição só é possível àquele que é livre. A imputabilidade é pressuposto da ação, pois o inimputável não age, enquanto se compreenda a ação como escolha entre valores. Desse modo, imputável é o homem que é livre, que possui liberdade.

---

<sup>16</sup>Ibidem, p. 159.

<sup>17</sup>MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 127.

<sup>18</sup>MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 161.

## 2.2 Adaptação social pela norma jurídica

Sobre a essência da norma jurídica, que se apresenta como instrumento de adaptação social, ensina Maria Helena Diniz<sup>19</sup>:

É evidente, entretanto, que nem todos os fatos, mesmo conduta, têm para a vida humana o mesmo valor, a mesma importância. Há fatos, inclusive puros eventos da natureza, que possuem para os homens, em suas relações intersubjetivas, significado fundamental, enquanto outros, ou por lhes fugirem ao controle, ou por não lhes acarretarem vantagens, ou, ainda, por não lhes provocarem o interesse, são tidos como irrelevantes.

A interligação entre o indivíduo e os mandamentos da norma apenas pode ocorrer se o indivíduo tiver capacidade para se sentir motivado pela norma, conhecer o seu conteúdo ou se encontrar em uma situação em que pode ser rígido, sem maiores esforços, por ela. Desse modo, pode desenvolver suas faculdades para conhecer as normas que regem a convivência no grupo a que pertence e, assim, dirigir seus atos de acordo com essas normas. A esse respeito, argumenta Francisco Muñoz Conde<sup>20</sup>:

A norma penal se dirige a indivíduos capazes de se motivarem, em seu comportamento, pelos mandamentos normativos. O importante não é que o indivíduo possa escolher entre várias ações possíveis, que é precisamente o que a norma proíbe com a ameaça de uma pena. A partir de determinado desenvolvimento mental, biológico e cultural do indivíduo, espera-se que este possa motivar-se por mandatos normativos. [...] A “motivação”, a capacidade para reagir frente às exigências normativas, é, segundo acredito, a faculdade humana fundamental que, unida a outras (inteligência, afetividade, etc.), permite a atribuição de uma ação a um sujeito e, em consequência, a exigência de responsabilidade pela ação por ele praticada.

Escrevendo sobre as características da norma jurídica, Arnaldo Vasconcelos<sup>21</sup> arremata: “Se a observância voluntária da norma afasta a coação, tornando-a prescindível e, por isso, insuficiente para discriminá-la, não dispensaria, contudo, o momento hipotético da coatividade”. Permaneceria esta, fosse ou não fosse a norma acatada. Assim, a coatividade também não serve como elemento caracterizador da norma jurídica.

<sup>19</sup> DINIZ, Maria H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 210.

<sup>20</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 130.

<sup>21</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 34.

A pena é um desses fatos sociais de validade universal, no tempo e no espaço, do qual nenhum povo prescinde e, se quiser prescindir, dissolve-se. A justificação da pena está na sua necessidade, ou seja, em ser ela um meio imprescindível para a manutenção de uma comunidade social humana. Álvaro Mayrink Costa<sup>22</sup> afirma esse pensamento, ao explicar como e por que a norma jurídica é essencial para dar ao Estado instrumento de imputação e, assim, capacidade de promover a adaptação social daqueles que ferem o ordenamento através do uso inadequado da liberdade. Nessa perspectiva, arremata:

O regime de paz jurídica em que se funda o Estado pressupõe a submissão à norma daquela tendência que tem o homem a dar satisfação às suas necessidades e interesses por qualquer meio e, para alcançar um bem que pretende, ser capaz de ameaçar ou ferir um bem ou interesse alheio. Sem a pressão mediadora do Estado e a força que apóia a ordem de Direito, seria a luta de todos contra todos, e a organização social findaria por desagregar-se na extrema anarquia.

### 3 O problema da coexistência das liberdades

Todos podem fazer o que bem entendem dentro de sua liberdade, mas todos têm que responder por todas as suas ações. Cada ato individual que reflita o bem ou o mal é registrado. Cada um de nós responde por todas as ações praticadas. Todos os atos praticados auxiliam ou prejudicam nossa vida. A liberdade do homem está, portanto, cercada e impregnada de limites, mas, mesmo assim, o homem continua a ser livre. Ocorre que, no exercício da liberdade, não nos é permitido tudo querer, pois a liberdade se exerce dentro dos limites das possibilidades. Nesse aspecto, interessante anotar a posição de John Rawls<sup>23</sup> sobre tal limitação:

Ao limitar a liberdade por referência ao interesse geral na ordem e segurança públicas, o governo age apoiado num princípio que seria escolhido na posição original. Pois, nessa posição, cada um reconhece que o rompimento dessas condições constitui um perigo para a liberdade de todos. Isso decorre, logicamente, da compreensão do que a manutenção da ordem pública é uma condição necessária para que todos atinjam seus objetivos, quaisquer que sejam (desde que se situem dentro de certos limites), e para que cada um possa satisfazer a própria interpretação de suas obrigações

<sup>22</sup> COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 754.

