

UMA BREVE ANÁLISE A RESPEITO DO CRIME E AS SUAS REPERCUSSÕES NA MATERIALIDADE GARANTISTA A QUE PRESCREVE O ESTADO DEMOCRÁTICO E HUMANISTA DE DIREITO

Rodolfo Luís de Castro CARVALHO¹
Carla Roberta Ferreira DESTRO²

RESUMO: O presente artigo almeja analisar as consequências práticas em se limitar condutas como criminosas, buscando um aprofundamento em posicionamentos doutrinários e o atual cenário legislativo no âmbito da eficácia material penal. Com a utilização da metodologia bibliográfica, prioriza-se neste estudo o debruço sobre as pertinentes manifestações a que se assenta a doutrina clássica e moderna do direito penal, tendo o referencial necessário e dogmático a que preceitua as orientações mandamentais advindas da constituição federal. Conclui-se ser indispensável, tanto ao operador do direito quanto ao legislador – sendo este último a nascente positivista que norteará as implicações no meio jurídico – o galgar permanente pelo primor a que apregoa a carta maior, e as exigências inerentes ao manuseio do sistema legal-penal.

Palavras-chave: Tipificação penal. Aspecto material. Doutrina contemporânea. Legislador penal.

1 INTRODUÇÃO

Sobre as diversas nuances a que se dispõe a ciência penal, a presente manifestação científica se atentou às implicações no campo material. Trazendo por início as manifestações doutrinárias, tendo por objeto a análise inicial do crime, nas suas principais delimitações teóricas e os posicionamentos que se mostram pertinentes e recorrentes no campo científico-penal.

Neste trabalho buscou-se analisar a atual predominância a respeito dos elementos do crime, as respectivas considerações, o depuro acerca das implicações em se delimitar quanto à eficácia material e o alcance da disciplina legal, sob o enfoque na concretude do ilícito e as reclamações que demandam por uma segurança jurídica sistêmica.

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: rrcaca@hotmail.com.

² Mestranda em Ciências Jurídicas pela UENP. Supervisora de Monografia/TC e Coordenadora dos Núcleos de Acessibilidade e Acolhimento (NAAC) e de Direitos Humanos (NDH) no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: carladestroadv@gmail.com. Orientadora do trabalho.

Após, detivemos a pauta a respeito da teoria da imputação objetiva, assim analisada sobre os seus principais elementos, as orientações relevantes a que recomenda a parcela doutrinária da citada teoria. Tendo por fim, no derradeiro capítulo, os reflexos em considerar a teoria da imputação objetiva no campo da tipicidade.

Nas ponderações finais será abordado as últimas consequências sobre as quais atinge o Direito Penal, assim representado pelo princípio da *ultima ratio*. Levando em conta os meios, requisitos e interesses a que prestigia a carta maior, assim denotando como orientação máxima a se pautar na rotulação típica penal.

2 PONDERAÇÕES A RESPEITO DO CRIME

Embora o escopo do presente trabalho se assente nos desdobramentos da eficácia material e a questão da necessária incidência ou não do direito penal, será oportuno, antes, discorrer quanto ao crime, o seu conceito, conteúdo e as ponderações até então postas pela doutrina.

Cumprido de início pontuar que o nosso atual legislador penal não foi afeto a conceituação da conduta que se faz merecedora da intervenção lesiva estatal, dizendo apenas, na Lei de Introdução ao Código Penal – Decreto Lei nº 3.914 de dezembro de 1941 – em seu art. 1º, em que disciplina:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Verifica-se que tal dispositivo trata apenas da delimitação do preceito secundário do delito, e as variações com a pena de multa. Em que pese, a disciplina debruçou apenas na análise consequente da lesão ao bem jurídico, prevendo a pena em abstrato.

