

O LITÍGIO PENAL COMO LITÍGIO ENTRE DIREITOS HUMANOS: ENTRE EXCESSO E DESPROTEÇÃO

CRIMINAL LITIGATION AS LITIGATION BETWEEN HUMAN RIGHTS: BETWEEN EXCESS AND UNPROTECTION

Júlio César de Aguiar

PhD in Law pela University of Aberdeen, Reino Unido (2012). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás (2001). Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. Pesquisador-Colaborador Pleno do Instituto de Psicologia da Universidade de Brasília.

Rafael Guimarães Nogueira

Procurador da República do Ministério Público Federal, lotado e em exercício na Procuradoria da República no município de Barreiras/BA. Atuação em todas matérias da unidade.

Submetido em: 19/09/2019

Aprovado em: 22/09/2020

Resumo: O presente artigo aborda o litígio penal sob a perspectiva de conflito entre direitos humanos e, como tal, analisa a necessidade de aplicação da técnica de ponderação entre direitos, aliada aos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade penal. Através de pesquisa bibliográfica e documental, apresenta-se elementos que permitem afirmar que todo litígio penal é um litígio entre direitos humanos. Em seguida analisa-se o uso penal sem interposição dos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade penal, o que provoca seu uso em excesso. Por fim, registra que o excesso de uso do Direito Penal tem como consectário lógico a desproteção de direitos humanos gerada pela inoperância do sistema.

Palavras-chave: direito penal; direitos humanos; ponderação; princípio da proporcionalidade; subsidiariedade penal.

Abstract: *The aim of this paper is to approach the criminal litigation under the perspective of human rights collision and, as such, to analyse the need of balancing test between rights, added last resort and proportionality principles. Through bibliographic and documentary research, we present elements enable to assert that every criminal litigations are a human rights litigation. After that we analyse the criminal practise without last resort and proportionality principles, what causes excessive sanctions. Finally, we say that the excessive use of criminal law has as logical implication the human rights unprotection caused by sistem collapse.*

Keywords: *balancing; criminal law; human rights; last resort principle; proportionality principle.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. O litígio penal como um conflito entre direitos humanos. 2. O excesso na aplicação *in concreto* de leis penais incriminadoras. 3. A desproteção de direitos humanos gerada pela inoperância do sistema penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Há décadas que se anuncia o colapso do sistema penal no mundo e no Brasil. De um lado muitos advogam a supercriminalização (overcriminalization) (HUSAK, 2008), a expansão (SILA SÁNCHEZ, 2013), o excesso do uso de Direito Penal; enquanto, de outro lado, temos os vazios, a inoperância do sistema, a desproteção de direitos humanos básicos. A ausência de limites para o uso do Direito Penal parece não decorrer somente da inflação de novos tipos penais, mas também da falta de filtros e técnicas mais apuradas para resolução do conflito, mesmo em se tratando de crimes tradicionais.

Através de pesquisa bibliográfica e documental, a partir do pressuposto, a ser explicado e justificado abaixo, de que o litígio penal é sempre um conflito entre direitos humanos, investiga-se se sua resolução exige aplicação da técnica de ponderação, aliada aos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade penal, ao final concluindo que o inadequado uso do instrumental penal causa, por um lado, excessos, e, por outro, desproteção.

Na primeira parte apresentamos rapidamente elementos dogmáticos que permitem afirmar que todo litígio penal é ou deveria ser (já que deveria o Direito Penal tutela apenas Direitos Humanos) um litígio entre direitos humanos, o que exige técnicas e critérios de resolução próprios. Na segunda parte, incursionamos sobre a aplicação do Direito Penal sem interposição dos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade penal, provocando seu uso em excesso. Por fim, na terceira parte, rememoramos que o excesso de uso do Direito Penal tem como consectário lógico a desproteção gerada pela inoperância do sistema.

1. O LITÍGIO PENAL COMO UM CONFLITO ENTRE DIREITOS HUMANOS

O Direito Penal é o ramo jurídico que busca a proteção de bens jurídicos através da aplicação de penas, tendo como traço distintivo a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade. Os conceitos de Direito Penal encontrados na doutrina variam em alguma medida, mas preservam a essencialidade do disposto, qual seja: a finalidade de proteção de bens jurídicos através da aplica-

ção de sanções, sendo peculiar a aplicação das mais graves sanções, preponderando a pena privativa de liberdade.¹

Por ser o Direito Penal a forma mais gravosa de intervenção estatal, intuitivamente se deduz que não é utilizado para punir qualquer ilicitude (civil, administrativa, eleitoral, ambiental etc.). Daí surgem as suas características de subsidiariedade e fragmentariedade. A subsidiariedade, ao tempo que se revela como característica do Direito Penal, pela constatação de que os Estados sempre lhe reservavam a função de “soldado de reserva”, consolidou-se como princípio através do reconhecimento de sua normatividade para limitar o alcance da sanção penal, exigindo que outros instrumentos de proteção não sejam suficientes. Adota-se o significado corrente na doutrina brasileira acerca da subsidiariedade e não se discute se possui normatividade autônoma. Sobre esta questão é pertinente ver Jareborg, que analisa o princípio e elenca autores que visualizam nele conteúdo idêntico à proporcionalidade (JAREBORG, 2005).² A existência de normatividade autônoma não implica na negativa do seu conteúdo, mas sim no reconhecimento de que a subsidiariedade já estaria contida no princípio da proporcionalidade.

A fragmentariedade também possui natureza descritiva, ou seja, de característica do Direito Penal, que é revelada pelo fato de não proteger todos bens jurídicos nem mesmo todas as lesões aos bens selecionados. O Direito Penal seleciona fragmentos do direito em geral, selecionando tanto bens jurídicos - os fundamentais -, quanto lesões - as mais relevantes. No que tange à sua natureza normativa, ou seja, de princípio, há quem questione tal normatividade, pois o princípio da subsidiariedade seria o responsável por impedir a punição penal de qualquer fato antijurídico, o que teria como consequência tanto a seleção de bens jurídicos mais importantes quanto a seleção de lesões mais relevantes (JAREBORG, 2005). Não teria assim a

¹ Juarez Cirino afirma que “o direito penal é o setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas” (Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3). Zaffaroni e Pierangeli chamam atenção para distinção das leis penais e do ramo jurídico, explicando que “o direito penal (legislação penal) é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama “delito”, e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. No segundo sentido (saber do direito penal) é o sistema de compreensão (ou de interpretação) da legislação penal” (ZAFFARONI, E.R.; PIERANGELI, J.H. 2011).

