

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth
– Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-413-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A pandemia do novo coronavírus segue exigindo de todos nós, neste ano de 2021, adaptação. O CONPEDI segue envidando esforços, nesse sentido, para reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância são amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição II”, na tarde do dia 13 de novembro de 2021.

No artigo intitulado “LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A LEI 14.133 /2021 E O CRIME DE CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL PREVISTO NO ART. 337-E DO CÓDIGO PENAL”, Davi Pereira Remedio e José Antonio Remedio analisam o artigo 337-E do Código Penal, avaliando a amplitude de sua tipificação e da severidade das sanções cominadas ao delito, o que deverá contribuir para o combate à corrupção e para melhor responsabilização dos infratores participantes direta ou indiretamente das licitações e contratos administrativos.

O texto “ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O CRIME DE MANIPULAÇÃO DO MERCADO DE CAPITAIS”, de Marcelo Costenaro Cavali, Alessandra Gomes Faria Baldini e Vanessa Piffer Donatelli da Silva aborda os fundamentos econômicos que justificam a criminalização da manipulação do mercado de capitais.

Bibiana Terra e Bianca Tito, no texto intitulado “DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E A INOBSERVÂNCIA POR PARTE DO ESTADO AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: O SIMBOLISMO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES NAS POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS DO BRASIL”, avaliam o direito penal em seu caráter emergencial, diante da inobservância por parte do Estado ao princípio da intervenção mínima preconizado no texto constitucional de 1988.

Por sua vez, no artigo “DELITOS DE PERIGO ABSTRATO DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA TEORIA PERSONALISTA DE

WINFRIED HASSEMER”, Airto Chaves Junior e Thiago Santos Aguiar de Pádua empreendem uma análise crítica dos delitos de perigo abstrato de bens jurídicos coletivos a partir dos critérios propostos por Winfried Hassemer.

O texto “COMUNICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE COMO MEIO DE CONTROLE POPULAR DO SERVIÇO DE SEGURANÇA PÚBLICA”, de autoria de Bibiana Paschoalino Barbosa e Luiz Fernando Kazmierczak, analisa o caráter de direito fundamental da segurança pública, especificamos os meios de controle dos atos administrativos com enfoque no controle social, trazendo como conclusão que a comunicação da prisão em flagrante é meio efetivo de controle popular consubstanciando a efetivação da publicidade dos atos administrativos.

Ana Flavia De Melo Leite e Gabriel Silva Borges, no texto “A ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO AO INDICIADO EM SEDE DE INTERROGATÓRIO POLICIAL E A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE”, discutem a atuação do advogado juntamente ao indiciado preso em flagrante quando de sua oitiva perante a Autoridade Policial no período noturno, diante da edição da Lei 13.869/2019 que criminaliza condutas que tangenciam o procedimento como crimes de abuso de autoridade.

Em “A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES ECONÔMICOS: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E ESPANHOLA”, Edith Maria Barbosa Ramos, Roberto Carvalho Veloso e Rayane Duarte Vieira abordam a aplicação da Teoria da Imputação Objetiva no âmbito do Direito Penal Econômico, trazendo apontamentos sobre a importância da Responsabilização Criminal da Pessoa Jurídica para fins de combate à criminalidade contemporânea.

No artigo “GLOBALIZAÇÃO E CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL: A VIABILIDADE DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E MEDIDAS ALTERNATIVAS EXTRAPENAIIS”, Anna Kleine Neves e Fernanda Borba de Mattos d’Ávila avaliam a viabilidade da cooperação internacional e medidas alternativas extrapenais, empreendendo reflexões sobre a influência e consequências causadas pela Globalização e pela transnacionalidade no Direito Penal, sobre a importância da cooperação jurídica internacional e de medidas alternativas extrapenais na resolução dos possíveis conflitos.

Em seu “ESTUDO COMPARADO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL E DA PRISÃO INVESTIGATÓRIA NA ALEMANHA: O ENCARCERAMENTO DE PESSOAS E NOVAS ALTERNATIVAS EM POLÍTICAS CRIMINAIS”, Jessica de Jesus Mota e

Lucia Carolina Raenke Ertel propõem-se a demonstrar como é utilizada a prisão preventiva no Brasil e a prisão investigatória na Alemanha, estudando os principais aspectos das prisões cautelares nos dois países.

O artigo “A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DAS MÚLTIPLAS MEDIDAS SANCIONATÓRIAS INSTAURADAS SOB O MESMO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO COMO CAMINHO PARA MINORAR OS RISCOS DO BIS IN IDEM”, de autoria de Jean Colbert Dias, Anderson Ferreira e Marcelo de Souza Sampaio, investiga o campo de incidência do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, evidenciando-se uma nova vertente do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

No trabalho intitulado “INQUÉRITO DAS FAKE NEWS: ENTRE O INSTRUMENTALISMO E O GARANTISMO PENAL”, os autores João Paulo Avelino Alves De Sousa e Rejane Feitosa de Norões Milfont analisam o inquérito das fake News à luz da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, na vigência da Constituição Federal de 1988.

“CATEGORIAS PROCESSUAIS E DISCUSSÕES ACERCA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ORIGINÁRIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AÇÃO PENAL E A DECISÃO PENAL”, de Francisco Geraldo Matos Santos e Renato Ribeiro Martins Cal, é um trabalho que apresenta considerações críticas a respeito de algumas categorias no processo penal cuja competência originária é do STF, tendo em vista a necessidade de compreender se há ou não efetivação do que o texto constitucional pós 1988 realmente se propôs a proteger no que tange ao acusado.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Silvia Altaf da Rocha Lima Cedrola e Daniel Alberico Resende, no texto “A NOVA FACETA DO DIREITO À INTIMIDADE NO MEIO AMBIENTE DIGITAL: A TIPIFICAÇÃO DO REVENGE PORN”, avaliam como as transformações e inovações tecnológicas desencadearam uma necessidade de alteração do ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente no Direito Penal, sendo que essa necessidade, ligada ao meio ambiente digital, colide, por vezes, com o direito à intimidade, o que justifica o estudo do chamado revenge-porn, mormente a partir da análise das Leis Federais nº 12.737/2012 e nº 12.965/2014.