Vem a tornar pertinente a disciplina do dispositivo ora posto em voga, presente na lei de Introdução ao Código Penal, na distinção entre crime e contravenção, embora esteja defasado com o advento da lei 11.343/06, que para alguns, a disciplina do art. 28, incisos I, II e III, da referida lei, em que prevê o ilícito a

respeito do uso de drogas, seria uma infração *sui generis*, por prever sanções diversas das que estão dispostas sobre o crime e a contravenção.

Reforçando o que já fora dito, o referido artigo não terá por escopo explorar questões referentes a ilícitos envolvendo drogas e afins, mas, torna proveitoso citar posição do Supremo Tribunal Federal, seguindo de igual forma a doutrina majoritária, no sentido da despenalização a respeito da conduta do usuário de drogas. Sendo, então, acertada a conclusão de que passa a ser reconhecida uma iminente posição legislativa no sentido de legalizar o uso de drogas e afins. Porém, torna-se a importância do debate tão somente a esta breve citação.

Galgando para o debruçar sobre uma breve análise histórica, sobre diplomas que antecederam o nosso atual Código Penal, constatamos algumas tentativas a respeito da conceituação de crime, como disposto no Código Criminal do Império (1830) e o nosso primeiro Código Penal Republicano (1890)

Previo o §1º do art. 2º do Código Criminal do Império:

Art. 2º Julgar-se-à crime ou delicto:

§1º Toda acção ou omissão voluntaria contraria às leis penaes (redação original)

Já o art. 2º do Código Penal Republicano (1890) tivemos a seguinte redação:

Art. 2º A violação da lei penal consiste em accção ou omissão; constitue crime ou contravenção (redação original)

Passando a deter uma análise específica ao crime, assim considerado como o fenômeno jurídico lesivo ao meio social, deve-se ter um esclarecer teórico em que permita manifestações sobre o tema.

Seguindo, então, o analisar de três aspectos: formal, material e o analítico. Em que buscam, respectivamente, certa importância no aspecto positivo, literal da lei; lesividade ou a sua ameaça exteriorizada no mundo externo e; uma análise sistemática sobre os elementos tidos como necessários para motivar a incidência do direito penal.

Sob o aspecto formal, cumpre a análise meramente literal da lei, em que torna incidente a lei penal vigente a conduta humana. Estando vinculado o aspecto formal de delito ao princípio da legalidade, para o qual *nullum crimen, nulla poena*

sine praevia lege, ou seja, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem lei anterior que a comine.

O conceito formal ou legal de delito – considerado sem base científica (GASSIN, 1988, p. 39) – “tem sido alvo de pesadas críticas, que podem ser assim transcritas: a) Em primeiro lugar, não parece aceitável que o objeto de estudo de uma disciplina venha imposto de fora dela, isto é, que seja de competência externa à delimitação desse objeto. Ao contrário, o lógico é que cada disciplina defina ela mesma o que vai estudar e qual é o seu conteúdo e natureza; b) O legislador, que é quem legitimamente estabelece quais condutas são delitos, não segue um critério satisfatório do ponto de vista da explicação causal dos delitos, mas predominam os históricos e de oportunidade.” (PRADO, 2013, p. 202)

Segue as críticas de Serrano Maíllo (2008, p.46), em que afirma:

Desse modo, é difícil que possa se dar uma explicação científica geral convincente de uma matéria na qual elementos irracionais e contradições tem forte presença; as leis penais são irremediavelmente vagas e imprecisas, tal ponto que os juízes e os juristas em geral nem sempre chegam a acordos generalizados sobre sua interpretação

Seguindo as críticas relativas ao aspecto meramente formal de crime, cumpre acrescer a falta de depuro material sobre a conduta delituosa, se tão somente se conter com a análise formal. Não implica em desconsiderar o aspecto positivo, mas tão somente o considerar como ponto de partida para a análise do fenômeno criminológico.