² “Roxin e Jakobs, entre outros, parecem considerar o princípio da subsidiariedade como idêntico ao princípio da proporcionalidade em sua faceta prospectiva. Sendo assim, o que foi dito acima na parte V é válido. Que o princípio da subsidiariedade não tem função normativa independente”. (Tradução livre) “Roxin and Jakobs, among others, seem to regard the subsidiarity principle as identical with the prospective proportionality principle. If this is so, what was said above in Part V is applicable. Such a subsidiarity principle has no independent normative function”. (JAREBORG, 2005).

fragmentariedade qualquer conteúdo normativo, mas sim meramente descritivo ou adjetivo. Para os que sustentam seu caráter de norma, seu comando normativo seria complementar à subsidiariedade.

O que importa neste trabalho é registrar que a doutrina majoritária consente com a função de tutela dos bens jurídicos mais relevantes atribuída ao Direito Penal. Roxin, ao defender a exclusiva proteção de bens jurídicos como sua tarefa, assevera que “a função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos” (2018, p. 16-17). O professor lembra que desde o iluminismo e da concepção de contrato social, a transferência de poderes do cidadão para o Estado tem como finalidade a realização das condições necessárias para uma vida livre e pacífica, tendo como limites do Estado a estrita necessidade, o que visa encontrar um equilíbrio entre intervenção e liberdade individual.

A restrição do Direito Penal à tutela das condições essenciais para a vida livre e pacífica conduziria sua função para proteção de direitos humanos, entendidos estes como os direitos essenciais para uma vida digna. Que o Direito Penal é uma forma de proteção dos direitos humanos é inquestionável. Há quem afirme que o Direito Penal interno possui relação de complementariedade com o Direito Penal Internacional na proteção de Direitos Humanos e que a legislação interna deve atentar para que o Direito Penal não se converta em instrumento de opressão de grupos humanos vulneráveis e já violados em direitos humanos fundamentais (BORGES, 2002). Passível de debate é se a tutela penal deveria se exaurir apenas nos direitos humanos. Sabe-se que a prática legislativa não conhece esses limites e há pressão social para sua expansão. O Direito Penal conta na atualidade com reconhecimento da sua função protetiva quase unânime na sociedade, mesmo entre segmentos sociais distintos. Sobre este ponto, Vormbaum afirma que para a sociedade “já não é considerado como um meio de proteção perante o Estado que castiga, senão um meio que é bem-vindo para a proteção por meio do Estado” (VORMBAUM, 2013, p. 207).

Não se descarta do papel protetivo que tem o Direito Penal contra os abusos de punições particulares ou excessos de punição estatal, não sendo correto, portanto, dizer que houve uma superação total da ideia de “Carta Magna do delinquente”, mas sim que foi agregado ao instrumento penal um grau de legitimidade social muito alto como forma de defesa dos direitos.

Como o Direito Penal tem como traço peculiar a utilização da forma mais severa de sanção, a privativa de liberdade, ao usar de tão drástica medida, torna-

-se inevitável o conflito entre direitos humanos, de um lado a liberdade ambulatoria, a dignidade da pessoa humana e todos direitos atingidos por consequência da prisão, do outro os direitos humanos tutelados pela norma penal punitiva. A antinomia é afastada parcialmente por regras expressas de Direito Penal (que afastam tipicidade, ilicitude, culpabilidade ou punibilidade), as quais contemplam previamente a solução para o conflito de direitos. Nota-se que remanescem outros casos de antinomia sem resolução, o que adiante se desenvolverá.

Não é demais consignar que a liberdade de locomoção, o direito de ir, vir e ficar é consagrado no âmbito internacional e interno. A Declaração Universal de Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, dispõe expressamente em seus artigos 1º e 3º que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” e “Todo o indivíduo tem direito a vida, a liberdade e a segurança pessoal”.

A Constituição da República de 1988, por seu turno, ratifica em seu art. 5º “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à liberdade, nos termos dos direitos e garantias que enumera”, acrescentando no inciso XV que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

É evidente que ao atingir a liberdade de locomoção, atinge-se por consequência outras liberdades e vários outros direitos, por restarem impossibilitados de gozo. Daí ser óbvio constatar que a dignidade da pessoa humana é também atingida por uma pena privativa de liberdade. A questão posta no litígio penal é a definição de quando essa restrição será legítima ou ilegítima, a depender do resultado decorrente da equação entre os valores fundamentais envolvidos.

Do dito até aqui, de forma intuitiva, vislumbra-se que será legítima a restrição de liberdade ambulatoria, com todas suas consequências para outros direitos humanos, quando este for o meio estritamente necessário para conciliação dos direitos em conflito. *Contrario sensu*, será ilegítima a restrição de liberdade quando não estiver presente a estrita necessidade, por existirem outras formas de tutela adequada do bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Esta resposta intuitiva surge da ponderação entre os direitos envolvidos no litígio penal.

Sobre o conflito entre direitos, Mendes explica sua ocorrência a partir do exercício do direito por titulares distintos, sendo possível sua ocorrência “entre (a) direitos individuais, (b) direitos individuais e bens jurídicos da comunidade, e (c) entre bens jurídicos coletivos” (MENDES; BRANCO, p. 236). Cabe ao legislador impor limites ao uso do direito, para garantir o “exercício pacífico de faculda-

des eventualmente conflitantes” (MENDES; BRANCO, p. 236). A colisão no caso de prisão se estabelece entre um direito de defesa de caráter liberal e o direito de proteção.

Para solução do conflito entre direitos humanos, os critérios tradicionais de solução são inaptos (hierarquia, anterioridade e especialidade). A colisão no caso concreto entre direitos humanos válidos e vigentes não se resolve pela simples exclusão de um direito. É preciso um esforço de harmonização entre os direitos concorrentes. O ponto fulcral da distinção reside no fato de que os direitos humanos não constituem regras, mas sim princípios de mesma hierarquia, os quais não concorrem no plano abstrato, mas sim em casos concretos, exigindo esforços de concretização e harmonização (MENDES; BRANCO, p. 182-189).

