

## A segurança jurídica como instrumento jurídico indispensável para intervenção penal

*Fala da importância de se atentar para os princípios da segurança jurídica e da certeza do direito numa eventual intervenção penal.*

Marcela Blumetti Matos

16/10/2006

Antes do surgimento do Estado, não havia quem interviesse na forma de vida, na conduta dos indivíduos, nas relações sociais. As pessoas gozavam de plena liberdade. No momento que o cidadão renunciou uma parcela de sua liberdade, o Estado surgiu.

Em que pese serem muitas as teorias que justificam o nascimento do Estado, estas não são nosso objetivo. Mister se fez falar de um dos motivos que deram vazam ao surgimento do Estado, pois a renúncia da liberdade em favor deste, se deu em virtude da promessa de uma contra-prestação. O que ocorreu foi uma troca: liberdade pela proteção de bens jurídicos (valores) relevantes.

Nesse sentido, Beccaria [1] assevera que somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade, fazendo com que cada qual apenas concorde em pôr no depósito comum (o Estado) a menor porção possível dela, sendo que a reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir.

O direito, sobretudo o direito penal, em determinados períodos da história, foi utilizado pelo Estado como um instrumento eficaz de controle social, através do qual a proteção dos bens e direitos individuais se efetivava por meio de um poder ilimitado e desproporcional (direito de punir). A justiça penal vigente atentava, em todos os sentidos, contra a necessária certeza do direito e segurança individual.

Foucault [2], dizia que o direito penal como manifestação do Poder, integra a anatomia política do Estado fazendo parte de sua tática política, significando dizer, portanto, que ele é um instrumento político a seu serviço, isto é, constitui uma só técnica de manejo de certos e determinados conflitos. As funções do direito penal correspondem às mesmas funções cometidas, ou que se venha a cometer, constitucionalmente, ao Estado, segundo a conformação política que se lhe dá. Daí não ser possível dissociar fins do direito e fins do Estado.

O surgimento do Estado liberal baseado nos ideais iluministas de igualdade, legalidade e autonomia privada, significou, na visão de Sebastián Mello [3], a inauguração de uma nova era para o direito penal.

Com o liberalismo, o direito penal destinou-se a regular os casos de intervenção do Estado na liberdade individual, representando a relativização dos poderes e abusos praticados pelo Estado aristocrático, impondo limites ao poder de punir.

Os ideais iluministas ditaram os princípios limitadores do direito de intervenção do poder político na esfera da liberdade individual, colocando sob o crivo do direito penal os bens jurídicos mais importantes.

O direito penal adquiriu novos princípios informadores e a incriminação só era justificada quando a conduta do agente violava um dos direitos fundamentais do homem. O direito penal do Estado liberal ganhou uma nova estrutura, fundada numa série de garantias

constitucionais, arrimadas nos princípios fundamentais da liberdade, legalidade, humanidade e segurança jurídica para os cidadãos [4].

O constitucionalismo liberal trouxe para a sociedade, através dos novos valores do direito penal, segurança e certeza, com um regime estrito de legalidade buscando evitar a incerteza do poder punitivo, criando limites que asseguram a liberdade, permitindo a intervenção Estatal apenas quando violados os bens jurídicos perpetrados pela Constituição [5].

Com muita propriedade, Carlos Aurélio Souza [6] pontua:

Diz-se que a segurança, como exigência objetiva da Justiça, procede do conjunto estrutural e funcional de um sistema jurídico, através de seus costumes, normas e instituições, como Direito objetivo, dada *a priori*, ou como princípio de legalidade ou anterioridade da Lei; a segurança é dada pelo Legislador ou pelo administrador, ao propor leis ou regulamentos; como valor, deve vir implícita neles. A própria Lei deve garantir o amparo dos direitos do cidadão, e também que será por ele cumprida, e pelos demais.