No artigo “CIBERCRIME E A NECESSÁRIA REFORMA DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA”, Clarisse Aparecida Da Cunha Viana Cruz, Daniel Brasil de Souza e Pedro José de Campos Garcia avaliam se a legislação penal brasileira é suficiente para proteger os cidadãos contra os cibercrimes.

O trabalho “MEDIDAS JURÍDICAS PROVISÓRIAS E JUSTIÇA DRAMÁTICA: A CRISE NA COMUNICAÇÃO ENTRE A ATIVIDADE JURÍDICO-PERSECUTÓRIA DO ESTADO E A OPINIÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE EM REDE”, de Bruna Barbosa de Góes Nascimento e Henrique Ribeiro Cardoso analisam como a atividade jurídico-persecutória do Estado nos casos que atraem a atenção pública está sendo impactada tanto pelos meios de comunicação em massa quanto pelas redes sociais que expressam em larga medida a opinião pública no contexto da atual sociedade em rede.

Em “A INEFICÁCIA DA POLÍTICA CRIMINAL NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGRAS ENQUANTO OBJETO DE LUCRO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS”, Cristian Kiefer Da Silva analisa a ineficácia da política criminal no combate ao tráfico de drogas enquanto objeto de lucro das organizações criminosas.

O artigo “MEIO AMBIENTE DIGITAL E A AUTORIA DELITIVA NOS CRIMES CIBERNÉTICOS”, de Júlio César Batista Pereira e Reinaldo Caixeta Machado, aborda como os avanços da informática e da tecnologia têm sido palco diário de ameaças à sociedade de risco, capazes de afetar diversos segmentos que repercutem na seara jurídica e em um ambiente que foge da naturalidade, tradicionalmente tutelado pelo Direito.

No texto “A (IN)COMPATIBILIDADE DO CRIME DE DESACATO COM O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ÓTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA”, Abner da Silva Jaques, Endra Raielle Cordeiro Gonzales e João Fernando Pieri de Oliveira analisam o debate sobre a descriminalização do delito de desacato no Brasil, partindo das decisões proferidas no âmbito do STJ.

Em “CRIMES PRATICADOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ”, Airto Chaves Junior e Thiago Santos Aguiar de Pádua avaliam se os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça na análise da tipicidade material do fato nos delitos praticados contra a Administração Pública violam o Princípio da Intervenção Mínima.

Thulio Guilherme Silva Nogueira, no texto “O DIREITO À PRESENÇA FÍSICA DO IMPUTADO NOS ACORDOS PENAIIS CELEBRADOS EM AMBIENTE VIRTUAL”, questiona a viabilidade constitucional da negociação de acordos penais no ambiente virtual, concluindo que a negociação no âmbito virtual não pode ser impositiva, e deve ser tratada como faculdade da defesa.

Em “A DUPLA INCIDÊNCIA DE SANÇÃO PENAL E ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA URBANÍSTICA E O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM”, Bruna Azevedo de Castro e Sibila Stahlke Prado se debruçam sobre o tema da regulação jurídica da utilização e aproveitamento do solo e como o Direito intervém sancionando administrativa e criminalmente condutas que implicam lesão ou perigo de lesão ao ordenamento urbano.

O artigo “CONTROVÉRSIAS SOBRE O CONCEITO DE CONTUMÁCIA NO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL”, de Marcelo Batista Ludolf Gomes, aborda a dificuldade quanto à definição deste novel conceito trazido pelo Supremo Tribunal Federal ao crime de sonegação fiscal.

Por fim, o artigo intitulado “A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A LIMITAÇÃO TEMPORAL DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA”, de Daniela Carvalho Almeida Da Costa e Gabriela Silva Paixão, abordam a temática da duração máxima da medida de segurança na jurisprudência dos tribunais superiores.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior – UNIVALI

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E A INOBSERVÂNCIA POR PARTE DO ESTADO AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: O SIMBOLISMO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES NAS POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS DO BRASIL

EMERGENCY CRIMINAL LAW AND THE STATE'S NON-COMPLIANCE WITH THE PRINCIPLE OF MINIMUM INTERVENTION: CRIMINAL SYMBOLISM AND ITS IMPLICATIONS IN BRAZIL'S CONTEMPORARY CRIMINAL POLICIES

Bibiana Terra ¹
Bianca Tito ²

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar o direito penal em seu caráter emergencial, diante da inobservância por parte do Estado ao princípio da intervenção mínima. O texto constitucional de 1988 preconiza um direito penal e processual penal democrático e constitucional, fundamentado nos direitos humanos, porém, o que se observa nos dias de hoje é cada vez mais a propagação da cultura do punitivismo e da aplicação do direito penal máximo. Assim, é possível perceber-se uma sociedade que clama por sérias mudanças no sistema penal, colocando em xeque uma série de garantias e direitos fundamentais.

Palavras-chave: Simbolismo penal, Política criminal, Direito penal, Emergencialismo penal, Punitivismo

Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims to analyze the criminal law in its emergency character, in face of the non-compliance by the State with the principle of minimum intervention. The constitutional text of 1988 advocates a democratic and constitutional criminal law and criminal procedure, based on human rights, however, what is observed nowadays is the propagation of the culture of punitiveness and the application of the maximum criminal law. It is possible to perceive a society that calls for serious changes in the penal system, putting at risk a series of guarantees and fundamental rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Penal symbolism, Criminal policy, Criminal law, Penal emergencyism, Punitiveness

¹ Mestra em Direito, com ênfase em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. E-mail: bibianaterra@yahoo.com

² Mestra em Direito, com ênfase em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM.

1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo central analisar o direito penal em seu caráter emergencial, diante da inobservância por parte do Estado ao princípio da intervenção mínima e do simbolismo penal, posto que toma conta das sociedades contemporâneas. O direito penal emergencial coloca em detrimento os princípios norteadores do processo penal, sendo que a Carta Magna de 1988 preconiza um direito penal e processual penal democrático e constitucional, fundamentado nos direitos humanos, porém, o que se observa nos dias de hoje é cada vez mais a propagação da cultura do punitivismo e da aplicação do direito penal máximo.