Excluída a lógica do “tudo ou nada” na resolução deste tipo de conflito, só o caso concreto oferecerá elementos suficientes para sua solução através da técnica da ponderação. A ponderação visa realizar da forma mais ampla possível todos valores consagrados no ordenamento. A ponderação não fornecerá uma solução aritmética para o caso. A resolução do conflito deverá observar, dentre outros critérios, a proporcionalidade em suas três facetas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Destaca-se que o conflito entre princípios, entre princípios e regras, ou mesmo entre regras, não implica necessariamente na invalidação da norma que deixe de ser aplicada no caso concreto, como se se tratasse sempre de um “conflito aparente de normas”. Adota-se a lição de Ávila, no sentido de que a diferenciação ontológica entre princípios e regras não é absoluta, não sendo possível indicar uma única técnica para resolução do conflito, como se entre regras sempre houvesse um conflito aparente a ser resolvido em abstrato ou se entre princípios sempre houvesse um conflito a ser resolvido por ponderação no caso concreto. Para ambos, regras e princípios, em casos difíceis, será necessário recorrer à técnica de ponderação (ÁVILA, 2006, p. 36, 47, 90, 91). Este tema é riquíssimo e é muito bem explicado pelo autor. Para viabilizar este trabalho, torna-se imperativo restringir-se ao registro de que a ponderação pode ser aplicada também para regras, podendo, no caso concreto, servir para conciliação de vários direitos, mesmo contidos em princípios e regras que concorrem entre si.

A restrição a um direito fundamental deve ser adequada ou idônea para concretizar outro direito de igual estatura. Adequação exige uma estrita relação entre meios e fins. Por outro lado, deve ser necessária aquela restrição, inexistindo outras medidas igualmente adequadas e menos restritivas. A necessidade ou exigibilidade é conhecida como princípio da menor ingerência possível ou proibição de excesso (BARROSO, 2004, p. 227-228). A lei será inconstitucional

se houverem outras medidas menos lesivas. Por fim, deve ser proporcional em sentido estrito, ou seja, ainda que haja relação direta causal entre meio e fim (adequação), e que inexistam outras medidas menos lesivas (necessidade), não deve ser aplicada quando causar mais malefícios do que benefícios. É a ponderação entre o ônus da aplicação da norma e o benefício trazido, para aferir se se justifica a “interferência na esfera dos direitos dos cidadãos” (BARROSO, 2004, p. 229).

A privação de liberdade como traço peculiar do Direito Penal não permite que sua aplicação seja feita desvincilhada de uma cuidadosa ponderação entre os direitos envolvidos, com aplicação do princípio da proporcionalidade. Vê-se que não se trata de analisar o tipo penal em abstrato, mas sim de sua aplicação concreta. Não se ignora a possibilidade de declaração de invalidade de um tipo penal por completo, por não remanescer qualquer hipótese fática na qual sua aplicação seja permitida. Contudo, este não é o enfoque do presente trabalho. Trata-se de reconhecer que não existe solução adequada legislada abstratamente para todas hipóteses da complexa diversidade fática da vida. Assim, cabe sempre ao operador do direito confirmar no caso concreto se os direitos humanos em questão estão sendo harmonizados adequadamente, superando a mera letra da lei quando necessário. Seguindo mais uma vez os ensinamentos de Ávila, “normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais” (ÁVILA, 2006, p. 47).

A ponderação entre os direitos humanos envolvidos no litígio penal se concretiza pela ponderação e mensuração dos benefícios e malefícios decorrentes do seu uso. A questão da relação entre vantagens e desvantagens do direito penal foi objeto de estudo por Ferrajolli, segundo quem o sistema só se justifica se a “soma das violências – delitos, vinganças e castigos arbitrários” a serem evitadas for superior “às violências constituídas por delitos não prevenidos e pelas penas estabelecidas para estas” (LUIGI FERRAJOLLI, 1995).

A análise de Ferrajolli é bastante interessante sob o ponto de vista da proporcionalidade em sentido estrito, exatamente por trazer a ideia de quantificação, de mensuração dos benefícios e malefícios, como critério justificador da restrição de direitos pelo Direito Penal. Ocorre que, como dito pelo professor, o cálculo total das violências e arbitrariedades é impossível. Saliente-se, por outro lado, que a contabilidade total referida por ele refere-se à análise do sistema inteiro, sendo mais ilustrativa do que proposta de uma prática jurídica. Por outro lado, certamente não pretendeu o autor afirmar que admite deliberadamente injustiças (violências) em casos concretos com a justificativa de que estão compensa-

dos por uma justiça ou bem maior (a evitação de injustiças). As injustiças e erros judiciais são admitidos como fatos inerentes à estrutura judiciária e à condição humana, como equívocos, erros que não podem ser evitados, mas nunca como uma forma intencional de injustiça para produção de outro bem maior. Não se admite esse pragmatismo de compensação de injustiças e justas, que coisifica o cidadão, transformando-o em mero objeto de política criminal. O objeto da análise aqui é mais restrito, referindo-se à prática penal em casos concretos. A desconsideração do litígio penal como um conflito entre direitos humanos provoca graves injustiças e torna o sistema disfuncional. Por tal razão, Queiroz afirma que o direito penal desconsidera o conflito existente, agravando-o e criando outros (QUEIROZ, 1998, p. 36).

Pensa-se que o uso da proporcionalidade possui o mérito de verificar a compatibilidade do uso do direito penal nos casos concretos com os valores que se pretende proteger. Contudo, usar proporcionalidade como filtro para o instrumento penal encontra duas principais dificuldades: a complexidade fática e o perigo de invasão da seara legislativa.

Na perspectiva fática, pode-se seguramente afirmar que vários casos penais se qualificam como *hard cases* do ponto de vista da solução do conflito entre direitos humanos. Trata-se de complexidade predominantemente fática, já que será preciso avaliar o uso do Direito Penal em cotejo com o uso de outros instrumentos de controle. Acredita-se que essa discussão foi obscurecida no Brasil, em parte, pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, que parecia vedar ao Ministério Público e Justiça a análise de adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito e subsidiariedade penal, em favor de um respeito cego ao legislado, e doutra parte, pela carência de estudos empíricos na área de criminologia e controle social. Que o princípio da obrigatoriedade - como equivocadamente adotado no Brasil - proíbe a discussão é evidente, já que havendo tipicidade, ilicitude e culpabilidade, a ação penal deveria ser proposta (RANGEL, 2011), e ao Ministério Público seria vedado analisar conveniência, oportunidade ou utilidade social (FEITOZA, 2010). Por seu turno, no que pertine à falta de estudos empíricos em direito, Mello aponta que é predominante nas escolas de direito a tendência de separar o que é específico do direito de outras “preocupações não jurídicas” (MELLO, 2014, p. 145-155), o que acaba por conferir aos trabalhos acadêmicos em direito uma aparência de parecer jurídico oriundo de autor que apenas pretende comprovar uma opinião preconcebida, no que é ratificada por Veronese ao asseverar que a formação tradicional é “quase nula em termos de qualificar o bacharel para o diálogo com outras áreas” (VERONESE, 2013, p. 197-237) (VERONESE, 2011, p. 171-218).

