

**DA CRIAÇÃO DE TIPOS PENAIS ABERTOS**

## THE CREATION OF OPEN CRIMINAL TYPES

Angelo de Souza Ramos<sup>1</sup>  
Carolina Orrico Santos<sup>2</sup>**RESUMO**

O objetivo do presente trabalho é realizar um estudo acerca da responsabilidade criminal decorrente da criação de tipos penais abertos. O interesse pelo tema se justifica diante dos incontáveis tipos penais criados recentemente e que efetivamente não causam lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico penalmente protegido, tendo como finalidade principal a geração de um estado de segurança baseado em um direito penal simbólico, colocando em risco ainda a própria operacionalização do direito penal como ultimatória proteção de bens jurídicos fundamentais, gerando assim um comprometimento a efetividade dos instrumentos de contenção social dentro de um estado de intervenção mínima, causando danos pelas ações e medidas judiciais que restringem o direito de liberdade dos cidadãos, autoridades públicas e políticas, o que de certa forma vem tolhendo mais básicos direitos consolidados na Constituição Federal. Assim, considerando de fundamental importância a proteção dos bens jurídicos fundamentais, como base da nova teoria da imputação objetiva do resultado estudada por Roxin, tutelado pela ordem constitucional, foram apresentados os limites da responsabilidade penal do ponto de vista da criação de um risco proibido, desvalorização da conduta e do resultado, determinantes para a condução dos trabalhos, através da exposição de um diálogo crítico das limitações constitucionais ao poder punitivo do estado, especialmente a criação aleatória de tipos penais abertos e abstratos. Posteriormente, foram abordados os conceitos relacionados aos tipos e a própria constituição das figuras incriminadoras, bem como explicações da importância do respeito aos limites legais e constitucionais à inovação legislativa aleatória, e que, de certa forma, tem por objetivo atender interesses momentâneos de controle social precário. O estudo utiliza o método de pesquisa lógico dedutivo, isto é, partindo das análises do caso concreto, para enfrentamento de todos os fundamentos que norteiam a dogmática penal na proteção de bens juridicamente reconhecidos como fundamentais pela constituição, ponderando logicamente os valores constitucionais, analisando a doutrina da imputação objetiva do resultado, artigos e legislações. Ao final do

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

trabalho concentramos nossa atenção aos crimes permanentes e a necessidade de demonstração de real perigo de lesão aos bens jurídicos penalmente protegidos, para, assim, viabilizar a própria existência dos tipos penais, baseando-se ainda na análise das inovações legislativas que tanto tem gerado dúvidas na sua aplicabilidade, chegando, por fim, às conclusões e considerações referentes diretrizes fundantes da teoria do crime e suas limitações impostas ao poder de inovação legislativa.

**Palavras-chaves:** criação de tipos penais abertos; limitações ao poder de inovação no ordenamento. Atendimentos do direito penal simbólico e imediatista.

## ABSTRACT

The objective of the present work is to carry out a study about the criminal responsibility resulting from the creation of open criminal types. The interest in the subject is justified in view of the countless criminal types created recently and that effectively do not cause injury or danger of injury to a criminally protected legal asset, with the main purpose of generating a state of security based on a symbolic criminal law, putting in The operationalization of criminal law as a last resort in the protection of fundamental legal interests is also at risk, thus generating a commitment to the effectiveness of the instruments of social containment within a state of minimum intervention, causing damages by judicial actions and measures that restrict the right to freedom. of citizens, public and political authorities, which in a way has undermined the most basic rights established in the Federal Constitution. Thus, considering the protection of fundamental legal interests of fundamental importance, as the basis of the new theory of objective imputation of the result studied by Roxin, protected by the constitutional order, the limits of criminal liability were presented from the point of view of creating a prohibited risk, devaluation of conduct and results, determinant for the conduct of the works, through the exposition of a critical dialogue of the constitutional limitations to the punitive power of the state, especially the random creation of open and abstract criminal types. Subsequently, the concepts related to the types and the constitution of the incriminating figures were discussed, as well as explanations of the importance of respecting legal and constitutional limits to random legislative innovation, which, in a way, aims to meet momentary and control interests. precarious social. The study uses the logical deductive research method, that is, starting from the analysis of the concrete case, to face all the foundations that guide the criminal dogmatism in the protection of legally recognized