Tendo o enfoque material (ou substancial) do crime, temos as dimensões referentes ao Estado, assim tido como instituição estabelecida e previamente delimitada a alcançar e proporcionar aos seus integrantes a concreta satisfação de seus interesses e atento as violações manifestas no corpo social.

Sob o aspecto material, considera-se tão somente passíveis da reprimenda estatal os bens jurídicos penalmente protegidos e que venham a ser concretamente ameaçados ou eventualmente ofendidos.

Segundo o entendimento de Jiménez de Asúa (1951, p.62) a conduta considerada pelo legislador como contrária a uma norma de cultura reconhecida pelo Estado e lesiva de bens juridicamente protegidos, procedente de um homem imputável que manifesta com sua agressão perigosidade social.

Sempre reflexivas as abreviações a que merece o doutrinador penal Luiz Flávio Gomes (2015, p.169):

Crime, em suma, é a realização do fato descrito na lei (aspecto formal) mais consequente lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico relevante (aspecto material). A clássica doutrina formalista-legalista contentava-se unicamente com o aspecto formal; a doutrina constitucionalista do delito exige sempre também o aspecto material.

Considerando as críticas e algumas outras ponderações, parece ser acertada a conduta do operador de direito, em especial no campo criminal, tomar uma posição “acauteladora” frente as intercorrências na prática forense.

Entretanto, o conceito aqui exposto se contenta apenas com a concretude material da ofensa, o que parece ser cientificamente raso. Cumpre a continuidade da exposição ao conceito de delito predominante na doutrina pátria.

Seguindo agora sob a análise do conceito analítico de delito, é preciso dizer que na aplicação do direito esse conceito, segundo Juarez Tavares (1980, p.2), mostra-se, no sentido a que leciona:

[...] contribui de modo decisivo para a melhor visualização dos problemas e casos penais, assim como denota interesse prático imediato, manifestamente, na questão do dolo e da culpa; do erro, da omissão, da tentativa, do concurso de agentes e de crimes, das causas de justificação, das condições objetivas de punibilidade e, inclusive, na aplicação das sanções penais e medidas de segurança. Se não fosse possível a dissociação do delito em elementos singulares, não se saberia, ao certo, como tratar esses problemas e onde situá-los. Demais, deve-se ter sempre em vista que a divisão do delito em fases de valoração não exclui a necessária permeabilidade entre essas fases, que interligam de modo lógico e constituem uma unidade orgânica.

A respeito do aspecto analítico, cumpre algumas anotações que terão no discorrer o citar que se mostra predominante na doutrina, a respeito do sistema que capitula os requisitos do conceito analítico.

É presente o impasse na doutrina a respeito do número de requisitos que compõem o conceito analítico de crime. Porém, a essência dos principais sistemas apresenta: conduta, tipicidade penal, antijuridicidade, punibilidade e culpabilidade. Vindo a serem todos abordados no discorrer do presente trabalho.

Debruçando sobre o que torna relevante, tem-se predominante na atual doutrina penal brasileira o sistema tripartido. Segue as ponderações do doutrinador Luiz Flávio Gomes (2015, p.176), em que diz:

O sistema tripartido clássico (amplamente majoritário na doutrina penal atual) não só sustenta que são três as categorias que compõem o delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) como admite a plena autonomia de cada uma delas. Crime, portanto, seria o fato típico, antijurídico e culpável (exigindo-se três estágios autônomos de valoração).

Embora tornem-se presentes posições divergentes a respeito da capitulação dos pressupostos no âmbito do conceito analítico, parece se sobressair a segurança que recai a aplicação no direito penal. Não se confunde aqui com a denominada hipertrofia legislativa, que decorre de uma deficiência técnica por parte do legislador, em que capitula, muita das vezes, motivado por razões estranhas aos anseios técnicos e racionais, não tendo qualquer relação com o preciosismo científico compreendido pela doutrina na capitulação dos crimes.