No que se refere ao perigo de invasão da atividade legislativa, a doutrina e jurisprudência majoritária parecem compreender que o princípio da subsidiariedade penal somente incidiria na esfera legislativa. Roxin (1997, p. 67) afirma que a subsidiariedade deixa muita liberdade para o legislador, que pode incriminar lesões leves, desde que não insignificantes, funcionando apenas como princípio de política criminal. As decisões que mencionam o princípio da subsidiariedade o fazem invariavelmente em conjunto com outros fundamentos (v.g.: insignificância). Não se questiona, porém, o consagrado princípio da proporcionalidade. Ocorre que nem este parece encontrar lugar na prática penal. Onde encaixar os princípios na prática penal? Em quais hipóteses deixaria de ser aplicado o Direito Penal exclusivamente por força dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade? Em outras palavras, não possuem normatividade tais princípios na aplicação da lei penal?

Para evitar possível violação da repartição de poderes, é preciso que o Judiciário e o Ministério Público, na tarefa de interpretação e aplicação da norma penal, exerçam a autocontenção para não invadir a seara legislativa, o que não parece significar que devam permanecer inertes diante de violações claras dos princípios aqui tratados (MENDES, 2012, p. 674). A regra válida no controle de constitucionalidade é de que não se afasta a aplicação de uma lei quando seu conteúdo não ostente inadequação evidente, ou seja, em caso de dúvida, de margem de discricionariedade, preserva-se a lei impugnada, em respeito às atribuições dos demais poderes.

Mendes menciona a orientação do Tribunal Constitucional Alemão de que havendo incerteza científica sobre os melhores meios para se atingir um resultado, inexistindo informações suficientes disponíveis, “cabe ao legislador uma ampla margem de avaliação no tocante à adequação e necessidade” (MENDES, 2012, p. 675). Por outro lado, Mendes explica que tendo o legislador elegido medidas patentemente inidôneas para a política criminal, deve a norma ser considerada inconstitucional (MENDES, 2012, p. 674). Barroso (2004, p. 232) lembra que o conflito entre Judiciário e Legislativo não é irremediável nos casos de mera interpretação divergente. Cabe ao legislador mudar a lei ou a Constituição para “dar-lhe o sentido que desejar”, ou seja, explicitar o sentido de interpretação desejado. O mesmo autor usa expressões como “confronto”, “ocupação de espaços vazios” e “criação do direito” para se referir à postura ativista (BARROSO, 2011, p. 366). Ocorre que a interposição dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade como filtros para aplicação do direito penal não parece indicar nenhuma dessas posturas ativistas, mas tão somente a aplicação do direito considerado como todo, recusando aplicação superficial e solitária de uma norma penal. Mais à frente será mencionado que há vários

fatos formalmente típicos para os quais o legislador nunca cogitou fosse aplicado o tipo penal.

O problema proposto nesta pesquisa localiza-se na prática penal e não tem, portanto, o condão de declarar tipos penais inconstitucionais, mas sim afastar a sua aplicação para casos concretos. Pode-se dizer que afastar o tipo penal para alguns casos por inidoneidade, desnecessidade ou desproporcionalidade em sentido estrito equivaleria a uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Segundo Carvalho, a declaração parcial sem redução de texto significa afirmar a inconstitucionalidade somente para dada situação fática, sem invalidação do texto da norma, que permanece válido para as demais situações (CARVALHO, 2011, p. 425). Pensa-se que é o caso. É interessante notar, porém, que a aplicação do princípio da insignificância poderia ser entendida também como uma forma de declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto da norma penal incriminadora, mas é compreendida como simples aplicação da dogmática penal, não se submetendo, por exemplo, à cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição e reafirmada na Súmula Vinculante n. 1.³ Se a declaração de insignificância não implica necessariamente declaração de inconstitucionalidade parcial do tipo penal, por ser a lesividade ou tipicidade material um filtro interno do Direito Penal, é possível atribuir idêntico *status* jurídico aos princípios da subsidiariedade penal e proporcionalidade. Se assim for, como elementos integrantes da dogmática jurídica, como filtros para permitir a punição penal (causa extintiva ou requisito da punibilidade?), também não se reputa sua aplicação uma forma de controle de constitucionalidade. Estas são questões, ainda não muito bem resolvidas, matéria para outras pesquisas.

Para o que importa nesta breve empreitada, o princípio da proporcionalidade é reconhecido como válido e plenamente aplicável para o controle de medidas restritivas de direitos, sendo também reconhecido o princípio da subsidiariedade penal como norma restritiva do alcance do Direito Penal.

2. O EXCESSO NA APLICAÇÃO *IN CONCRETO* DE LEIS PENAIS INCRIMINADORAS

Como já dito, muito se discute sobre supercriminalização (*overcriminalization*) (HUSAK, 2008), expansão do Direito Penal (SILVA SÁNCHEZ, 2013), inflação legislativa ou excesso de leis incriminadoras. Neste artigo não será abordada a

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 11: “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte”.

criação exagerada de leis penais. Isto porque a seleção de condutas para as quais o Direito Penal será acionado não decorre somente da criação de novos tipos penais. Há quem afirme que inexistem critérios para limitar o uso do Direito Penal pelo legislador. De igual modo, parece inexistir critérios claros para limitar a aplicação *in concreto* do Direito Penal, mesmo aquele tradicional, aqueles tipos penais existentes há séculos no nosso ordenamento jurídico.

A abordagem que proposta neste momento incide sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade, do princípio da subsidiariedade penal e da técnica de ponderação na resolução do litígio penal. Naturalmente, a aplicação apenas restringe o alcance do Direito Penal, haja vista a impossibilidade de ampliação da punição penal sem lei anterior específica. Contudo, é intuitivo que a aplicação da proporcionalidade, subsidiariedade e ponderação na resolução do conflito penal pode indicar que há pouca punição e que direitos humanos estão desprotegidos.

De início, é preciso frisar que a técnica legislativa não dispõe, por mais rebuscada e cuidadosa que seja, de um levantamento de todas hipóteses fáticas da complexa vida real que possibilite listar os casos nos quais não deveria incidir o tipo penal criado. Por outro lado, ainda que se dispusesse de tão vasta pesquisa empírica de hipóteses fáticas, seria impossível ao legislador acompanhar as mudanças sociais, adaptando as normas penais para cada novo problema. Essa razão, por si só, já exige que o tipo penal seja objeto de interpretação e de limitação do seu alcance pelo operador do direito, opinião comungada por Queiroz e outros (QUEIROZ, 1998, p. 122).