Diante dessas compreensões, esta pesquisa busca desenvolver um estudo dividido em três capítulos e que comporta uma análise sobre a utilização do direito penal em seu caráter emergencial a partir da ótica da inobservância por parte do Estado ao princípio da intervenção mínima. De início, no primeiro capítulo, são abordados alguns importantes princípios norteadores do direito penal e processo penal, fundamentais para a compreensão deste trabalho e do direito penal em si.

No segundo capítulo, por sua vez, é abordado acerca da “fúria legiferante” que atualmente toma conta do ordenamento jurídico, em conjunto com a Teoria das Janelas Quebradas e a evolução do pensamento criminológico e do *jus puniendi* (direito de punir) do Estado. Também foi conceituado e abordado no segundo capítulo o direito penal em seu caráter emergencial, apontando suas características, origens e efeitos frente à hipertrofia legislativa que se percebe no direito penal atual.

Ao final, no terceiro capítulo, é abordado sobre a atual cultura punitivista que assola a sociedade brasileira e ganha cada vez mais espaço no ordenamento jurídico e legislação, assim colocando em crise a intervenção mínima e dando margem a relativização de diversos direitos e garantias fundamentais resguardados pela Constituição Federal de 1988. No terceiro capítulo também foi mencionada a relação que acabou por se tornar comum entre direito penal e processual penal e o pensamento punitivista da atual sociedade, ancorada a discursos midiáticos e políticos.

Essa pesquisa se mostra pertinente diante da conduta do Estado em não observar o princípio da intervenção mínima, partindo-se do pressuposto de que este deve observar todos os princípios norteadores do direito, não podendo utilizar o direito penal de emergência para atender a anseios sociais, clamores midiáticos e controlar a sociedade. Assim, foi feita uma pesquisa dedutiva acerca do tema, utilizando-se a metodologia da revisão bibliográfica de obras produzidas por autores que estudam o tema em questão. Nesse sentido, no que diz respeito ao

aporte teórico utilizado por essa pesquisa, destacam-se autores tais como Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alessandro Baratta, dentre outros, que oferecem o aporte doutrinário necessário para a análise do poder punitivo do Estado e seus simbolismos.

2. Os princípios norteadores do direito penal

O processo penal é regido por diversos princípios e regras que fundamentam a política processual penal do Estado Democrático Brasileiro. Em primeiro plano cumpre conceituar o que são princípios, estes são, na visão de Canotilho (2000), fontes do direito com caráter fundamental, normalmente mais difusos, vagos e indeterminados que as regras, são normas com papel essencial no ordenamento. São funções desempenhas pelos princípios dentro do ordenamento jurídico ser interpretativo e fundamentador das demais normas.

Bandeira de Mello assim os entende como:

[...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico, é o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (MELLO, 1996).

Dessa forma, pode-se entender que os princípios são definidos como juízos fundamentais, servindo como alicerce ou como garantia de certeza a um conjunto de juízos. Sendo assim, são fundamentadores de um sistema de conhecimento, tendo como sua característica principal suas generalidades e abrangência (CIOTOLA, 2001).

A Constituição Federal brasileira, Carta Magna do ordenamento jurídico, em seu artigo 1º, *caput*, define o Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito e, assim sendo, é a partir dele que decorrem todos os princípios fundamentais do Estado (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988). Assim, todos os ramos do direito positivo só adquirem plena eficácia quando são compatíveis com a Constituição Federal e é ela que estabelece os princípios que regem o direito penal e processual penal.

Diante da harmonia entre Direito Penal e Constituição Federal é possível extrair os mais relevantes princípios constitucionais penais que têm a função de limitar o *jus puniendi* (direito de punir) do Estado, por isso são conhecidos como princípios limitadores do poder punitivo estatal. Alguns desses princípios são expressos na Constituição Federal, como os princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana e outros são apenas implícitos, por exemplo, o princípio da insignificância e da intervenção mínima.

Ruy Samuel Espíndola (2003) assevera quanto aos princípios constitucionais e o seu papel na democracia brasileira, afirmando que, na antiguidade, tais princípios possuíam apenas o papel de preencher lacunas, mas que hoje é muito mais do que isso, pois se tornaram parâmetros de aferição de constitucionalidade do sistema jurídico brasileiro. Nessa linha, entende-se que os princípios constitucionais são verdadeiros pressupostos para a aplicação e execução do direito penal e, assim sendo, tornam-se pilares sobre os quais se assentam as instituições jurídico penais.

No artigo 5º da Constituição Federal pode-se encontrar os princípios específicos em matéria penal que possuem a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema penal voltado aos direitos humanos, embasado em um direito penal mínimo e garantista (BITENCOURT, 2014).

Quanto aos princípios constitucionais penais, é possível achá-los ancorados no princípio da dignidade humana, artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988). A dignidade humana deve ser o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais e a violação de qualquer outro princípio implicaria na violação da dignidade humana do indivíduo.

A dignidade humana se estende como um direito a todos os seres humanos, consistindo em uma norma geral que sintetiza todas as demais normas jurídicas, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais (BITTENCOURT; VEIGA, 2015). Ela pode e deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo ser retirada, pois existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente (SARLET, 2015).

No que diz respeito especificamente ao Princípio da Intervenção Mínima, Cezar Roberto Bitencourt (2014) ensina que o princípio da intervenção mínima foi consagrado pelo Iluminismo a partir da Revolução Francesa, com os pensamentos de Montesquieu¹ e Rousseau² e, assim, passou-se a criticar o excesso punitivo, até então, permitido pelas leis penais; propondo-se, dessa forma, uma pena que fosse proporcional ao ato praticado.

É necessária a limitação, ou se for possível, a eliminação do arbítrio do legislador no que disser respeito ao conteúdo das normas penais incriminadoras, sendo esta a função do princípio da intervenção mínima, também conhecido como *última ratio*, que orienta e limita o poder incriminador do Estado. Este se assenta na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo artigo 8º determina que a lei deve prever penas que sejam estritamente

¹ Montesquieu, conhecido por sua obra de maior renome, “Do Espírito das Leis”, 1748.