<sup>23</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 231.

religiosas e morais. Restringir a liberdade de consciência dentro dos limites, por mais imprecisos que sejam, do interesse do Estado na ordem pública é uma limitação derivada do princípio do interesse comum, isto é, o interesse do cidadão representativo igual.

É cediço que a liberdade encontra mais limitações ao seu exercício, as quais provêm da interdependência recíproca do convívio humano e da reação de conceitos dominantes da organização social, quando tais conceitos são postos em dúvida ou em xeque. O convívio humano impõe muitas restrições ao uso que os indivíduos podem fazer de suas faculdades. Deste modo, ao se estudar o problema da liberdade, não se pode perder jamais de vista que o homem se torna livre em um conjunto de relações recíprocas de dependência, de limitações e abstenções mútuas, que é a sociedade.

Por extensão, é preciso entender que a liberdade deve ser praticada dentro de uma estrutura chamada de ordem legal, que perfaz o conjunto de normas de organização e conduta<sup>24</sup>. Destarte, podemos chegar à conclusão de que apenas com a valorização do homem como ser que sobrevive, trabalha, cria um espaço comum em que interage com outros, e o entendimento pleno desse ser pelo direito, é que “conseguiremos construir um mundo onde todos os homens se sintam à vontade”<sup>25</sup>.

### **3.1 A vida em comunidade como premissa à limitação da liberdade individual**

A vida do homem está passível de condições superiores que transcendem a própria pessoa, de modo que não se desenvolve, se a pessoa não lhes obedece. Também a comunidade impõe certas exigências ao indivíduo, não meramente porque ela assim se determina, mas por serem necessárias ao convívio saudável e fértil entre os homens. A reivindicação de nossa liberdade está intrinsecamente mesclada de instinto para não ser suspeita. Mounier<sup>26</sup> afirma que ninguém é verdadeiramente livre, senão quando todas as outras pessoas, homens e mulheres, que lhe rodeiam forem também livres. Ninguém se torna livre, senão através da liberdade dos outros.

<sup>24</sup>LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 32. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 324-325.

<sup>25</sup>FIORATI, Jete Jane. *Os direitos do homem e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt*. Apud BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nadia de (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 216.

<sup>26</sup>Apud MARTINS, Antônio Colaço. Op. cit., p. 73.

O homem está destinado a conviver com os outros homens e realizar-se plenamente ao interagir com eles. A liberdade é desigual, quando, por exemplo, uma categoria de pessoas tem uma liberdade maior que outra, ou a liberdade é menos extensiva do que deveria ser. Ocorre que todas as liberdades de cidadania devem ser as mesmas para cada membro da sociedade. Uma liberdade básica, então, só pode ser limitada pela própria liberdade, isto é, apenas para assegurar que a mesma liberdade básica estará adequadamente protegida em um segundo momento e para ajustar o sistema único de liberdades da melhor forma possível.

A experiência da liberdade é ambígua: ela nasce da emoção e pode surgir de sentimentos sem valor ou falsos, que lhe proporcionam uma justificação irreal. O perigo oculta-se no fato de a simples autenticidade estar em oposição à conveniência social daquele fato, ao efeito de tal comportamento em face da vida de outrem. A vivência real da liberdade, por outra via, consiste em se sentir livre de uma maneira especial, quando se faz bem aquilo que se tem a fazer, quando se apreende a essência do problema e depois se comporta em harmonia com isso. Sobre tal aparência de liberdade, pronuncia-se Guardini<sup>27</sup>:

À primeira vista, a liberdade parece consistir em satisfazer a vontade própria. Fazer o que agrada ou é útil parece ser, à primeira vista, sinônimo de independência e, por isso, de liberdade. A experiência moral demonstra, porém, que isso apenas me leva a depender de mim mesmo, de todos os entraves interiores que me aprisionam, levame a cometer o mal, a interferir negativamente na conduta dos outros, e isso é verdadeira e essencialmente negação da liberdade. Porque o errôneo, o falso, o invasor, o injusto, o mal, tudo isso constitui escravidão absoluta. A real liberdade é alcançada pela fuga do 'eu' egoísta e elementar e pelo caminhar constante para uma exigência mais pura, normalmente alcançada através da luta, do vencimento próprio e do sacrifício.

É preciso que se distinga a verdadeira liberdade daquela que é simples aparência e se consubstancia, no mais das vezes, na excitação do prazer ocasionado pela ambição de mandar. Tal liberdade deságua, muitas vezes, no exercício da violência e da crueldade para com os outros, que, tendo os mesmos direitos, são prejudicados pelo excesso de seus pares. Assim, tudo aquilo que se contrapõe às exigências da liberdade, embora momentaneamente dê a sensação de poder e de exaltação da vida, desemboca, finalmente, na estreiteza.