Ninguém questiona, pois, a relevância da atividade do operador do direito na fixação dos casos nos quais deverá incidir o Direito Penal. Também não se questiona que a interpretação restritiva do tipo penal é permitida, em contraposição à interpretação ampliativa, esta vedada. Não se trata, todavia, de questão de pura interpretação de sentido do tipo penal legislado, mas de interpretação e aplicação do conteúdo de todo ordenamento jurídico para solução do conflito entre direitos humanos que se afirma existir. A técnica de ponderação e a aplicação do princípio da proporcionalidade e da subsidiariedade penal extravasam o campo das normas penais, sendo necessário avaliar a regulação e o funcionamento de todas normas que tutelam o bem jurídico protegido pelo tipo penal para permitir ou não a incidência penal. A questão penal é necessariamente constitucional, importando saber se a restrição ao direito fundamental de liberdade está justificada para a proteção do bem jurídico tutelado pelo tipo penal.

É de se notar a dificuldade prática da tarefa, não somente porque envolve uma ponderação entre normas, mas principalmente em razão da necessidade de análise do contexto fático social e das possibilidades de controle por outros

meios. Husak⁴, ao tentar elaborar uma “teoria da criminalização” nos Estados Unidos, levanta a hipótese de que a existência de poucos estudos sobre os motivos que justificam criminalizar uma conduta é resultado de ser uma tarefa difícil. O autor aponta criticamente que ninguém estuda nem é ensinado na faculdade as razões necessárias para criminalizar uma conduta, que algumas faculdades abordam o assunto em um semestre e que nem deveriam oferecer a disciplina, já que a discussão acaba empobrecida e reduzida a punir ou não a sexualidade. Acrescenta que poucos juristas têm intimidade com matérias sociais e a decisão de criminalizar exige a apreciação da sociedade, não do direito em abstrato.

Ocorre que a dificuldade empírica envolvida não pode, não é e nem deveria ser obstáculo para a atuação dos operadores do Direito Penal. A falta de dados completos sobre a realidade e sobre o grau de eficácia e eficiência de um determinado tipo de controle de condutas indesejadas não é motivo para inércia estatal, de nenhum dos seus poderes constituídos, seja o Executivo na proposição e execução de leis, seja o Legislativo na edição de leis, seja o Ministério Público e o Judiciário na sua interpretação e aplicação. O processo de decidir com dados parciais e diante da incerteza é inerente à quase todas atividades humanas, conforme bem explicitado em Taleb (TALEB, 2008). Por tal razão, mesmo nas Ciências Econômicas, íntimas dos dados e dos cálculos, admite-se a falta de dados e assume-se que os métodos de estimação de eventos não passam de aproximações. Como exemplo, Keynes afirma que a precariedade de base de dados é o maior problema para realizar prognósticos de renda (KEYNES, 1982, p. 125). Sobre o Direito Penal em específico, ninguém cogita de exigir do Legislativo um estudo empírico profundo para possibilitar a criação de um tipo penal, simplesmente porque a tarefa é impossível. Secundando a lição de Mendes acima citada, Greco afirma que o Tribunal Constitucional Alemão reconhece ao legislador a “faculdade de formular suas próprias suposições empíricas” quando em situações de incerteza (GRECO, 2010, p. 165-185).

As suposições de dados não podem, contudo, serem absurdas e contraditadas por dados existentes. No controle dessas normas também não se exige da justiça dados completos, mas dados suficientes para demonstrar que as considerações adotadas pelo legislador são improcedentes.

Em vez de paralisar o intérprete, a dificuldade empírica deve ser aliada à autocontenção do Judiciário e Ministério Público para indicar que a punição penal deve ser afastada nas hipóteses fáticas de evidente incompatibilidade com

⁴ *“Perhaps the best explanation for this lacuna is simpler: The topic of criminalization is just too hard. If my subsequent efforts are less persuasive than I believe, I may unwittingly reinforce the suspicion that attempts to defend principled restrictions on the scope of penal liability are hopeless”* (HUSAK, 2008).

os parâmetros de controle. São aqueles casos que, independente de grandes esforços de pesquisa ou análise, revelem que o conflito entre direitos humanos não está sendo devidamente resolvido.

Nota-se que a relevância desta análise não é a retidão da atividade legislativa na criação de novos tipos penais, mas sim a prática dos órgãos de Justiça. Exemplifica-se com a análise de um tipo penal clássico, como exemplo o delito de estelionato, delito sobre o qual inexistente a pecha de ser resultado de inflação legislativa. O crime está em vigor no Brasil há tempo suficiente para impossibilitar o testemunho de sua criação por qualquer leitor deste texto. Não é arriscado afirmar que o legislador do delito nunca imaginou que fosse um dia existir, ao menos com as cifras de beneficiários hoje existentes, um programa como o seguro desemprego.

Há uma enormidade de brasileiros que todos os dias são demitidos involuntariamente e optam por permanecer em trabalho informal para receber concomitantemente o seguro-desemprego. Não raramente estes beneficiários solicitam ao patrão que não assine sua carteira de trabalho.⁵ O benefício alcançou no ano de 2002 a cifra de 8,7 milhões de beneficiários. Um simples batimento de dados realizado naquele ano pelo Tribunal de Contas da União indicou indícios de recebimento indevido em 65.729 parcelas.⁶ Veja que este número é muito subestimado, já que o batimento foi realizado com dados oficiais disponíveis em outros bancos de dados. O batimento não constata a fraude em razão da não assinatura de carteira de trabalho ou do desenvolvimento de outra atividade econômica informal.

Deixar de anotar a carteira de trabalho para receber seguro-desemprego é típico (formal e materialmente), ilícito e culpável. Contudo, é discutível se tais fatos passariam pelo crivo de uma análise do litígio penal como litígio entre direitos humanos, utilizando a técnica de ponderação de valores com aplicação dos princípios da subsidiariedade penal e da proporcionalidade.

Como já dito, este trabalho não se detém sobre a questão acerca da distinção ou não de conteúdo entre princípio da subsidiariedade penal e o princípio da proporcionalidade. Há autores, dentre eles Jareborg (2005), que afirmam inexistir conteúdo diferente no primeiro que já não seja abrangido pelo segundo, o que

⁵ Há estudos que associam o seguro-desemprego ao incremento do mercado informal. Vide como exemplo Seguro-desemprego e formalidade no mercado de trabalho brasileiro. (MOURÃO; ALMEIDA; AMARAL, 2013).