² Jean Jacques-Rousseau, conhecido por sua obra de maior renome, “Do Contrato Social”, 1762.

necessárias. Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, o seu direito penal há de ser legítimo, democrático e que obedeça aos princípios constitucionais.

Nesse sentido, pode-se compreender que o princípio da intervenção mínima traz a pretensão de que o direito penal deve ser encarado como a *última ratio* do sistema, devendo ser aplicado somente quando os outros meios de garantias se mostrarem ineficazes ou insuficientes; é a partir desse princípio que decorre o caráter fragmentário do direito penal e sua natureza subsidiária (LUIZI, 2003).

É por meio desse princípio que a criminalização de um fato somente se justifica quando constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Assim, quando outras formas de sanção se mostrarem suficientes para a tutela do bem, a criminalização se torna injustificável. Deve-se observar que o princípio da intervenção mínima não impõe limites apenas ao arbítrio judicial, mas também ao legislador na hora de criar normas, porquanto impõe ao legislador que este não pode criar leis que contrariem a dignidade da pessoa humana (LUIZI, 2003).

Em um Estado de direito deve caber ao direito penal a função exclusiva de proteção dos bens fundamentais da comunidade, sempre em observância ao princípio da intervenção mínima por parte do Estado (LOPES, 1998). Bitencourt (2014) defende que antes de recorrer ao direito penal, é necessário que se esgote todas as outras esferas extrapenais de controle social e, somente quando estas se mostrarem ineficazes à tutela do bem jurídico, é que se justificaria a utilização deste meio repressivo.

Na intervenção mínima a lei penal somente deve intervir em situações absolutamente necessárias para a sobrevivência da comunidade como *última ratio* e, preferencialmente, só deve fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia. Ainda, a intervenção penal estabelece que o direito penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica da sociedade e que não podem ser protegidos de forma menos gravosa. O caráter fragmentário do direito penal significa que este não deve sancionar todas as condutas lesivas a bens jurídicos, mas tão somente as mais graves.

Pela fragmentariedade tem-se que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta, mas sim relativa, pois todo o ordenamento jurídico se ocupa dela, operando-se então como uma tutela seletiva do bem jurídico. Isto não quer dizer lacunosidade na tutela de certos bens e valores, mas, sim, um limite necessário ao direito penal. André Callegari (1999) afirma que como o direito penal lida com o bem jurídico mais importante, que é a liberdade, deve sempre obrigar-se as máximas garantias individuais, observando sempre o caráter subsidiário do direito penal.

3. A “fúria legiferante” no ordenamento jurídico brasileiro e o direito penal de emergência

Quando se aborda a respeito da “fúria legiferante” que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro cumpre primeiramente conceituar o que vem a ser o chamado direito penal de emergência. O direito penal de emergência, segundo Leonardo Sica “representa a crise de hipertrofia do sistema penal, em grande parte causada pelo emocionalismo e pela opção política equivocada em fundamentar o sistema sobre tendências autoritárias, demagógicas e expansivas” (SICA, 2002, p. 82).

Ainda, o direito penal de emergência representa uma tipificação de condutas criminosas pelo legislador baseada em clamores sociais e discursos midiáticos que – por consequência – distanciam o direito penal da “consciência comum” e da origem que o legitima. A emergência possui fundo político cujas manipulações ideológicas podem levar a situações incontroláveis a ponto de justificar o incremento de novas regras (CHOUKR, 2002).

Então, a criminologia contemporânea dá espaço para que o direito penal emergencial exista, assim:

colocando-o na escala mais elevada de gravidade criminosa a justificar a adoção de mecanismos excepcionais a combatê-la, embora sempre defenda o modelo de Estado democrático de direito como limite máximo da atividade legiferante nessa seara (CHOUKR, 2002, p. 05-06).

Assim entende-se que o direito penal de emergência se caracteriza pela “mitigação, direta ou indireta, de garantias fundamentais estabelecidas no pacto de civilidade, esta devendo ser entendida não apenas o texto interno constitucional”, como também a legislação supranacional que verse sobre essa matéria (CHOUKR, 2002). Ainda nessa visão, afirma que “a cultura dos direitos e garantias fundamentais é apresentada como causa de entrave ao funcionamento eficiente do sistema” e, além disso, “a produção de normas promocionais e de forte conteúdo simbólico em relação ao sistema repressivo é a tônica dominante no campo político, chocando-se com a linha ideológica denominada de garantismo” (CHOUKR, 2002, p. 49).

Nesse contexto Guimarães (2013) comenta acerca do verdadeiro papel do direito penal:

[...] Ao invés de combater-se a injustiça social, pedra de arrimo da violência estrutural – essencial ao capitalismo - e causa de grande parte das mazelas sociais, combate-se através do sistema penal sua consequência, qual seja, a crescente e incontrolável onda de violência criminal, haja vista que seria, no mínimo, um paradoxo, que o poder combatesse algo que é pressuposto de sua existência (GUIMARÃES, 2013, p. 3).

Acerca da política criminal, pode-se dizer que atualmente tem se voltado para um

discurso de intolerância emergencial em que direitos e garantias fundamentais começam a ser flexibilizados em nome da maior eficiência estatal, o que coloca em risco a legitimidade do sistema democrático, pois o direito não pode ser aplicado como forma de satisfação das massas (RESENDE; BARROS, 2013).

Alessandro Baratta (2011) questiona essa função simbólica do Direito Penal, indicando que ela tende a prevalecer sobre a função precípua deste e não realiza efetiva proteção de bens jurídicos. Para Baratta isso seria compensado pela criação de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que possuem uma base real cada vez mais escassa. Dessa forma, as normas continuam sendo violadas e se mostrando cada vez mais ineficazes quando colocadas em plano prático (BARATTA, 2011).

Daniela Villani Bonaccorsi (2013) aborda a respeito do movimento emergencial que surge com a expansão do direito penal, dando lugar ao movimento de política criminal, em que a aplicação da lei penal serve como resposta de urgência a segurança, trazendo uma série de aumento de penas e medidas que relativizam direitos e garantias fundamentais em nome de soluções imediatas.