<sup>27</sup> GUARDINI, Romano. *Liberdade, graça e destino*. São Paulo: Livraria Flamboyant; Lisboa: Editorial Áster, 1943. p. 42.

Converte-se em um estorvo, em um autêntico tropeço, em uma negação da liberdade. Acerca da convivência em comunidade, trazemos a lume os comentários de Rawls<sup>28</sup>:

As pessoas têm liberdade para fazer alguma coisa quando estão livres de certas restrições que levam a fazê-la ou a não fazê-la, e quando sua ação ou ausência de ação está protegida contra a interferência de outras pessoas, quando os demais têm um dever estabelecido de não interferir.

Um conjunto bastante intrincado de direitos e deveres caracteriza qualquer liberdade básica particular. Não apenas deve ser permissível que os indivíduos façam ou não façam uma determinada coisa, mas também o governo e as outras pessoas devem ter a obrigação legal de não interferir e não criar obstáculos.

Quando os valores morais são solapados, e se exaspera a noção de direito, fazendo caso omissivo do dever, alimentando a permissividade, como tem acontecido, o egoísmo cresce monstruosamente. Nesse caso, o homem se desumaniza, porque seus sentimentos e sua vontade são substituídos por desejos incontrolados e impulsos instintivos, que passam a dominar seu raciocínio. Neste aspecto, convém transcrever as palavras de Arminda Miotto<sup>29</sup>:

Nessa situação de vale-tudo, denominada direito, para satisfazer o egoísmo, as instituições fundamentais para o convívio humano são negadas e escarneadas. Nesse quadro, como admirar-se de que a criminalidade, em uns e em outros países, internamente e transpondo fronteiras, apresente-se como se está apresentando? Para satisfazer o egoísmo, como sua ânsia de ter mais bens materiais e mais facilmente obtê-los; para aumentar o gozo dos instintos, é feito aquilo que está ao alcance: roubos, homicídios, assaltos, seqüestros, extorsões, negociações, tráfico de influências, tráfico de drogas, suborno, corrupção, etc.

Os homens são seres éticos. Na interação de sentimentos, conhecimentos, manifestações de vontade, atos e ações, direitos e deveres, convivem em sociedade. Essa interação e esse convívio são imprescindíveis para que eles realizem a sua destinação humana. A criminologia não pode deixar de levar isso em conta. É importante, conseqüentemente, que se perquiria a relação psicológica da pessoa com a realidade objetiva com a qual se envolve.

<sup>28</sup>RAWLS, John. Op. cit., p. 219.

<sup>29</sup>MIOTTO, Arminda Bergamini. *Acriminologia*. *Revista de Informação Legislativa*, out./dez.1979. p. 210.

Na mesma direção, Miguel Reale<sup>30</sup> afirma que convém pensar-se em um modelo ideal de Estado de Direito, ao modo de Max Weber. Um modelo em que “todas as valências de liberdade se compõem ou se relacionam em unidade aberta e dinâmica”. Dessa forma, a liberdade individual, compreendida ora como liberdade de consciência, ora como liberdade política e econômica, vem a se tornar uma “liberdade social”. Assim, é possível configurar-se um bem comum a todos os membros da coletividade. Para tanto, o valor da liberdade não precisa se converter no da igualdade, pois se trata de valores diferentes, “irredutíveis um ao outro, mas sim correlacionáveis entre si até formarem uma íntima díade indecomponível”.

A existência humana funciona como corolário da expressão maior do direito, pressupondo a questão da coexistência humana, ou, como querem Zaffaroni e Piarangeli<sup>31</sup>, “as existências simultâneas” em sociedade. Em suas considerações, esclarecerem:

Estas têm seu asseguramento com a introdução de uma ordem coativa que impeça a guerra de todos contra todos (guerra civil), fazendo mais ou menos previsível a conduta alheia, no sentido de que cada um saiba que seu próximo se absterá de condutas que afetem entes que se consideram necessários para que o homem se realize em coexistência, que é a única forma em que pode auto-realizar-se. Estes entes são os bens jurídicos ou direitos. A função da segurança jurídica não pode ser entendida, pois, em outro sentido que não o da proteção dos bens jurídicos (direitos) como forma de assegurar a coexistência.

Também encontramos em João Mendes de Almeida Júnior<sup>32</sup> a idéia de coexistência social com base na idéia de segurança. Para ele, corroborando tudo o que vimos até agora, “o primeiro interesse da sociedade é a segurança da liberdade individual, porque a sociedade nada mais é que a coexistência dos indivíduos”. Sem a idéia de coexistência embasando a questão de valores como justiça e segurança, o direito terminaria por transformar sua especificidade em um fim em si mesmo, o que não é crível nem hoje, nem em tempo algum. Isso se dá porque, no dizer de Anamaria Vasconcelos<sup>33</sup>,

<sup>30</sup> REALE, Miguel. Dimensões da liberdade na experiência jurídica e social brasileira. *Presença filosófica*. Rio de Janeiro, v. 12, p. 15, jan./dez. 1986.