⁶ Auditoria de dados do seguro-desemprego. Tribunal de Contas da União. Acórdão: 2089/2013 – TCU – Plenário Data da Sessão: 07/08/2013, Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, TC: 012.829/2012-9. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-de-dados-no-seguro-desemprego-do-trabalhador-formal-dtf.htm>.

faria perder sua autonomia normativa, colocando-o como um subprincípio ou uma especificação do conteúdo da proporcionalidade no âmbito penal. Mesmo entre os que negam essa distinção, não se nega seu conteúdo e sua validade, o que torna desnecessário o debate para fins pragmáticos.

A subsidiariedade penal teria como comando básico a proibição de uso do instrumento penal em casos nos quais o uso de outros instrumentos jurídicos fosse suficiente. Já a proporcionalidade, destrinchada em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, exige que o uso seja adequado para obtenção do resultado pretendido; seja necessária a restrição do direito; que a restrição de direitos traga mais vantagens que desvantagens no resultado final.

Do ponto de vista da proporcionalidade-adequação, conclui-se que é inadequado tratar penalmente os casos de beneficiário que deixou de anotar carteira de trabalho para receber o seguro porque o instrumento é inidôneo para obtenção do resultado pretendido, já que o sistema penal não possui estrutura para tanto. A imensa maioria dos casos não serão registrados, nem investigados ou punidos por falta de estrutura implantada ou insumos (recursos humanos e materiais). Cabe mencionar que o total de inquéritos policiais concluídos pela Polícia Federal por ano entre 2014 e 2017 foi de, respectivamente, 54.745, 69.362, 63.671, 61.545 (DPF, 2018). Para que a atuação penal para proteção do programa do seguro-desemprego não seja meramente simbólica, seria necessário um novo órgão policial exclusivo, o que se repetiria com Promotores e Juízes criminais, medida que, por razões financeiras, é impraticável e indesejável do ponto de vista administrativo.

O apontamento não é novo e o problema da utilização do Direito Penal para solução de problemas para os quais é inapto já foi objeto de vários esforços de pesquisa. No Brasil, Gomes e Bianchini afirmam que o Direito Penal como meio de controle social não é apto para assumir funções além da sua capacidade natural e que a tentativa de alargá-lo faz o seu uso meramente simbólico (GOMES, 2002, p. 107). Pode-se afirmar que o uso simbólico é aquele que não tem qualquer efeito preventivo geral, ou seja, não é capaz de reduzir as estatísticas de ilícitos praticados. Para os crimes que não possuem estrita necessidade para cumprimento de funções repressivo/retributivas, a manutenção de tal crime resulta em uma restrição de direito gratuita, desvencilhada de qualquer vantagem, já que se mantém a quantidade de ocorrências com ou sem o crime.

Admitindo, porém, que a punição penal ajuda em alguma medida na prevenção do ilícito, tem-se que, sob o viés da proporcionalidade-necessidade, é preciso reputar desnecessário tratar tais casos com penal porque os recebimentos indevidos isoladamente não representam perigo para o funcionamento do programa, sendo relevantes apenas no seu conjunto e acaso atingidas enormes

cifras. Controlar o conjunto de recebimentos indevidos é possível com simples controles administrativos, os quais evitariam a maior parte dos delitos, com efeito idêntico ao uso penal.

Por exemplo, houve a intenção estatal de condicionar o recebimento do benefício à realização de cursos, o que faria com que o beneficiário se qualificasse e, por outro lado, evitaria a fraude por tornar na maioria dos casos incompatível o horário do emprego informal com o curso exigido. Ocorre que a falta de disponibilidade de cursos fez com que 96% dos beneficiários fossem dispensados da exigência (ALVES; ALEGRETTI, p. 2014). Observe que a decisão de não controlar administrativamente o regular recebimento do benefício visa economizar recursos na administração pública. Trata-se, no entanto, de decisão que transfere o ônus financeiro do controle de uma rubrica orçamentária, a do Ministério do Trabalho e Emprego, para outras, a do Ministério da Justiça (Polícia Federal), Ministério Público Federal e Justiça Federal.

Ainda sob o viés da necessidade, no que tange ao valor total acumulado com milhares de benefícios indevidos recebidos, cabe lembrar a lição de Silva Sanchez (2013) sobre os delitos de acumulação, os quais são deslocados indevidamente para o âmbito penal sob o argumento de que é preciso controlá-los penalmente para evitar que “todos” façam igual. Se o resultado que se deseja impedir é que “todos” façam o mesmo, não há perigo de grave afetação decorrente dos fatos individuais, mas sim se “todos” ou uma cifra muito grande de pessoas praticarem a conduta. Ora, se a intenção é manter os danos ou perigos num determinado patamar e os controles administrativos são suficientes, não há necessidade de punir criminalmente. Poderíamos citar outros casos de condutas pequenas do dia a dia que conjuntamente podem causar grandes prejuízos econômicos ou ao meio ambiente, mas que não possuem individualmente um desvalor suficiente para justificar a prisão de uma pessoa.

Seguindo com a análise, ainda sobre a necessidade de punição penal, este caso parece adequar-se à orientação do Tribunal Constitucional Alemão, conforme apontado por Mendes, o qual indica a declaração de inconstitucionalidade em matéria penal se houver prova “de maneira contundente, de que o Poder Público não adotou medidas preventivas de proteção, ou que evidentemente as regulamentações e medidas adotadas são totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção” (MENDES, 2012, p. 674).

Neste ponto cabe distinguir a função preventiva da função repressiva ou retributiva da pena. Se o número de ocorrências é controlado em nível aceitável sem o uso do Direito Penal, temos satisfeito o efeito preventivo. Mas para que seja dispensado o Direito Penal não basta seu efeito preventivo. É preciso aferir se a

função repressiva ou retributiva da prisão é necessária para o caso ou se é suficiente a aplicação de outras sanções, à exemplo de uma multa em dobro do valor recebido a ser descontada de outros benefícios ou salários, pelo perdimento do bem ou pela suspensão de um direito. Os efeitos repressivos e retributivos nunca seriam alcançados por outros meios em casos de crimes violentos como homicídio e estupro. Vê-se que para estes crimes há uma forte legitimação jurídico-social para punição como repressão ou retribuição do mal causado, sendo desimportante saber se a taxa de homicídios é pequena ou alta. É dizer, ainda que os efeitos preventivos fossem muito bem sucedidos por outros meios e estivéssemos no país com menor taxa de homicídios do mundo, a pena não deixaria de ser aplicada porque para tal crime inexistente sanção jurídica diversa da pena privativa de liberdade que satisfaça o efeito repressivo ou retributivo (HUSAK, 2005).