Na seara penal, o medo acaba culminando por reproduzir o aumento do temor e do estímulo das taxas de criminalidade. Impulsionado pela mídia, ele dispensa maiores elaborações e aceita políticas criminais que, na grande maioria das vezes, são transigentes com as garantias penais e processuais penais daquele que viola as normas. A partir disso, a sociedade moderna produziu os seus estranhos, indivíduos que se tornaram o alvo da ânsia criminalizadora do Estado. A decorrência disso foi um fenômeno que acabou por provocar um expansionismo penal, uma vez que o Estado enxerga o direito penal como única forma de combater esse avanço da criminalidade. Nesse sentido, as sociedades contemporâneas, sentindo-se ameaçadas pelo aumento dos índices de criminalidade, passam a vivenciar um momento de (hiper)inflação legislativa na esfera penal. Esse fato decorre de várias causas, mas especialmente pelas novas condutas ilícitas que surgiram junto com a ascensão do fenômeno da globalização. Essa ensejou a criação de novos tipos penais, bem como promoveu o recrudescimento dos que já existiam e, disso, promoveu o expansionismo penal (SILVA FILHO; TERRA, 2020, p. 100-101).

Quanto ao direcionamento da dogmática jurídica na atualidade brasileira, pode-se perceber que cada vez mais se deixa de aplicar a lei promulgada para atender a interesses que não são em sua essência jurídicos, mas sim interesses de uma população insatisfeita diante do problema da criminalidade (CHHRUR, 2013). Assim, a ciência penal deve colocar limite à atuação política, pois o direito penal mostra-se emergencial no caso brasileiro, em que existe uma constante tensão entre direitos fundamentais e fins políticos de criminalização (SILVA FILHO; TERRA, 2020).

Para fazer frente à criminalidade a sociedade moderna adotou políticas criminais com o objetivo de manter a ordem e a segurança da sociedade. Pode-se destacar ainda que o direito

penal contemporâneo vem sofrendo muitas mudanças frente ao choque entre anseios de ordem e segurança confrontados com os anseios de igualdade e liberdade de um Estado Democrático de Direito (CARNEIRO NETO, 2016).

Renato Flávio Marcão e Bruno Marcon (MARCÃO; MARCON, 2000) discutem sobre a crise no direito penal no Brasil e no mundo, onde estabelecem que o direito penal deve ser considerado a *ultima ratio* da política social, porém, advertem que isso não é o que ocorre no Brasil e que, assim, é preciso delimitar o âmbito de interesse do direito penal.

A emergência penal faz surgir leis que aumentam as penas, que criam causas de aumento de pena ou agravantes, etc., são “institutos premiais incoerentes e inefetivos”, e que geram cada vez mais a sua inaplicabilidade. Entende-se que as respostas a emergência apenas levam a mais emergência (SICA, 2002). Sica afirma que é nesse cenário de emergência penal que as penas de prisão assumem um papel de destaque pois, conforme seu entendimento, estas passam a ser o principal meio de reprodução do discurso jurídico-penal. Aqui, destaca-se o caráter simbólico do direito penal, que cada vez mais vêm ganhando espaço na sociedade contemporânea (SILVA FILHO; TERRA, 2020).

Nesse diapasão Choukr (2002) afirma que:

A situação brasileira apresenta uma delicadeza particular quando se pensa na cultura emergencial, característica esta comum aos países em processo de (re) democratização, onde os valores que lhes são próprios mal são estabelecidos no pacto de civilidade e acabam por ser desmoralizados na prática dos operadores do direito – e na prática social, de forma geral – que desta forma conferem uma vivência apenas formal ao cânones culturais da normalidade.

O autor ainda assevera que “com efeito, rasgada a Constituição para o combate a criminalidade, o que se tem é a continuidade do discurso de pânico, mesmo com todo o arsenal anticostitucional colocado à disposição para o seu combate” (CHOUKR, 2002). Também o autor entende que:

Raras vezes é exercitada a reflexão sobre o caminho correto, buscando responder à pergunta de ser a deturpação dos postulados do estado de direito legitimamente sacrificáveis em nome dessa “luta”. Para sociedades em desenvolvimento, em processo de construção democrática ou superação de estruturas autoritárias, tal imposição é desastrosa desde um ponto de vista cultural. A grande mentira do “jogo” está em vender a idéia (global) que somente com estas medidas se garante a vida em paz.

Conforme entende Davi Tangerino (2006), já que incumbe ao direito penal à tarefa de prevenir riscos, haveria então a tarefa de criminalizar todas as condutas, pois todas elas geram riscos. O autor entende que há no ordenamento jurídico uma expectativa de estabilizar todos os riscos e proteger todos os “bens” e, como isso não ocorre, “há de se apelar ao mais poderoso

dos Direitos: o Penal”. Tangerino (2006, p. 167) define este fenômeno como sendo de “perene emergência, inflação legislativa, ou ainda, Direito penal disfuncional”. Assim:

Há em foco a natureza casuística da criação de normas penais e o constante reforço social de que a pena tem alguma eficácia dissuasória. No mundo real, porém, os riscos permanecem e em relação ao Direito Penal mesclam-se a esperança manipulada pelos políticos, a crença semi-religiosa dos fetichistas da pena e a frustração advinda da constatação de sua função puramente simbólica (TANGERINO, 2006, p. 167).

Nesse diapasão de hipertrofia legislativa, cumpre ressaltar que a inflação penal provém da necessidade de se conter os efeitos sociais da globalização, que traz fortes influências no direito penal. As medidas de emergência se configuram em um fenômeno que demonstra a incapacidade do Estado de lidar com o problema da criminalidade e, assim ele se faz utilizar de medidas excepcionais que, com o tempo, acabam definitivamente se incorporando ao arcabouço jurídico. Assim, consegue-se identificar várias incompatibilidades existentes no ordenamento jurídico penal brasileiro, como afirma Nelson Hungria “há no Brasil o costume de legislar por legislar” (HUNGRIA; DOTTI, 2016).