<sup>31</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIARANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 93.

<sup>32</sup> ALMEIDA JR., João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911. p. 7, 1 v.

<sup>33</sup> VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres de. *Prova no processo penal*: justiça como fundamento axiológico. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 77.

“aplicar a lei não é um fim em si mesmo. É preciso que tal atuação tenha uma valoração qualquer que seja segurança, como alguns defendem, ou mesmo a justiça, que é a posição que acatamos”. Justifi cando a teoria de o Estado direcionar a vida social resulta do dever que lhe incumbe de garantir a segurança de seus membros, escreve Claus Roxin<sup>34</sup>:

Hoje, como todo poder estatal advém do povo, já não se pode ver a sua função como na realização de fins divinos ou transcendentalis de qualquer outro tipo. Como cada indivíduo participa do poder estatal com igualdade de direitos, essa função não pode igualmente consistir em corrigir moralmente, mediante a autoridade, pessoas adultas que sejam consideradas como não esclarecidas intelectualmente e moralmente imaturas. A sua função limita-se, antes, a criar e garantir a um grupo reunido, interior e exteriormente, no Estado, as condições de uma existência que satisfaça as suas necessidades vitais. De resto, não se pode contestar seriamente a redução do poder estatal para esse fim numa óptica terrena e racional de garantia total da liberdade do indivíduo para conformar a sua vida.

### 3.2 Motivos subsidiadores da criação dos tipos penais

Nossa vida se desenvolve dentro de um mundo de normas. Cremos ser livres, mas, na realidade, estamos presos em uma estreita rede de regras de conduta, a qual, desde nosso nascimento até a morte, dirige nossas ações nesta ou naquela direção. Muitas dessas normas se tornam tão costumeiras, que não nos damos conta da sua presença. Mas, se observarmos como se desenvolve a vida de qualquer criança, é possível verificar que toda ela está repleta de cartazes indicativos, alguns ordenando que se tenha um certo comportamento, outros proibindo. Muitos desses cartazes indicativos são regras de direito. Por isso, um dos primeiros cuidados do estudo do direito é criarmos a consciência da importância da normatividade em nossa existência individual e social.

O direito traça os limites da liberdade, mas a liberdade em si não é uma criação do direito nem do Estado. As liberdades individuais são anteriores ao Estado e inatas. Trata-se de uma anterioridade lógica, não cronológica, através da qual se pode conceber a liberdade anteriormente a qualquer cogitação de Estado. Este não cria a liberdade, mas, ao contrário, limita-a e lhe regula o uso.

<sup>34</sup>ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1992. p. 27.

Sabe-se que a liberdade apenas é jurídica, quando regulada pelo direito. Mas é inegável que a sua matéria, o seu suporte de fato é anterior ao direito. Nessa direção, transcrevemos algumas indagações propostas por Reale<sup>35</sup>:

É a razão pela qual se põem, hoje, como um desafio, as seguintes perguntas reversíveis: Como será possível a nossa experiência jurídica e social, sob o signo de uma participação livre em uma comunidade concreta? Como será necessário ordenar a comunidade nacional para que o país legal se identifique com a comunidade real, em sentido de efetiva participação às sedes decisórias do poder e aos benefícios da socialização do progresso? Como deverá ser a democracia social que, em nossa época, é o nome novo da democracia liberal? Como conciliar liberdade e desenvolvimento?

Em linhas gerais, o direito penal surge como um importante instrumento de manutenção da paz social. Como resume Jescheck<sup>36</sup>, “*la misión del derecho penal es la protección de la convivencia humana em la comunidad*”. No mesmo sentido, Wessels<sup>37</sup> explica que a tarefa do direito penal é a proteção dos valores elementares da vida comunitária, no âmbito da ordem social, e como garantidores da manutenção da paz jurídica.

Assegura Francisco Muñoz Conde<sup>38</sup> que é o Estado, produto da correlação de forças sociais existentes em um determinado momento histórico, que define os limites do culpável e do inculpável, da liberdade e da não liberdade. Ao discorrer sobre a culpabilidade, o citado autor a define como a “culminação de todo um processo de elaboração conceitual destinado a explicitar por que e para que, em um determinado momento histórico, se recorre a um meio defensivo da sociedade tão grave quanto a pena, e em que medida se deve fazer uso desse meio”. Com tal visão, tem-se que, um Estado social e democrático de direito, deve explicar empiricamente por quais razões faz uso da pena e a que pessoas se aplica. Isso sempre ocorre para proteger, de modo eficaz e racional uma sociedade que, se não é completamente justa, “tem em seu seio e em sua configuração jurídica a possibilidade de vir a sê-lo”.