3 SUBSTRATOS DO CRIME

Devemos tornar por base que os substratos, elementos do crime devem ser considerados de forma sistemática, valorativa e axiológica ante a atual Constituição da República.

De início, citemos as colocações de Luiz Flávio Gomes (2015, p.181):

Em um primeiro momento, em meados da década de setenta, predominou no Brasil a teoria causalista ou neokantista do delito. Tendo o discorrer dessa época até recentemente passou a prevalecer a teoria finalista. E no atual momento, para alguns é: “chegado o momento do primado da teoria constitucionalista do delito (que nada mais é que uma nova síntese da teoria fundada, sobretudo, nos funcionalismos de Roxin e Zaffaroni, com alguns ajustes – de Frisch).

Importa acentuar de momento o que se mostra predominante na doutrina penal brasileira, explorando as teses, críticas e a real contribuição para a incidência mais acertada possível do direito penal, em que se assenta neste escopo o presente artigo.

Temos a atual predominância na doutrina referente ao sistema finalista, trazendo a teoria finalista da ação como a principal. Tendo como precursor o filósofo

e jurista Hans Welzel, em que seus ideais influenciaram todo o pensamento dogmático no decorrer da metade do século passado.

Temos na teoria finalista a conduta humana, e assim considerando a sua finalidade no agir, em que parece seguro este limitar no sentido da valoração da conduta, a respeito da causa e efeito. Dentro desta aparente simples limitação valorativa, se extrai a reformulação do conceito de ação e dolo, em que se revelam figurantes de forma direta em qualquer adequação típica. Veja, aqui reafirma-se o cerne e talvez o deslocamento objetivo com maiores repercussões, em que retira o dolo da culpabilidade (como defendia a teoria causal) e passa a inseri-lo na conduta humana.

Vem, então, segundo André Estefam (2018, p. 211), em que defende ter a estrutura do crime no sistema finalista os seguintes elementos: fato típico, antijurídico e culpável. O injusto, entretanto, deixa de ser puramente objetivo (em razão do ingresso do dolo ao lado da conduta) e a culpabilidade se torna exclusivamente normativa.

Na análise do primeiro substrato do injusto, sendo o fato típico, temos: a) conduta (dolosa ou culposa; b) Tipicidade; e c) resultado naturalístico e nexos de causalidade (assim compreendido nos crimes materiais ou de resultado). Vislumbramos nestes elementos o depuro sistemático da conduta aos elementos objetivos previamente delimitados pela ciência doutrinária, em que merecem resguarda frente a segurança jurídica a que se pretende no anseio de adequar a ofensa relevante e grave de um bem jurídico protegido em suas últimas instâncias pelo direito punitivo.

No tratar da antijuridicidade temos o anseio principal a respeito das causas justificantes, em que passam a serem compreendidas não tão somente no plano objetivo, mas passando a considerar o anseio subjetivo, em que torna a valorar o objetivo final de se eximir de uma real e injusta ofensa ou ameaça de um direito próprio ou alheio.

Passando para o tratar da culpabilidade, junto as lições de André Estefam (2018, p. 211-212), temos que a modificação da natureza do dolo (de dolo normativo para dolo natural) e a manutenção da consciência (potencial) na culpabilidade fizeram com que ela se tornasse composta pela imputabilidade, pela potencial consciência da ilicitude e pela exigibilidade de conduta diversa. Passando a compreender elementos puramente normativos, em que buscam alcançar as nuances

da manifestação da conduta, em que virá a implicar em eventual erro de proibição, se, por exemplo, não satisfazer por completo a potencial consciência da ilicitude. Em que importa assinalar o incisivo juízo de valor a que passa a operar a culpabilidade, implicando em diferentes efeitos se assim constada na figura dolosa e culposa.

A respeito do posicionamento em que adotamos, a teoria finalista, ao nosso ver, mostra-se a mais acertada, se assim considerar o aspecto científico, prático e as suas intercorrências com os demais campos da ciência penal. Entretanto, reconhecendo a existência de críticas sobre a teoria finalista, iremos realizar o depuro sobre algumas delas que se mostram em recorrentes debates.