Ainda, nesse sentido, cumpre também ressaltar que diante do crescimento acelerado da criminalidade ao redor do mundo, alguns países acreditaram fazer-se necessário à implementação de medidas e políticas hábeis a combater tal situação, nesse contexto, surge nos Estados Unidos a Teoria das Janelas Quebradas (“*Broken Windows Theory*”), uma política de segurança pública, conhecida também como uma política de tolerância zero (SILVA FILHO, 2013).

Essa teoria tem como visão fundamental a desordem como causadora do crescimento da criminalidade, apregoando que se os pequenos delitos não forem punidos, pode ocorrer, como consequência, o cometimento de crimes mais severos, ante o descaso estatal em punir as condutas não consideradas muito graves (SILVA FILHO, 2013).

James Q. Wilson e George L. Keeling a desenvolveram, nos Estados Unidos, em 1982, através de um artigo publicado em uma revista americana. Nesse estudo eles trabalham acerca do direito penal no enfrentamento ao crime, desenvolvendo a tese de que a desordem gera a desordem e por isso é preciso um aparelho estatal que controle a sociedade, para tanto, indicam o direito penal. Eles defendem que é necessária a efetiva atuação estatal para o combate a criminalidade, tendo como princípio basilar a punição mais severa (WILSON; KEELING, 1982).

Em síntese, a teoria das janelas quebradas esclarece que a melhor forma de combater a criminalidade é através da repressão de pequenos atos. Essa teoria alcançou bons resultados nos Estados Unidos, reduzindo de forma relevante os índices de criminalidade, o que levou certas

populações a acreditarem que essa teoria era a “resposta certa” ao combate dos crimes SILVA; POSTERARO, 2013). Destaca-se aqui essa teoria pois ela é um exemplo dos simbolismos penais nas sociedades contemporâneas, e embora não tenha sido uma teoria aplicada no contexto brasileiro – e inclusive incompatível com o seu ordenamento – é relevante para pensar a aplicação do direito penal como meio de satisfazer anseios sociais.

4. Pensamento punitivista e inobservância do Estado ao princípio da intervenção mínima

Nos últimos anos, diante da crescente criminalidade nos grandes centros urbanos, revigora-se o ânimo de adotar um maior rigor a repressão penal, apregoando-se uma cultura punitivista que enxerga no direito penal um instrumento de resposta ao problema social da criminalidade. Dessa forma pode-se perceber que surge uma cultura de dividir as pessoas entre “pessoas de bem” e “delinquentes”, colocando em crise uma série de direitos fundamentais na perspectiva de conter o problema da criminalidade e satisfazer uma sociedade que pede por uma maior punição àqueles que infringem as leis.

Conforme entende Juarez Tavares (2004) o Brasil vive, de um lado, em uma constante expectativa de controlar os movimentos políticos e sociais sob o respeito de uma ordem constitucional e, de outro lado, a enfrentar os desafios da fome, miséria e violência, na perspectiva de um mundo globalizado.

Assim, o punir transforma-se em palavra de ordem, punir mais e punir com mais rigor. No atual momento de punitivismo, os órgãos de persecução penal e instâncias produtoras de legislação e principalmente os meios de comunicação (mídia) exigem cada vez mais severidade no punir penal (SILVA FILHO; TERRA, 2020). Atualmente, cada vez mais, pode-se perceber que o punitivismo permeia a sociedade de forma mais ostensiva, muitas vezes se manifestando através de uma série de jargões como “bandido bom é bandido morto”, entre outros.

Essa política criminal é qualificada por Hassemer (1993) como sombria e que se transforma gradativamente no mais perfeito instrumento de guerra contra os direitos fundamentais, fundamentada pelo princípio da efetividade. O simbolismo brasileiro utiliza-se do discurso jurídico como forma de dominação, fazendo a sociedade acreditar que é detentora do poder por ter seus direitos e garantias fundamentais resguardados na Carta Magna, mas em realidade este poder sempre esteve nas mãos dos políticos detentores do poder e da riqueza (TAVARES, 2004).

Dessa forma, entende-se que o Brasil, tanto como Império como atual República, sempre foi um Estado dominado pelos grupos detentores de riqueza e poder, afirmando que o simbólico é o lugar mais comum das construções jurídicas, tratando de questões de segurança pública e globalização (TAVARES, 2004). Assim, o simbolismo sempre representou no Brasil um papel de instrumento de legitimação do poder, representa a legitimação da violência, fazendo deste conceito uma distorção individual, de má formação de caráter e rebelião, e não um sintoma da discriminação e exclusão social.

No Estado atual opera-se um forte combate simbólico à criminalidade, que desenvolve o direito penal de emergência, este – com um papel bastante específico – é interpretado por Rosa Del Omo (1997), como um modelo de disciplina imposto pela sanção penal, deixando de ser dirigido a uma pessoa culpada e estendendo-se a categorias de pessoas que fomentam oportunidades para a desordem.

Assim, este modelo de política criminal pode ser interpretado como uma maneira de fomentar a orientação repressiva e autoritária para com a criminalidade nas ruas, ampliando também a orientação preventiva e estimulando a extensão e a diversificação das sanções penais e extrapenais (TAVARES, 2004). Deve-se entender que os limites que o Estado impõe ao cidadão tem base na lei, são, portanto, limites legais e amparados pelos princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, porém, para parcela da sociedade, tais bases legais e princípios acabam sendo entendidos como “direitos de resistência à intervenção estatal” (SCHLINK; MARTINS, 2017).

Apesar de muito se acreditar que os “criminosos” são encontrados apenas em meio a sociedade de baixa renda, Toron (1999) salienta que com o novo século novos personagens surgiram no “mundo do crime”, mudando radicalmente a ideia de que as classes populares são “as únicas perigosas”. Com a democratização da sociedade houve uma grande ampliação do sistema penal e órgãos de controle, como a polícia, procuradores etc., com o papel de investigar os novos casos que surgem em meio a sociedade e que antes eram tidos como não relevantes (TORON, 1999).

Todavia, com o surgimento dos chamados “novos perseguidos” no mundo do crime e com a crescente cultura punitivista da sociedade atual, condutas que antes eram tidas como objeto de repulsa passaram a ser facilmente toleradas. Dessa forma, prisões preventivas são requeridas e decretadas amiúde, empresários e políticos são publicamente expostos, mesmo que sejam apenas suspeitos, tudo na ideia de mostrar “que agora é a vez da burguesia na polícia” (TORON, 1999).