Como exercício de argumentação, já que o meio penal seria eliminado nas etapas anteriores, na última dimensão do princípio da proporcionalidade, é possível dizer que a criminalização de tais condutas é desproporcional em sentido estrito porque causa mais malefícios do que benefícios. De um lado, os benefícios: (1) a vantagem da punição do mal causado, que é baixíssima, já que inexistente um clamor social pela prisão da pessoa; (2) a vantagem da prevenção geral, que também é baixíssima, tendo em vista a inidoneidade para tratar dos milhares de casos, não obtendo sucesso na tentativa de redução de recebimentos indevidos; (3) o benefício econômico para o Estado no uso do instrumento penal, pela recuperação dos ativos perdidos, também muito baixo, consistente apenas nos poucos benefícios efetivamente investigados e processados. Do outro lado, os malefícios: (1) o estigma gerado na pessoa e na família, além dos prejuízos financeiros decorrentes dos registros criminais e dificuldades para obtenção de novo emprego; (2) os prejuízos operacionais para o sistema de investigação, julgamento e execução penal, que são sobrecarregados com grandes números de casos pequenos, impossibilitando-os de processar vários casos mais graves; (3) os prejuízos financeiros decorrentes do alto custo do sistema penal (polícia, justiça, ministério público e órgãos de execução penal), custos que superam em muito os valores recuperados no processo; (4) a desvantagem decorrente do risco de produção de injustiça pela aplicação de punição maior do que o desvalor da conduta social indica.

Por fim e como já adiantado, fere a subsidiariedade penal a punição criminal para tais casos porque a União dispõe de outras formas de proteção, formas que conscientemente não utiliza por uma decisão de custo-benefício, já que a implantação de controles administrativos mais rígidos também possui vultosos custos financeiros, em especial se confrontados com o baixo valor do benefício concedido. Possivelmente tenha a União concluído que mais vale pagar os valores indevidos, do que gastar quantias aproximadas com a implantação de controles, o que envolve

contratação de novos servidores, construção ou locação de novos prédios ou salas, aquisição de materiais de trabalho, manutenção de veículos, entre outros. Se esta decisão administrativa de não investir em controles administrativos para fiscalização do benefício é legítima, estando compreendida na sua seara de discricionariedade, também não será legítima a utilização do instrumento penal para punir a conduta. É prática da União exigir apenas uma declaração para atos perante si, em vez de fiscalizar efetivamente o conteúdo da declaração, o que não é errado em absoluto. O que é equivocado é agregar à declaração a punição penal como uma espécie de garantia contratual, feita por razões de mera economia de recursos, o que tem o condão de criar em poucos anos milhões de criminosos no Brasil. Para ilustrar o absurdo basta imaginar que os bancos poderiam começar a pedir declarações aos clientes sobre sua renda, sobre seu endereço, sua profissão, seu patrimônio, em casos nos quais o risco envolvido seja aceitável pelo banco, no lugar de exigir os documentos comprobatórios. A instituição já calcula o risco envolvido e aceita o risco, mas poderia usar o Direito Penal como garantia contratual de custo zero para a instituição. Em pouco tempo teríamos milhões de novos criminosos no Brasil.

Não se trata de deixar impune estelionatários reiterados, falsificadores que usam os nomes de terceiros, quadrilhas organizadas para fraudar, mas sim de não criminalizar condutas simples para as quais outros instrumentos jurídicos são adequados e suficientes para prevenção e repressão.

A partir do exemplo visualiza-se fortes indícios de que a prática penal não encara o litígio penal como um conflito entre direitos humanos, desconsiderando que a aplicação dos tipos penais encontra limites na restrição proporcional de direitos do réu, medida de restrição que é encontrada a partir da técnica de ponderação e dos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade. A prática gera sério risco para a liberdade de milhões de cidadãos brasileiros e para a funcionalidade do sistema (para alcançar seus objetivos de prevenção e repressão).

3. A DESPROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS GERADA PELA INOPERÂNCIA DO SISTEMA PENAL

Encerra-se este breve trabalho, pontuando o efeito consequente da criminalização de dezenas de milhares de condutas desnecessárias de intervenção penal, apontando que a banalização do sistema penal gera também violação de direitos humanos, desta vez pelo lado da vítima, seja uma pessoa física, jurídica ou a sociedade. É que um sistema penal assoberbado viola direitos humanos das vítimas por perder eficácia. Basta ser brasileiro para saber que nosso sistema penal não entrega os produtos esperados, nem em decisões e execuções penais (repressão e prevenção especial), nem em prevenção geral.

É intuitivo que a degradação do sistema penal é o outro lado da moeda do seu uso em excesso. Por óbvio, não se afirma que eliminados os excessos haveria recursos suficientes em qualquer órgão do sistema penal. O que se afirma, e para isto basta a lógica matemática simples, é que a inclusão de dezenas de milhares de delitos novos na linha de produção penal, mantida a mesma estrutura, causa mais perdas pela morosidade (prescrição) e perdas pela diminuição da qualidade da prova (absolvição). Se um sistema possui estrutura para tratar 1000 (mil) casos por mês, a não ser que se viole as regras da lógica matemática, os mesmos investigadores não poderão investigar na mesma qualidade e quantidade 2000 (dois mil) casos, nem os mesmos acusadores e julgadores poderão fazer suas tarefas na mesma qualidade e quantidade. O que se afirma, como antes já feito, é que o sistema penal é inidôneo para tratar de casos repetitivos como o exemplificado, os quais alcançam milhões de pessoas, sendo absolutamente inviável a multiplicação da estrutura penal para alcançá-los.

O cruel destes números é que os casos mais importantes e relevantes para a sociedade, como as grandes corrupções e os crimes de organização criminosa, costumam ser os mais difíceis em termos probatórios, exigindo mais recursos de investigação e processamento, sendo estes os que mais se perdem na qualidade da prova e na morosidade da investigação ou do processo. Por tal razão, Queiroz assevera que o tempo do sistema de justiça gasto com matérias triviais é retirado da “prevenção da criminalidade séria” (QUEIROZ, 1998, p. 125).