É presente argumentos no sentido de que, partindo do pressuposto de que toda a conduta detém uma finalidade, os crimes culposos, viriam a ficar sem explicação, em razão de o agente não ter a finalidade de produzir o resultado. Conforme refuta alguns, e iremos neste sentido, defendendo que o crime culposos compreende o agir do agente sobre o fim de uma determinada intenção, entretanto, não compreende aqui o fim de produzir um resultado.

Com a devida competência a que cumpre os argumentos de Claus Roxin – doutrinador e jurista alemão –, iremos debruçar sobre uma de suas críticas, que se refere a ação, assim dissociada aos pontos de partida normativos, compreendendo apenas o considerar real dos fatos, em que não se apreende os efeitos jurídicos relevantes. Considerando, e tornando de grande importância a lógica argumentativa do doutrinador supracitado, nos parece ser compreendida a tipicidade como medida normativa segura ao trato frente a necessária adequação do fenômeno jurídico penal, em que, de início, assim compreendido na conduta, em que passa a ter o posterior e consequente exame normativo com o fim de adequar a norma penal.

Sobre a prevalência do sistema finalista, seria reconhecida posições em que orientam uma adequação nas bases da filosofia compreendida na teoria finalista, em que promoveria no implemento de novas teorias, dentre elas a imputação objetiva. Porém, a tese argumentativa aqui compartilhada considerará os efeitos a que tornam presentes, e reforça o argumento, no sentido que comunga parte da doutrina, ministrando ser o sistema finalista determinante, em razão da segurança jurídica a que proporciona, e os reflexos positivos a que reclama no campo do Direito Penal.

4 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E AS SUAS IMPLICAÇÕES NO CAMPO DA TIPICIDADE

Conforme já exposto, o direito penal nas suas implicações legais capitula o comportamento humano, suas repercussões, e as consequências da ofensa ou perigo de ofensas a bens jurídicos penalmente relevantes.

Posto isso, temos para alguns a estabilidade doutrinária, e para outros a crise em que assenta as considerações a respeito da relação causal presente entre a ação e o resultado, e a conseqüente adequação típica a que se faz necessário.

No que se refere a imputação objetiva, em que figura como principal precursor o doutrinador alemão já citado, Claus Roxin, o cerne defensivo está na ingerência da conduta humana, em que fez a conseqüente criação de um risco juridicamente desvalorado, perfazendo um resultado típico.

No depuro dos elementos da teoria aqui explorada, temos de início a abordagem a respeito da diminuição de risco a que se deve observar no caso concreto. E aqui se mostra a necessária observação do fato típico compreender a necessária correspondência se assim também for objetivamente imputável. Em que parece ser coerente, a correspondência material do fato a sua subsunção objetiva.

Seguindo a análise dos elementos, deparamo-nos com a criação ou não de um risco juridicamente relevante. Aqui, de forma breve, temos a ingerência do dolo, que traz implicações no fazer ou não fazer, conduzindo o chamamento ao aspecto de um risco relevante, fazendo somente assim incidir a imputação objetiva. E considerando o aspecto positivo, se assim já previsto no ordenamento jurídico, em que torna nessa análise as serias implicações em figurar o direito penal como antecipador de tutela tidas pelo legislador como relevantes.

Sob o apreciar do elemento que significa o aumento na esfera do risco permitido, parece ter reflexos problemáticos, em razão de denotar a certas condutas a justificação e conseqüente ausência de tipificação, se assim tolerar reconhecidas condutas dolosas, porém, adequadas ao risco – assim considerado por critérios que parecem ser arbitrários – permitidos.