Segundo Ferri<sup>39</sup>, no intuito de prover o desenvolvimento ordenado da socie-

<sup>35</sup> REALE, Miguel. Op. cit., p. 22.

<sup>36</sup> Apud GUASP DELGADO, Jaime. “La pretensión procesal”. *Estudios Jurídicos*. Madri, Civitas, p. 582, 1996.

<sup>37</sup> WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. Porto Alegre: Sérgio Fábris, 1976. p. 3.

<sup>38</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 129.

<sup>39</sup> FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 232.

dade civilizada, em virtude dos indivíduos que, de uma forma ou de outra, burlam ou tentam burlar o direito, o Estado exerce a defesa social. E esclarece: “Vivendo em sociedade, o homem recebe dela as vantagens da proteção e do auxílio para o desenvolvimento da própria personalidade física, intelectual e moral. Portanto, deve também suportar-lhe as restrições e respectivas sanções, que asseguram o mínimo de disciplina social, sem o que não é possível nenhum consórcio civilizado”.

Nesse contexto, o legislador dita normas penais por necessidade de defesa social e as dita para todos. Desse modo, busca radicar na consciência coletiva a impressão de que certas ações são ilícitas, proibidas e punidas. Por outro lado, a aplicação da sanção para qualquer cidadão que transgrida a norma penal surge como uma necessidade imprescindível para o Estado. Sobre tais assertivas, enfatiza Eurico Ferri<sup>40</sup>:

Na realidade, o princípio fundamental de que, quando um indivíduo viola a lei penal deve responder por isso, quaisquer que sejam suas condições fisiopsíquicas, reforça, direta e indiretamente, o sentido de disciplina social e da obrigatoriedade da lei, que lhe é o fundamento; dá completa e segura satisfação às partes lesadas, eliminando, assim, as sobrevivências da vindicta privada; dirime toda a questão sobre a obrigação de indenização do dano por parte do delinquento reconhecido enfermo mental ou imaturo; torna a justiça penal mais sincera e mais segura, libertando-a das hodiernas logomaquias sobre a culpabilidade – e portanto punibilidade – dos acusados reconhecidos autores de crimes.

Na lição de Bittencourt<sup>41</sup>, apesar da existência de outras formas de controle social, algumas mais sutis e, por isso, mais difíceis de limitar que o próprio direito penal, “o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados, em uma organização sócio-econômica específica”. A criação dos tipos penais, portanto, propõe-se a fazer do direito penal, não o exclusivo, mas um dos instrumentos necessários “à correção das distorções causadas por um individualismo exacerbado favorecendo a homogenização social, com vistas à realização da igualdade concreta possível entre os cidadãos, ou seja, com a finalidade de contribuir para que se realize uma sociedade dotada de justiça social”<sup>42</sup>.

<sup>40</sup>FERRI, Enrico. Op. cit., p. 239.

<sup>41</sup>BITTENCOURT, Cezar Roberto. Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade. *Direito e justiça*, Porto Alegre, v. 20, p. 99, 1999.

<sup>42</sup>LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 11.

## 4 Responsabilidade como pressuposto da liberdade

O ato livre não surge espontaneamente. Por um lado, nunca se é livre sem limites. Muito freqüentemente, o ato não procede de uma escolha, mas da necessidade ou do hábito. Muitas vezes, é realizado a partir de domínios exteriores que se impõem por força: o instinto, a defesa, a adaptação, por exemplo. Mas, mesmo dentro de seus limites, a condição de liberdade não exige somente um esforço, nem traduz unicamente o peso de suas conseqüências; sobre ela pesa também a responsabilidade, envolvendo tudo o que isso significa. A esse respeito, observa Guardini<sup>43</sup>:

Participo das coisas que faço de uma maneira que se diferencia essencialmente de todas as demais. Não tenho que agüentar apenas as conseqüências da ação, como em tudo o que faço; tenho que responder pelo próprio fato de o ter produzido. Sou responsável pelas suas conseqüências, boas ou más. E esta responsabilidade não é meramente externa e jurídica; é também interna, afetando o âmago do meu ser. O significado e o peso da ação recaem sobre mim. Pela ação fico submetido a uma certa regra, e por ela se determina o sentido da minha pessoa.

O medo perante a responsabilidade, a preocupação em fugir a qualquer conhecimento e decisão, a preguiça que não aceita a independência são atitudes que encontram justificativa na própria natureza humana. Hoje, porém, mais que nunca, o indivíduo deve se responsabilizar por seus atos, opor resistência a interferências alheias, ao passo que luta para que prevaleçam medidas mais justas. A propriedade do homem sobre seus atos exprime-se pela maneira como ele os subordina a si, através da responsabilidade. Liberdade e responsabilidade constituem a dignidade essencial do homem. Ambas, é certo, levantam graves problemas ao espírito humano, de onde decorre a grande tentação do homem em se desfazer delas, mediante qualquer circunstância de tensão.