Nada há de novo nas afirmações que aqui se faz acerca da relação entre aumento de fatos a serem tratados penalmente e a inoperância do sistema. Ocorre que a doutrina concentra-se na inflação legislativa, nos novos tipos penais, na expansão do Direito Penal, desconsiderando que a falta de freios para a criminalização sempre existiu e não é um problema unicamente legislativo, como fica claro ao analisar o delito de estelionato aplicado para os casos acima.

Reafirmando o efeito, Gomes e Bianchini consideram que a crítica ao aumento do uso da punição penal também é válida “porque sua natural consequência (o outro aspecto do mesmo fenômeno) consiste em causar sua inoperatividade”⁷, isto porque o aumento de trabalho no sistema é “autoneutralizador” (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 109).

⁷ Gomes e Bianchine (2002, p. 59) acrescentam que “Consoante a doutrina de alguns críticos desse Direito penal transfigurado já não seria correto nem sequer falar de “crise do sistema”, porque desde os anos 70 vem demonstrando a moderna criminologia algo mais que uma crise: o que existe é uma verdadeira e absoluta incapacidade operacional, ou seja, o que está programado para ingressar no âmbito do controle penal (input) é infinitamente superior a sua capacidade de atuação (output). E sem atuação social e consenso, como já dizia Marx, o Direito “não é mais que um conjunto de papéis”.

Ocorre que as críticas acerca da expansão do Direito Penal não resolvem o problema dos crimes tradicionais que ocorrem repetidamente. Remanesce a questão do que fazer com os milhões de fatos típicos que não decorrem da dita inflação legislativa. Os números de recebimentos indevidos de seguro-desemprego, aos quais podem ser acrescidos outros, como bolsa-família e seguro de pescador, acaso não fossem parcialmente esquecidos na cifra negra, seriam suficientes para justificar a criação de um sistema próprio de justiça penal para cada um (uma polícia, um Ministério Público, uma Justiça e sistema de execução de penas). São números gigantescos. O pequeno percentual deste total é comunicado ao sistema penal, formalmente investigado, processado e condenado, o que para a pequena estrutura penal significa bastante, tendo em vista o gigantismo dos números de fraudes.

CONCLUSÃO

A punição penal é utilizada sem atenção para a justificação do seu uso, tendo os operadores do direito aderido ao comando literal legislado sem a interposição dos filtros da proporcionalidade e subsidiariedade penal. O litígio penal é necessariamente um litígio entre direitos humanos, o que exige a utilização da técnica de ponderação de valores para adequada harmonização dos direitos envolvidos.

Parece que os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade penal trazem consigo a virtude de trazer o operador do direito para a realidade, fazendo valer a sua função de interpretar e aplicar o ordenamento jurídico de acordo com o caso concreto, a vida real, as complexas mudanças sociais que acontecem diariamente. A análise de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito trazem consigo a imprescindível análise dos meios de controle disponíveis para proteção de bens jurídicos, fornecendo ao operador da norma fundamento jurídico para que se evite injustiças, seja pela restrição desnecessária da liberdade, seja pela inoperância do sistema penal.

A postura do operador do direito de aplicar a lei penal desconsiderando os valores fundamentais insculpidos na Constituição da República, nos tratados de direitos humanos, além dos princípios básicos da ciência jurídica, é postura típica dos rábulas, os quais, carentes de formação científica, reproduziam na prática a literalidade dos comandos legais.

A ponderação dos direitos humanos envolvidos no litígio penal exige que sejam considerados os resultados jurídicos da aplicação da norma penal, sob pena de violação de outros direitos humanos. É dizer, não existe direito sem prática, sendo certo que os fatos e os resultados da operação jurídica são a finalidade da criação e operação do direito, não podendo ser ignorados em favor de uma construção teórica insustentável.

REFERÊNCIAS

ALVES, Murilo Rodrigues; ALEGRETTI, Laís. Só 4% passam por qualificação para ter seguro-desemprego. *O Estado de São Paulo*, 02 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,so-4-passam-por-qualificacao-para-ter-seguro-desemprego,176943e>. Acesso em: 10 dez. 2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORGES, Paulo Cesar Correa. A Tutela Penal dos Direitos Humanos. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 134, jul. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 11*.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 17. ed. rev. Atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CNC. *Curso de qualificação evita fraude no seguro-desemprego*. Disponível em: <http://sindiservicos.org.br/noticias/curso-de-qualificacao-evita-fraude-no-seguro-desemprego>. Acesso em: 10 dez. 2018.

CIRINO, Juarez. *Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. Niterói: Impetus, 2010.

FERRAJOLLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

GOMES, Luis Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização: hipertrofia irracional (caos normativo), instrumentalização distorcionante...* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto: § 173 Strafgesetzbuch. *Revista Brasileira de Ciências Criminas: RBCCrim*, v. 18, n. 82, p. 165-185, jan./fev. 2010.

HUSAK, Douglas. *Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assessment*. 2 *Ohio St. J. Crim. L.* 535, 2005.

HUSAK, Douglas. *Overcriminalization. The limits of the criminal law*. Oxford University Press, 2008.

KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Atlas, 1982. p. 125.

JAREBORG, Nils. Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio). 2 *Ohio St. J. Crim. L.* 521, 2005.

MELLO, Maria Tereza Leopardi. O Direito, a pesquisa empírica e a Economia. In: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia. *Direito e Economia em dois mundos*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. p. 145-155.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. Rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 674.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOURÃO, Aline Nogueira Menezes; ALMEIDA, Mariana Eugenio; AMARAL, Ernesto Friedrich de Lima. Seguro-desemprego e formalidade no mercado de trabalho brasileiro. *Rev. Bras. Estud. Popul.* São Paulo, v. 30, n. 1, Jan./June 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Madrid, Ed. Civitas, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Direito e ciências afins: v. 6/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira).

TALEB, N. N. *A lógica do Cisne Negro: O impacto do altamente improvável*. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Auditoria de dados do seguro-desemprego. *Acórdão: 2089/2013* – TCU – Plenário Data da Sessão: 07/08/2013, Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, TC: 012.829/2012-9. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-de-dados-no-seguro-desemprego-do-trabalhador-formal-dtf.htm>.

VERONESE, A. Considerações sobre o problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de direito: a tentativa de uma perspectiva brasileira a partir da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio de Janeiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul*, v. 14, p. 197-237, 2013.

VERONESE, Alexandre. O papel da pesquisa empírica na formação do profissional do direito. *Revista OABRJ*, Rio de Janeiro, v. 27, p. 171-218, jan./jun. 2011.

VORMBAUM, Thomas. Hagen. Resenha sobre o livro A expansão do direito penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Direito e ciências afins: v. 6/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira). p. 207.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.