Essa ideologia de pensamento se esquece de que quando se trata de uma sociedade edificada na dignidade humana, por meio de preceito fundamental e estampada logo no início da Constituição Federal de 1988, não se é possível conviver com o linchamento moral dos cidadãos, ainda que abastados ou menos favorecidos (TORON, 1999).

Em uma sociedade baseada na dignidade humana, os direitos de defesa e devido processo legal não podem ser atingidos. Nessa linha de pensamento, Toron (1999) argumenta que aquilo que outrora se combateu como uma opressão dirigida aos menos favorecidos porque afrontava os direitos humanos, não pode ser validado como “democratização do direito penal” para agora atingir os ricos.

Na maior parte da sociedade brasileira pode-se ver um entendimento de que o criminoso é “pobre, feio, malvestido e pertencente as mais baixas classes da sociedade” (TORON, 1999), esta identificação era tida quase que como regra; porém, com a crescente intervenção estatal na economia e o surgimento da personalidade dos novos transgressores surge, no cenário penal, a necessidade de rever esse tipo de visão.

Zaffaroni (2001) alerta que quando o legislativo infla tipificações penais ele não faz mais do que aumentar o arbítrio seletivo das agências executivas do sistema penal e criar pretextos para exercer ainda mais um maior poder controlador em meio à sociedade.

Na atual sociedade brasileira, é possível identificar claramente a diferença de tratamento dada aos “ricos e aos pobres”; porém, em um regime democrático de direitos não se pode admitir o binômio de “dois pesos e duas medidas”, pois cabe ao legislador ter a mesma preocupação com os agentes infratores, independentemente de classe econômica (TORON, 1999).

Maria Lúcia Karam (2006) sustenta a necessidade de se romper a ideologia da repressão, no entanto, esta encontra uma série de obstáculos diante do grande crescimento de um medo coletivo e difuso, fazendo assim surgir um ambiente favorável à intensificação do controle social, ampliando o poder punitivo do Estado.

O cárcere representa apenas a ponta do iceberg do sistema penal social burguês; pois, o momento culminante de um processo de seleção começa antes mesmo da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores e assistência social (BARATTA, 2011).

As desigualdades econômicas que se expressam nos processos de criminalização são muito debatidas e estudadas, endossando conclusões acerca do sistema penal e de que este é eminentemente um instrumento de controle da pobreza, servindo como reproduzidor das relações sociais desiguais (GERMAN; ROMFELD, 2017).

No entanto, é de grande importância ressaltar e deixar claro que a cultura da criminalização não é fruto de um delírio punitivista, pois possui base material sólida, são setores extremamente vulneráveis diante dos processos de criminalização e vitimização. O delito e algumas formas de violência causam danos reais as suas vítimas diretas e indiretas (ZAFFARONI, 2011).

No atual momento em que se vive pode-se afirmar a existência de um “descontrole da forma de controle” da sociedade pelo direito penal, porquanto os parlamentares, diante dos fortes clamores públicos, acabam por não apresentarem novos projetos de lei com o intuito de reduzir penas ou descriminalizar condutas, por medo de sofrerem algum tipo de retaliação por parte da sociedade (TALON, 2017).

Diante da influência da mídia no direito penal e de uma população cada vez mais insatisfeita com os índices de criminalidade, o direito penal de emergência e o direito penal simbólico ganham cada vez mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro. Então, direitos e garantias fundamentais começam a ser flexibilizados em nome de uma maior eficiência estatal, na tentativa de reprimir os infratores e, assim, controlar a sociedade que enxerga no direito penal a melhor - e talvez a única -, solução para o problema social que é a criminalidade.

Nesse sentido:

Essa situação pode levar a conclusão de que a ideia do direito penal como *ultima ratio* foi senão abandonada, pelo menos relegada a terceiro plano em nome da eficiência de suas respostas. No entanto, na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, esses novos objetivos e concepções do direito penal não podem ser aceitos. Apesar disso, o constitucionalismo contemporâneo brasileiro demonstra dificuldades em gerar um sistema penal que seja adequado a ele e que esteja em consonância com um modelo de Estado Democrático. Na modernidade, nos encontramos em um cenário que os meios de comunicação estão voltados à ideia de “mais direito penal”. Diante disso, embora a Constituição Federal do Brasil preveja um direito penal mínimo, garantista e de base humanitária, o que está na verdade acontecendo é um avanço do maximalismo e da expansão penal. A demanda pelo fortalecimento de práticas repressivas e por uma maior intervenção criminal ganham cada vez mais espaço nos chamados Estado de Direito (SILVA FILHO; TERRA, 2020, p. 109).

Ao estudar o direito penal e o processo penal deve-se ter em mente que o último é subsidiário, de caráter fragmentário, sendo assim, deve ser utilizado apenas quando as outras áreas do direito se mostrarem insuficientes ou quando se tratar de um grave ataque aos bens jurídicos. Mas, atualmente, o que se pode ver é um recrudescimento do direito penal, o punir virou palavra de ordem, punir mais e punir com maior rigor, pois se tem a ideia utópica de que só assim a sociedade se verá livre da criminalidade. O Brasil, sendo um Estado Democrático de Direito, não pode deixar que direitos e garantias fundamentais sejam flexibilizados, devendo observar todos os seus princípios norteadores, tal como o da mínima intervenção penal.

5. Considerações finais

Diante do exposto, pode-se concluir que uma parcela da doutrina defende a utilização do direito penal para controlar a sociedade, aplicando-se o direito penal máximo, atuando como “*prima ratio*” dos conflitos sociais e sem observar o princípio da intervenção mínima. Os adeptos dessa corrente são James Q. Wilson e George Kelling, que desenvolveram a teoria das janelas quebradas (*Broken Window Theory*) nos Estados Unidos e que se espalhou pela Europa e América Latina.