Nas sociedades contemporâneas, o papel do Estado está previamente definido nas Constituições, que estabelecem os pressupostos de criação, vigência e execução de todo ordenamento jurídico. Por consequência lógica, o papel do direito penal também está constitucionalmente definido. No entanto, o perfil do direito penal, ou seja, saber quais as funções que se devem creditar a ele, implica em saber as funções constitucionalmente assinaladas ao Estado [7].

Assim, os limites do direito de punir, agora dependem das funções constitucionalmente previstas para o Estado. Se o Estado deve possibilitar a convivência social, proporcionar o exercício da liberdade e controlar a violência, o direito penal servirá para esses fins, pois os limites do direito penal, são os limites do Estado, e o direito penal é

um dos muitos instrumentos de política social de que se vale o Estado para a realização de seus fins [8].

Do modelo liberal para o modelo democrático, a intervenção penal deve estar a serviço dos fins constitucionais assinalados ao Estado: proteção a vida, a liberdade, a saúde, a integridade física, segurança, enfim.

Entretanto, por ser a forma mais incisiva de intervenção social, esta somente deve ter lugar quando seja absolutamente necessária à segurança dos cidadãos. É que o direito penal moderno tem como um de seus pressupostos, o princípio da intervenção mínima.

Segundo Paulo Queiroz [9], “a intervenção penal, quer em nível legislativo, quando da elaboração das leis, quer em nível judicial, quando da sua aplicação concreta, somente se justifica se e quando seja realmente imprescindível e insubstituível”.

O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*, explica Luiz Régis Prado [10].

Ao princípio da intervenção mínima se relacionam a fragmentariedade e a subsidiariedade, duas características do direito penal. A subsidiariedade, que pressupõe a fragmentariedade (o direito penal só deve intervir para sancionar condutas graves praticadas contra bens mais importantes), é considerada como remédio sancionador extremo, devendo ser ministrado pelo Estado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente [11].

A intervenção Estatal se dará unicamente quando for demonstrada a ineficiência dos demais ramos do direito em punir com a veemência necessária a conduta, e quando restar

provado que o ilícito violou valores cuja alçada de atribuição para punir é do direito penal [12].

Nesse diapasão, há de se ressaltar que a intervenção penal quase sempre implica em medidas de caráter constrictivo a liberdade do indivíduo.

Ocorre que, a liberdade é um valor supremo que goza de especialíssima proteção Constitucional, portanto, toda restrição penal a ela, deve pressupor a absoluta necessidade e adequação. Isso significa que a intervenção penal só é admitida quando ocorre lesão a um bem jurídico definido, e quando não puder ser substituída por outro meio menos gravoso de intervenção.

Em outras palavras, o direito penal envolve a garantia de liberdade tendo por escopo a proteção dos direitos individuais. E para que haja liberdade tem que haver segurança jurídica. As pessoas não podem ser privadas da liberdade sem consciência e conhecimento. Por isso a intervenção penal deve ser exceção, tornando o direito penal um instrumento eficaz para garantir a liberdade dos cidadãos.

Entretanto, se a conduta criminosa, por um lado, lesiona bens jurídicos que o direito penal objetiva proteger, a intervenção penal (aplicação de penalidade), implica necessariamente uma lesão de bens jurídicos do autor do delito (sua liberdade, no caso de prisão ou medidas de segurança; de seu patrimônio, no caso de multa; ou de seus direitos no caso de inabilitações etc.). Esta privação de bens jurídicos do autor tem por objeto garantir os bens jurídicos do resto dos cidadãos. Mas não pode exceder certos limites [13].

Nessa esteia, Carlos Aurélio Souza [14] afirma: “a segurança é objetiva, visível, publicada, está nas leis, nos sinais, e a própria lei é um sinal, pode-se dizer. Certeza é confiança em algo que a segurança projeta em cada um de nós: a segurança externa nos dá certeza interna”.