No que se refere ao âmbito de proteção da norma, assim defendida pela teoria da imputação objetiva, temos as considerações que ensinam serem imputáveis os resultados que decorram de danos diretos, assim previstos no âmbito de proteção da norma. Mostra-se aqui a contrariedade a interpretação dos tipos penais, seguindo nesta orientação as previsões que assim infligem de forma positivo-objetiva.

A respeito da compreensão do resultado no âmbito de proteção da norma (ou do tipo) nos parece incompatível com a sistemática vigente no ordenamento pátrio penal, em razão da readequação do âmbito de proteção da norma, que, ao nosso ver, passa a trazer mudanças num sistema já consolidado, qual seja, em que prestigia a interpretação do tipo a luz da objetividade.

O último elemento da teoria da imputação objetiva é a realização do plano do autor. Trata-se, em síntese, segundo Luiz Regis Prado (2018, p. 215), de um critério intermédio entre a teoria da concretização (que sustenta a relevância do erro em todo caso e a existência de simples tentativa) e a teoria da igualdade de valor (que vislumbra uma hipótese de delito consumado). Mostrando certa coerência com o que preceitua o art.73 do Código Penal brasileiro, em que passa a seguir no mesmo sentido a que orienta a adequação típica.

Vem a ser valoroso a contribuição a que se faz referente ao doutrinador Damásio de Jesus (2014, p.324), em que defende:

Para nós, a ausência da imputação objetiva conduz à atipicidade do fato. Não se trata de causa de justificação (excludente da antijuridicidade). Uma conduta que, p.ex., conduz alguém a submeter-se a um risco normal na vida em sociedade, o chamado, “risco tolerado”, não gera adequação típica, i.e., não constitui nenhum tipo incriminador. Assim, não há tipicidade no fato de induzir alguém a se colocar em tal situação que venha a correr um risco natural na vida social, tolerado e permitido pela ordem jurídica. A criação de risco permitido é atípica, ainda que produza resultado jurídico. De modo que não existe delito por ausência de fato típico.

Fazendo o observar de posicionamento diverso, a que traz o doutrinador Regis Prado (2018, p.212), faremos citação a sua manifestação:

A imputação objetiva do resultado – numa perspectiva radical – pode ensejar um risco a segurança jurídica e, além disso, conduz lentamente à desintegração da categoria dogmática da tipicidade (de cunho altamente garantista), não delimita os fatos culposos penalmente relevantes e provoca um perigoso aumento dos tipos de injusto dolosos.

No que refere ao nosso posicionamento, parece que se faz voltar a temática da segurança jurídica já abordada neste artigo, em que mostra relação direta com a tipicidade, se assim vislumbrada sob a necessária adequação a disciplina legal, e as suas implicações no campo material.

5 O PARÂMETRO CONSTITUCIONAL E A *ULTIMA RATIO* NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

Seguindo o parâmetro teórico a que destina o presente artigo, tornamos a comungar as orientações da doutrina majoritária, a respeito dos substratos necessários e que devem ser observados para a incidência da norma penal. Em que, ao nosso posicionamento, refletem com maior presteza se assim prestigiarem, em sequência: a real e concreta manifestação do agente frente ao bem jurídico; a contrariedade ao que prescreve o ordenamento jurídico – considerando estar este em harmonia com a carta maior e os documentos internacionais aos quais o Brasil figura como signatário – e; a motivação e o fim a que se voltou a manifestação do agente. Sendo estes elementos o enfoque a que se deve ater a norma penal, que deverá, tão somente, tornar presente os seus dissabores frente aos desequilíbrios concretos que tornarem a implicar na coexistência social.