Em contrapartida, atualmente a maior parte da doutrina defende a aplicação do princípio da intervenção mínima e do direito penal mínimo mantendo-se a maior liberdade possível do cidadão e afirmando que o direito penal só deve ser utilizado em “*última ratio*”, ou seja, em última hipótese, não podendo ser usufruído pelo Estado como um instrumento para controlar a sociedade, haja vista que esse princípio impõe que o direito penal somente intervenha em casos de grave ataque ao bem jurídico.

Destarte, frente a esses dois entendimentos doutrinários, a presente pesquisa traz como compreensão que a melhor corrente a ser seguida é a segunda. Em um Estado Democrático de Direito como o brasileiro deve-se sempre observar as garantias fundamentais do cidadão, garantido através de um rol de regras e princípios, entre estes, o princípio da intervenção mínima na esfera penal.

Perante os acalorados discursos midiáticos punitivistas, o Estado acaba por deixar de lado seus princípios e garantias fundamentadores e sai em busca de uma solução rápida para a criminalidade e que acalme a sociedade, gerando a falsa impressão de segurança através dos novos tipos penais e das penas mais gravosas. A fúria legislante, conforme abordado, toma cada vez mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro e a legislação emergencial se torna uma forma de legislar cada vez mais comum, como uma solução paliativa aos anseios sociais. Desta forma cada vez mais o Estado vai deixando de observar o princípio da intervenção mínima na esfera penal, sendo que este deveria na verdade ser o norteador de todo o Direito penal e processual penal.

Assim como a maior parte da doutrina defende, o direito penal, apesar de ser considerado como um elemento de controle social por parte do Estado, não pode deixar de observar o princípio da intervenção mínima, devendo ser baseado na Constituição Federal e nas garantias penais. Este princípio se relaciona com diversos outros elencados na Constituição Federal de 1988, entre eles, os princípios da dignidade humana, legalidade, insignificância,

“última ratio”, entre outros, que devem ser observados por parte do Estado na aplicação do direito penal de emergência.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6ª ed. Editora Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal parte geral 1**. 20ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2014.

BITTENCOURT, Ila Barbosa; VEIGA, Ricardo Macellaro. Olhar atual da cláusula fundamental da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 90, 2015.

BONACCORSI, Daniela Villani. Constitucionalismo e emergencialismo penal: progresso global e retrocesso democrático. **Revista do instituto de hermenêutica jurídica – RIHJ**: Belo Horizonte. 2013. vol. 11. n.13.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

CALLEGARI, André Luiz. O Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal. **Revista dos Tribunais**. Vol. 769/1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a Criminologia Queer. **Revista Brasileira de Ciências Criminais de São Paulo**: São Paulo. 2012. vol.99.

CHAHURUR, Alan Ibin. O interesse público como interesse do poder. **Revista Faculdade de Direito do Sul de Minas**: Pouso Alegre. 2013. vol. 29. n 2.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

CIOTOLA, Marcello e outros. Princípios gerais de Direito e Princípios Constitucionais. In: **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A constituição de 1988 como garantia da democracia brasileira- o papel dos princípios constitucionais (aportes comemorativos de seus 25 anos); **Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE**. Belo Horizonte; ano 5. nº 9, 2013.

GERMAN, Mariana David; ROMFELD, Victor Sugamoto. Esquerda punitiva e criminologia crítica: um diálogo possível?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 2017. vol.134. p.411-435.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Editora ESMP. 1993.

HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. **Comentários ao Código Penal volume 1 – Tomo 2**; 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2016.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. **Boletim do IBCCrim**. n.168. 2006.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Alternativas para o Direito Penal e o Princípio da Intervenção Mínima**. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol.757. 1998.

LUIZI, Luiz Benito Viggiano. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MARCÃO, Renato Flávio; MARCON, Bruno. **Direito penal brasileiro: do idealismo normativo à realidade prática**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. Editora Malheiros, 1996.

NETO, Durval Carneiro. O mal-estar do direito penal na pós modernidade. **Revista brasileira de direito público - RBDP**: Belo Horizonte. 2016. n.55.

OLMO, Rosa Del. **La criminología em la cuarta época: del saber al poder**. Santa Fé: Trabajo presentado al Congreso Internacional sobre "Los derechos de la persona al final del siglo". 1997

RESENDE, Thiago Xavier Nhimi; Flaviane de Magalhães Barros. Liberdade individual versus segurança pública à luz do simbolismo da legislação de emergência. **Revista do instituto de hermenêutica jurídica – RIHJ** Belo Horizonte. 2013. vol.11. n. 14.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHLINK, Bernhard; MARTINS, Leonardo. Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. 2017. vol. 11.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

SILVA FILHO, Edson Vieira da [Et al.]. **O Direito Penal e suas faces: Da modernidade ao Neoconstitucionalismo – Volume 2 – O Direito Penal visto de uma perspectiva maximalista**. São Paulo: Lexia, 2013.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. TERRA, Bibiana de Paiva. O direito penal do inimigo: uma análise acerca do expansionismo penal no Estado Democrático de Direito. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro. v. 23, n. 33, 2020.

SILVA, Marina Helena Vieira da. POSTERARO, Talita Piedade. Tolerância Zero. In: SILVA FILHO, Edson Vieira da (Org.). **O Direito Penal e suas faces: Da modernidade ao Neoconstitucionalismo: Volume 2 – O Direito Penal visto de uma perspectiva maximalista.** São Paulo: Lexia, 2013.

TALON, Evinis da Silveira. **O Criminalista: Vol I.** Porto Alegre: EvinisTalon; 2017.

TANGERINO, Davi. Reflexões acerca da inflação legislativa em matéria penal: esvaziamento semântico da última ratio e o direito penal disfuncional. **Revista Última Ratio:** Rio de Janeiro. 2006. vol.1. n.0. Ano 1, n.º 0.

TAVARES, Juarez. **A globalização e os problemas de segurança pública.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004.

TORON, Alberto Zacharias. Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos? **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** 1999. vol. 28.

WILSON, James Q. e KELLING, George L.. Broken Windows, the police and neighborhood safety. Estados Unidos: **TheAtlantic Magazine.** 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo *et al.* **Direito Penal Brasileiro.** 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. 5 ed. Editora Revan. 2001.