Hengel<sup>44</sup> ressalta a força do fator consciente, o fato de que cada indivíduo deve querer saber o que realiza praticamente. Trata-se da responsabilidade da ação, não no sentido fraco da emoção experimentada por uma subjetividade que fracassa na sua tentativa de traduzir a sua intenção na realidade, mas no sentido forte que consiste em tornar o indivíduo senhor de si. Em outras pala-

<sup>43</sup> GUARDINI, Romano. Op. cit., p. 13.

<sup>44</sup> Apud ROSENFELD, Denis L. *Política e liberdade em Hegel*. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 102.

bras, alguém não subordinado às opiniões de outrem, alguém que quer sempre saber o que está exposto. Não se trata, então, de desresponsabilizar os indivíduos das conseqüências não previstas de suas ações; pelo contrário, busca-se tornar cada um capaz de verificar interiormente o processo graças ao qual cada indivíduo se determina conscientemente. De fato, as determinações do indivíduo são determinações pensadas.

É característica dos sistemas penais modernos que a responsabilidade individual seja estabelecida como condição para a punição. O legislador tem a prerrogativa de punir determinados atos, independentemente de o homem ser livre ou não, por julgar que os valores sociais, nos casos puníveis, são superiores aos individuais. Porém, deve o juiz, diante do caso concreto, considerar os condicionamentos fáticos, pois ele não decide apenas com respeito aos valores em jogo, mas também sobre a existência de um fato.

Se a responsabilidade é a capacidade de entender o caráter criminoso dos fatos e determinar-se de acordo com este entendimento, voltamos à base que é a capacidade de agir com livre arbítrio. No direito, o termo “responsabilidade” é substituído por imputabilidade, pois imputar um fato a alguém é responsabilizá-lo do mesmo. Assim, no que diz respeito à responsabilidade de um sujeito por ato cometido, teremos duas situações a serem consideradas: se o autor podia entender, pelo exercício de sua capacidade mental, o ato que praticou; se, de acordo com esse entendimento, quis provocar o resultado verificado. É esta a distinção entre imputabilidade e responsabilidade esposada por Miguel Chalub<sup>45</sup>:

Imputabilidade revela a indicação da pessoa ou do agente a quem se deve atribuir ou impor a responsabilidade ou a autoria de alguma coisa em virtude de fato verdadeiro que lhe seja atribuído ou de cuja conseqüência seja responsável. Desse modo, a imputabilidade mostra a pessoa para que se lhe imponha a responsabilidade, pois que não haverá esta quando não se possa imputar à pessoa o fato de que resultou a obrigação de ressarcir o dano ou responder pela sanção legal. A imputabilidade, portanto, antecede à responsabilidade. Por ela, então, é que se chega à conclusão da responsabilidade para a aplicação da pena ou imposição da obrigação.

Para Fernando Pedroso<sup>46</sup>, a imputabilidade decorre da responsabilidade, sendo aquela, portanto, pressuposto desta, que é sua conseqüência. Portanto, a

<sup>45</sup> CHALUB, Miguel. *Introdução à psicopatologia forense: entendimento e determinação*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 82.

<sup>46</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal*. São Paulo: Lend, 1993. p. 484.

liberdade envolve sempre responsabilidade social. Liberdade não é licenciabilidade nem, simplesmente, fazer o que nos apetece. A liberdade é limitada pelo fato de que o “eu “sempre existe em um mundo e com ele tem uma relação dialética. A liberdade de um ser humano é limitada pelo seu corpo, pela doença, pelo fato de que morre, pela sua capacidade de inteligência, pelos controles sociais, etc. O homem livre é responsável, na medida em que pode pensar e atuar para o bem-estar do grupo.

A culpa é a experiência subjetiva decorrente de não termos assumido plena responsabilidade, isto é, não termos correspondido às nossas próprias potencialidades nos relacionamentos com o outro. Estar apto a pôr em dúvida e a contestar é o que nos distingue do mundo. Em nossa compreensão em relação à liberdade individual, o mais importante é que os valores humanos nunca são unilaterais, mas envolvem sempre um “não” e um “sim”.

Quando assumimos a nossa condição humana, com necessidades e liberdade, limites e potencialidades, e buscamos realizar o nosso ser, tornamo-nos responsáveis pelas nossas atitudes e atos. Isto é, somos responsáveis não somente pelas intenções das nossas ações, mas também pelas suas conseqüências. As nossas ações têm, por trás de si, motivações. Quando temos a consciência do fim almejado e dos meios utilizados, praticamos um ato voluntário. Ao contrário do que muitos podem pensar, somente uma pequena parte de nossas ações tem motivações conscientes e são voluntárias. A maioria delas tem motivações inconscientes e são automáticas.