O citado autor observa ainda a existência de uma conexão entre a dimensão funcional da segurança jurídica (princípio da legalidade) com seu sentido estrutural (exigências de segurança jurídica), pois o próprio ordenamento exige segurança para manter sua integridade ou completude [15].

Zaffaroni [16], por exemplo, refere-se à segurança jurídica como um conceito complexo, já que contém um significado objetivo (consistente no efetivo asseguramento de bens jurídicos) e subjetivo (consistente no sentimento de segurança jurídica; ou seja, na certeza desta disponibilidade de disposição). Neste sentido, a intervenção penal afeta duplamente a segurança jurídica: como afetação de bens jurídicos, lesiona seu aspecto objetivo; como “alarme social” lesiona seu aspecto subjetivo.

Trata-se de um discurso sob a perspectiva garantista do direito penal, nucleado no princípio da legalidade que, nos ensinamentos de Nilo Batista [17], é a “base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire a segurança jurídica”.

O princípio da legalidade constitui, neste sentido, não apenas um pressuposto do Direito Penal, mas na lição de Conde [18]:

(...) se apresenta assim como uma conseqüência do princípio de intervenção legalizada do poder punitivo estatal e igualmente como uma conquista irreversível do pensamento democrático. (...) A idéia do Estado de Direito exige que as normas que regulam a conveniência sejam conhecidas e aplicadas, além de serem elaboradas por um determinado procedimento, de um modo racional e seguro, que evite o acaso e a arbitrariedade em sua aplicação e que as dote de uma força de convicção tal que sejam aceitas pela maioria dos membros da comunidade.

O princípio da legalidade, determina os mecanismos de legitimação do direito de punir do Estado. Contudo, o exercício desse poder penal está normativamente fulcrado nos

princípios constitucionais do Estado democrático e do direito penal liberal, se tornando um exercício de poder racional, que exercita o controle penal com segurança.

O primado da segurança jurídica é o primado da lei, em que aquela entra como elemento integrante da norma jurídica: o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei anterior (CF, art. 5º, inc. II).

Dessa forma, podemos pontuar, por fim, que por trás do princípio da legalidade, encontramos valores como segurança jurídica e liberdade. É que, a elaboração de normas penais (princípio da legalidade), tem a função de garantir uma uniformização e previsibilidade da intervenção penal, subtraindo as arbitrariedades, garantindo um mínimo de segurança jurídica para a sociedade.

[1] BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução por Torrieri Guminarães. São Paulo: Hemus, 1983. p. 15.

[2] FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir – História da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramallete. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 26-30.

[3] MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Direito Penal – sistemas, códigos e microssistemas jurídicos. Curitiba: Juruá, 2004. p. 92.

[4] MELLO. *Ibidem*. p. 93.

[5] MELLO. *Op. Cit.*. p. 94-95.

[6] SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Segurança jurídica e jurisprudência. Um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTr, 1996. p. 131.

[7] QUEIROZ, Paulo de Souza. Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 121.

[8] QUEIROZ. *Ibidem*. p. 122.

[9] QUEIROZ. *Op. Cit.* p. 123.

[10] PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro vol. I. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 84.

[11] BATISTA. Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 84-87.

[12] BATISTA. *Ibidem*. p. 84-87.

[13] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho penal. Buenos Aires: Ediar, 1987. p. 30.

[14] SOUZA. *Op. Cit.* p. 16.

[15] SOUZA. *Op. Cit.* p. 66.

[16] ZAFFARONI. *Op. Cit.* p. 49-50.

[17] BATISTA. *Op. Cit.* p. 67.

[18] CONDE, Francisco Muñoz. Introducción al derecho penal. Barcelona: Bosch, 1975. p. 135-136.



**MATOS, Marcela Blumeti. A segurança jurídica como instrumento jurídico indispensável para intervenção penal.** Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/28/65/2865/>>. Acesso em 17 de outubro de 2006.