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

assets as fundamental by the constitution, logically pondering the constitutional values, analyzing the doctrine of objective imputation of the result, articles and legislation. In the end, the work focuses our attention to permanent crimes and the need to demonstrate the real danger of injury to criminally protected legal interests, in order to make possible the very existence of criminal types, based still on the analysis of legislative innovations that both has raised doubts about its applicability, finally reaching the conclusions and considerations regarding founding guidelines of the theory of crime and its limitations imposed on the power of legislative innovation.

**Keywords:** creation of open criminal types; limitations to the power of innovation in the legal system. Services of symbolic and immediate criminal law.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo principal destacar a importância do estudo e da conscientização da necessidade de aperfeiçoamento dogmático na estruturação de critérios objetivos de limites à criação de tipos penais abertos, frente a moderna teoria da imputação objetiva.

Partindo das conceituações e definições majoritariamente aceitas pela doutrina mais especializada, tentaremos em um primeiro momento estabelecer limites à responsabilidade penal dentro de um contexto de estado Democrático de Direito e da intervenção mínima do estado na limitação da liberdade das pessoas.

Analisaremos neste contexto, de fato, a necessidade ou não da existência de um risco a um bem jurídico fundamental como pressuposto para o reconhecimento da legitimidade do direito de punir.

Neste sentido, questionando a própria criação de políticas criminais punitivas, que pretendam adotar a inovação legislativa como remédio imediato para o controle social, pretendemos de forma crítica construtiva buscar a essência das razões do direito de punir, estabelecendo diretrizes ao que se espera do futuro do direito penal frente a criação de riscos sociais aceitáveis e que dispensem a intervenção do estado.

Em um primeiro momento, buscaremos os motivos que levam o presente estudo - CRIAÇÃO DE TIPOS PENAIS ABERTOS - tema este que vem crescendo dia a dia, mormente as suas repercussões e sua importância do ponto de vista do desenvolvimento dos motivos pelos

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

quais a limitação na criação de tipos abertos podem contribuir para o fortalecimento do direito penal, tendo ainda, como foco, o aprimoramento científico em torno dos limites da punibilidade e responsabilidade criminal dos cidadãos, adotando-se os preceitos reconhecidos na ordem jurídica nacional, vetores estes de consolidação de uma teoria do delito que efetivamente seja aplicada e colocada em prática.

Em um segundo momento, partindo da observação do comportamento dos agentes sociais responsáveis pela inovação legislativa, chegaremos a justificar a necessidade de limitação do poder inovador.

Por fim, durante os estudos e reflexões em torno do tema, pretendemos realçar a discussão da teoria do delito e a própria finalidade do direito penal segundo a teoria da proteção do bem jurídico, como alicerce fundante e estruturante do direito de punir.

Neste contexto, não nos furtaremos de buscar, de esclarecer o engodo que a sociedade brasileira é levada a acreditar, seja pela mídia ou meios de divulgação de informações de massa, ou pelos próprios operadores do direito, especialmente a perpetuação de divulgações falsas de que a criação de crimes e penas mais elevadas vão conseguir diminuir a criminalidade, e que, a sociedade se fortalece quando efetivamente o legislador se impõe e lança mão da criação de figuras penais abertas e abstratas para imputar responsabilidade criminais, dando assim aos cidadãos uma sensação de maior segurança e que estão mais protegidos.

Com estes objetivos, pretendemos concluir nosso artigo com esclarecimentos convincentes a respeito da desnecessidade de inovações aleatórias na criação de crimes, ou pelo mesmo quando não houver efetiva necessidade de proteção de certos bens jurídicos, que podem perfeitamente ser protegidos com maior eficiência por outros ramos do direito, a exemplo do direito administrativo, direito civil, especialmente no que diz respeito a medidas cautelares e de constrição, bem como do direito de proteção social a garantir os bens e direitos mais relevantes para sociedade, mas que não justificam a utilização do direito penal, ou a justificar a sua utilização diante do princípio da intervenção mínima, ou mesmo pelo simbolismo que tais normas trazem, ou ainda diante da deletéria inflação legislativa, criação de normas que, de fato, não chegam a serem efetivamente aplicáveis, bem como diante do descrédito por parte de grande parte da população face a impunidade.