Tornando o delimitar da intervenção estatal, para Miguel Reale Júnior (2002) devem ser objeto de intercriminação apenas os fatos e não pensamentos, atos preparatórios, estado perigoso, condição, formas de ser. A segurança jurídica e o fim de se visar com a incriminação à proteção de bens jurídicos fazem necessário que apenas tenham relevo penal os atos que constituam concretamente um início de execução do delito e não meros atos preparatórios, como o limpar um fuzil, postar-se no caminho do desafeto armado, sem no entanto acionar o gatilho. Não se admite, também, a punição de estados de ânimo, como o “estado perigoso”, pretendendo-se punir alguém, mesmo sem a prática de atos preparatórios, pela simples razão de se detectar a probabilidade de vir no futuro a realizar crimes. O princípio do fato, portanto, inviabiliza que alguém seja responsabilizado pelo que é e não pelo que fez, a partir da caracterização de tipos criminológicos ou normativos de autor, o que permitiria toda a sorte de abusos.

Ao tratar do atual contexto legal-constitucional, vislumbramos a observância prevalente aos direitos humanos e suas garantias, denotando os seus maiores alcances na órbita do interesse público.

Passando o debruço sobre a ingerência do direito penal no meio individual e coletivo, é necessário deter reflexões a respeito do limite a que se deve observar o legislador. Em que pese, tende-se a presença reconhecida da teoria positivista, nos parece ser merecedora de comentários a importância da problemática

em que recai as muitas vezes, arbitrárias e irrazoáveis, ingerências do legislador no meio social, a que se note importância, na esfera penal.

Iremos nos ater a um princípio de destaque no texto constitucional e que se mostra necessário no desenvolver da crítica que se almeja no presente artigo: o princípio da proporcionalidade. Tal princípio apresenta uma lógica argumentativa que vai de encontro com o que apregoa a doutrina constitucionalista do delito, que já fora objeto de análise no artigo em pauta. Coerência lógica esta que se funda na concretude do ilícito perpetrado, mas que reclama de proporcionais medidas a que sustentem a rotulação de condutas passíveis da reprimenda estatal.

Seguindo no apreciar frente ao ordenamento jurídico, sob uma ótica sistemática, assim levando em conta os anseios constitucionais, vem a ser pertinente as seguintes anotações:

[...] quanto a idoneidade e necessidade, há que se precisar que ambas dizem respeito, somente, à escolha do meio, e não à escolha do escopo. Segundo as regras constitucionais, o legislador é livre para escolher os objetivos, ou endereços políticos da lei, enquanto o princípio da proporcionalidade submete à crítica a utilização dos meios, isto é, dos instrumentos dos quais o legislador se utiliza.” (JÖRG LUTHER, p. 316 apud GOMES, 2003, p. 79)

É de se notar, nas ponderações ora postas e levando em conta o nosso posicionamento, o depuro técnico a que deve estar atento o legislador, em que venha ao emprego de medidas que reconheçam a importância estrutural de uma ciência penal já consolidada em partes significativas dos seus elementos e o atento ao emprego de medidas de política criminal que se fazem valer por meio da eficácia no meio social e os reconhecidos e adequados meios empregados no direito comparado.

Considerando a proporcionalidade e as suas consequências no direito penal, nos parece ser de necessária observância os requisitos constitucionais, a que se citar, dentre eles, a liberdade – assim considerada num respeito aos preceitos legais já vigentes – que deve ser conferida ao cidadão, em seu sentido amplo, nas diversas searas em que se permite a sua incidência.

Na busca pelas breves ponderações a respeito do princípio da proporcionalidade e a sua ingerência no elaborar das leis, em especial, penais, que assim redundam num cenário que faz valer ou não a *ultima ratio* no direito penal, iremos passar a considerar a arbitrariedade por parte do legislador. Neste sentido:

[...] o princípio da proporcionalidade não constitui, apenas, um critério de orientação das políticas criminais, mas também de controle sobre o legislador por parte da Corte Constitucional, onde o juiz é chamado para tutelar os cidadãos contra as leis que violam princípios constitucionais e, portanto, antes de tudo, o princípio de proporção, fundado sob o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais, constitui garantia contra os arbítrios do legislador. (MAUGERI, p.475 apud GOMES, 2003, p. 81)

É palpável e recorrível os desdobramentos de uma deficiente norma penal que teve em seu fundamento originário uma inapropriada medida, seja frente a reprimenda positivada, a necessidade, a busca infrutífera pela finalidade preventiva a que se propõe o direito penal, ou, a correspondente inadequação aos diplomas vigentes, em especial, aos ditames da carta maior.