Segundo Kaufmann<sup>47</sup>, o objeto da ordem jurídica não pode ser encontrado no próprio processo de produção jurídica, mas sim na pessoa humana, que deve necessariamente figurar como seu objeto de proteção. Além disso, deve-se atentar para o fato de que, em uma sociedade pluralista e de risco, nem sempre é possível ao autor tomar conhecimento do dever jurídico, concretizando sua compreensão através da reiteração de condutas arriscadas e, por isso mesmo, induzindo à edificação do princípio da tolerância, ao lado da responsabilidade. Através da vontade, o indivíduo pode dirigir sua conduta de acordo com a norma. Este é o pensamento de Welzel<sup>48</sup>, para quem o objeto primário da culpabilidade é a vontade livre, já que somente através dela se constrói toda a ação. Na esteira desse entendimento, afirma o citado autor:

<sup>47</sup> Apud TAVERS, Juarez. *Culpabilidade e incongruência dos métodos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 24, p. 156, out./dez. 1998.

<sup>48</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*: parte general. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 167.

Culpabilidad es reprochabilidad de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es según esto ‘culpabilidad de voluntad’. Sólo aquello respecto de lo cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad. Así en cuanto a sus facultades y predisposiciones – todo aquello que el hombre simplemente ‘es’-, ya sean valiosas o mediocres (desde luego pueden ser valoradas), sólo aquello que él hace con ellas o cómo las pone en movimiento en comparación con lo que hubiera podido o debido hacer con ellas o cómo hubiera podido o debido ponerlas en movimiento, le puede ser tomado en cuenta como ‘mérito’ o reprochado como culpabilidad.

## 5 Necessidade de intervenção mínima no âmbito penal

Não se pode ignorar as dificuldades práticas com que o legislador se defronta para, em muitos casos, usar com correção os critérios da proporcionalidade e da necessidade. Todavia, em se tratando da criação de tipos penais, é necessário ao legislador ter presente que ele tem o direito de intervenção mínima, ou seja, tem o direito de criar o tipo penal quando o caminho da tutela penal se apresenta como inarredável e necessário.

O direito penal mínimo é uma técnica de tutela dos direitos fundamentais. Segundo Ferrajoli<sup>49</sup>, “configura a proteção do fraco contra o mais forte; tanto do fraco ofendido ou ameaçado pelo delito, como também do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o delinqüente, e na vingança é a parte ofendida ou os sujeitos públicos ou privados solidários com ele”. A proteção vem por meio do monopólio estatal da pena e da necessidade de prévio processo judicial para sua aplicação. Provém, além disso, no processo, de uma série de instrumentos e limites, destinados a evitar os abusos por parte do Estado na tarefa de perseguir e punir.

Segundo o entendimento de Francisco Muñoz Conde<sup>50</sup>, todo tipo penal deve incluir um comportamento humano capaz de colocar em perigo ou lesionar um bem jurídico, que não é senão o valor que a lei quer proteger de ações potencialmente danosas. Bem jurídico, portanto, é uma qualidade positiva que o legislador atribui a determinados interesses. Daí a necessidade de se ter sempre presente uma atitude crítica, tanto frente aos bens jurídicos protegidos como frente à forma de protegê-los penalmente. Por seu turno, Claus Roxin<sup>51</sup> aduz:

<sup>49</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed., Madri: Trotta, 1997. p. 335.

<sup>50</sup>MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 242.

<sup>51</sup>ROXIN. Claus. *Derecho penal: parte general*. Madri: Civitas, 1997. p. 52.

La exigencia de que el Derecho penal sólo puede proteger “bienes jurídicos” ha desempeñado un importante papel en la discusión de la reforma de las últimas décadas. Se partió de la base de que el Derecho penal sólo tiene que asegurar determinados “bienes” previamente dados, como la vida, la integridad corporal, el honor, la Administración de Justicia, etc., y de esa posición se ha deducido la exigencia de una sustancial restricción de la pubibilidad en un doble sentido.

Acrescenta o citado autor que a proteção de bens jurídicos não se realiza somente através do direito penal, mas também pelo instrumental de todo o ordenamento jurídico. O direito penal deve ser usado apenas como a última entre todas as medidas protetoras de que se disponha. Significa dizer que somente pode haver intervenção estatal, em matéria penal, quando se verificar a falha de todos os outros meios de solução social do problema. Por isso, denomina-se a pena como a *ultima ratio* da política social, e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos. Assim, tendo em vista que o direito penal apenas protege uma parte dos bens jurídicos, ou seja, apenas no tocante a formas de ataque concretas, depreende-se, então, a sua natureza fragmentária.