Passando ao apreciar do atual cenário na doutrina, iremos deter aos decorrentes princípios reconhecidos e advindos do princípio da legalidade, e dentre eles vem a estar presente o princípio da intervenção mínima, que figura como equivalente a *ultima ratio* aqui analisada.

Em que, pelo princípio da intervenção mínima, leciona Júlio Fabbrini Mirabete (2018, p.41), que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, deixando os demais à aplicação das sanções extrapenais. Aqui merece reflexões a respeito dos meios a que vem se valendo o legislador penal brasileiro, pois, a utilização de critérios desarrazoados, que ao nosso ver, mostram-se presentes, implicam em um descrédito a posicionamentos já consolidados na doutrina penal e contrariando julgados, que não muita das vezes, já se encontram sedimentados.

Em síntese, vem a tornar presente em situações recorrentes da prática forense, em especial, na seara criminal, a desarmonia entre o legislativo e o judiciário. Não se pauta aqui o desconsiderar de equívocos por parte dos órgãos julgadores e seus representantes, mas, a que se direciona o manifestar científico por ora exposto, nos parece estar o legislador longe de um almejado preciosismo técnico-legal.

6 CONCLUSÃO

Detendo a análise a respeito do crime, como fenômeno jurídico a que se dá importância em meios inclusive estranhos ao âmbito penal, parece ser razoável e necessário o considerar de teorias que implicam diretamente a respeito da materialidade do crime, não tão somente, o enfoque teórico, mas o atento de forma

integral e proporcional as delimitações que hoje se apontam como pacíficas a respeito dos substratos do crime.

O aprimoramento que fora proposto pelo presente artigo toma como base a precária eficácia presente sobre os efeitos imediatos da reprimenda estatal, levando em conta a ingerência sobre os aspectos jurídicos, sendo tais: a eficácia material, assim consequente das delimitações na projeção da norma; a segurança jurídica no tratar dos pressupostos para a delimitação penal e; a observância das garantias fundamentais preceituadas na atual Constituição da República.

Tratando das considerações finais, o manifestar científico aqui exposto buscou dar maior relevo as questões doutrinárias que refletem a respeito da necessária materialidade a que reclama a conduta criminosa. A devida e correlacionada importância também se deve emprestar as questões estruturais do sistema político brasileiro, que assim influência de forma direta no poder legislativo. Detendo, então, esta última crítica sobre o aspecto técnico-legislativo, afastando-se, entretanto, da meritocracia que por alguns é recomendada, mas, ao nosso parecer, atenta não só contra a democracia, mas a toda a orientação principiológica da atual Constituição da República, devendo então ser observado a legitimidade política já sedimentada em lei.

Porém, consideramos ainda que com raso parecer científico a importância em se ter um corpo legislativo pautado em questões técnicas, científicas, sociológicas, filosóficas e demais aparatos que forem necessários para uma segura incidência material da norma penal. Haja vista, que o atual cenário jurídico-penal reclama de uma posição acauteladora por parte do legislador, assim pautada na reflexão frente as sugestões relevantes oriundas das ciências penais e extrapenais.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ASÚA, Luis Jiménez. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Losada, 1951.

ESTEFAM, André. **Direito Penal. Parte Geral**. 7 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

GASSIN, Raymond. **La Criminologie**. 1 ed. França: Dalloz-Sirey, 1988.

GOMES, Luiz Flávio. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 1ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAÍLLO, Afonso Serrano. **Introdução à Criminologia**. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

REALE, Junior. **Instituições de Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.