Seguindo o pensamento de Francisco Muñoz Conde<sup>52</sup>, a partir do momento em que o direito penal positivo respeitar os princípios político-criminais mínimos, situando-se no contexto de um Estado democrático, será viável a interpretação dos preceitos penais “com amplitude suficiente para tornar a maior e melhor proteção possível aos valores fundamentais da sociedade compatível com o mínimo custo de repressão e sacrifício da liberdade individual”. O direito penal não encerra um sistema exaustivo de proteção a bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável de tutela jurídica. Portanto, o direito penal tem uma fisionomia subsidiária, e sua intervenção só se justifica, no dizer de Francisco Muñoz Conde<sup>53</sup>, “quando fracassam as demais maneiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito”.

Conforme esclarece Carlos Manãs<sup>54</sup>, “de acordo com o princípio da intervenção mínima, com o qual se relacionam as características da fragmentariedade e da subsidiariedade, o direito penal só deve interferir nos casos de

<sup>52</sup>MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 131.

<sup>53</sup>MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975. p. 60.

<sup>54</sup>MANÃS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 57.

ataques graves aos bens jurídicos mais importantes”. Ratificando esse pensamento, preconiza Maurach<sup>55</sup>: “Na seleção dos recursos próprios do Estado, o direito penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar, e entrar somente quando se revelar indispensável para a manutenção da ordem jurídica”. No mesmo sentido, ensina Carbonell Mateu<sup>56</sup>: “A tarefa do direito penal é precisamente a de interferir o mínimo possível para conseguir o máximo de liberdade”. Assim, como a legalidade não tem tido força suficiente para banir do sistema penal o indesejável arbítrio do Estado, impõe-se, para evitar uma legislação inadequada e injusta, restringir e mesmo, se possível, eliminar o arbítrio do legislador.

Finalizamos este ensaio acerca do papel do Estado no âmbito penal com as palavras de Ricardo de Brito Freitas<sup>57</sup>. Para ele, a existência do Estado de Direito impõe “um dever de abstenção por parte do Estado, ou seja, um dever de nada fazer no sentido de oferecer obstáculos ao pleno exercício dos direitos individuais e, além disso, de garanti-los de forma eficaz em benefício de todos os membros da sociedade”.

---

<sup>55</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962. p. 31.

<sup>56</sup> MATEU, Juan Carlos Carbonell. *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*. Valência: Tirant lo Blanch, 1996. p. 194.

<sup>57</sup> FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e sensibilidade*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 147.

## Referências

- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911. 1 v.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade*. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, ano XXI, v. 20, 1999.
- CHALUB, Miguel. *Introdução à psicopatologia forense: entendimento e determinação*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. 1 v.
- COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- CUNHA, Fernando W. da. “A declaração de direitos e garantias das liberdades individuais como princípios básicos na estrutura do Estado”. *Revista do Curso de Direito da UFU*, 1983.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madri: Trotta, 1997.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Paolo Capitanio. 2 ed., Campinas: Bookseller, 1998.
- FIORATI, Jete Jane. Os direitos do homem e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt. *Os direitos humanos e o direito fundamental*. Carlos Eduardo de Abreu Boucault e Nadia de Araújo. (Org.). Rio de Janeiro, 1999.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e sensibilidade*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

GUARDINI, Romano. *Liberdade, graça e destino*. Trad. Domingos Sequeira. São Paulo: Livraria Flamboyant. Lisboa: Editorial Áster, 1943.

GUASP DELGADO, Jaime. La pretensión procesal. *Estudios Juridicos*, Madrid, 1996.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 32. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. O papel da constituição, seus valores e princípios na formação do direito penal. *Direito Penal e Constituição*, São Paulo, 2000.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MANÃS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARTINS, Antônio Colaço. *Metafísica e ética da pessoa: a perspectiva de Emmanuel Mounier*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MATEU, Juan Carlos Carbonell. *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*. Valência: Tirant lo Blanch, 1996.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. T. I. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MIOTTO, Arminda Bergamini. A criminologia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília-DF, ano 16, n. 64, out./dez.1979.

MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

NAHRA, Cínara Maria Leite. O imperativo categórico e o princípio da coexistência das liberdades. *Princípios*, Natal, UFRN, ano 2, v. 3, jul./dez. 1995.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal*. São Paulo: Leud, 1993.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE, Miguel. Dimensões da liberdade na experiência jurídica e social brasileira. *Presença Filosófica*, Rio de Janeiro, ano 4, v. 12, n. 1, jan./dez. 1986.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

REIS, Suely Pereira Reis. Psiquismo e inimputabilidade. *Rev. da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, v. 5, 1998.

ROSENFELD, Denis L. *Política e liberdade em Hegel*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madri: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1992.

SUNG, Jung Mo. *Conversando sobre ética e sociedade*. Petrópolis: Vozes, 1998.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 24, out./dez.1998.

VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres de. *Prova no processo penal: justiça como fundamento axiológico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Malheiros, 1993.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 11. ed. Santiago: Editorial de Chile, 1997.

WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIARANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.