Por fim, concluímos ser necessário a existência de limites ao poder punitivo do Estado, contudo, os mecanismos de controle da ordem social devem ser utilizados em uma escala de

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

valores a serem bem definidas na legislação, utilizando o direito penal apenas como última ferramenta, evitando ao máximo o descrédito no sistema penal brasileiro, face a sua utilização sem qualquer critério de grandeza, apenas como um sistema punitivo de controle social mediático.

## 2 DOS LIMITES DO PODER PUNITIVO DO ESTADO

De certa forma, é tranquilo para a ciência do direito estabelecer limites ao poder punitivo do Estado, basta uma análise mais detalhada do art. 5º da CF para observar inúmeros direitos e garantias que efetivamente trazem em seu bojo limitações do poder punitivo do Estado, verdadeiras garantias materiais e processuais de punibilidade.

Neste contexto, podemos exemplificar o direito à igualdade material e processual, a garantia da legalidade e da reserva legal e a anterioridade na criação de tipos penais, a vedação a tortura e a tratamentos desumanos e degradantes. a liberdade do pensamento, com grande implicações na limitação da punibilidade dos crimes que antecipam a consumação aos atos preparatórios, a proteção à imagem atributo e retrato das pessoas; à liberdade de consciência e de crença. a livres expressão das atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação, independentemente de censura ou licença; a inviolabilidade a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas; à inviolabilidade do domicílio das pessoas. o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, o exercício livre de qualquer trabalho, ofício ou profissão, o acesso à informação, à própria liberdade de locomoção, ao direito de reunião e de associação, a garantia da propriedade e de sua utilização como instrumento de promoção social, aos direitos de propriedade intelectual, ao direito a herança e deles decorrentes, a defesa e promoção dos direitos dos consumidores, o pleno acesso à informação e a justiça e sua inafastabilidade, a segurança jurídica com a garantia do direito adquirido, da consolidação do ato jurídico perfeito e a estabilização do conflito com a coisa julgada, dentre outros previstos na norma constitucional,

Na doutrina, destacamos o grande trabalho do professor Luigi Ferrajoli que trouxe em seus estudos, compilados na obra *Direito e Razão*, enorme contribuição para o reconhecimento dos limites do poder punitivo do Estado através dos chamados sistemas de garantias, dentre muitas outras obras correlatas.

Precedente a ele podemos citar a doutrina de Cesare Beccaria, na obra *Dos Delitos e das Penas*, aos quais a limitação das penas cruéis e degradantes ganharam relevância no mundo

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.



jurídico a partir de uma análise da origem das penas e do direito de punir, introduzindo a necessidade de moderação e proporcionalidade na aplicação das penas, ressaltando também o aspecto de utilidade da pena como pressuposto de sua própria existência.

Ainda nessa ótica, encontramos um problema de extrema relevância para a compreensão do tema proposto e que tentaremos sinteticamente debater no presente artigo, o que justificaria o aprimoramento científico, qual seria os questionamentos a justificar a delimitação dos valores dos bens jurídicos mais essenciais a serem protegidos pelo direito penal, ou mesmo se já existe latente uma sensação de descrédito da sociedade nas instituições que operam o direito nacional em decorrência a utilização desarrazoada dos institutos penalizadores?

Ora, a resposta não é tão simples quanto parece, se existe um descrédito, e de fato no Brasil do século XXI existe, é porque talvez a sociedade esteja muito distante do reconhecimento e da aceitação da necessidade de implementação dos direitos reconhecidos na ordem constitucional, ou mesmo para a sua efetiva concretude com a tão sonhada fruição dos direitos.

Reconhecer um direito, como sustenta o teórico socialista, especialmente no pensamento do escritor e político alemão Ferdinand Lasselle, ao afirmar que a Constituição, ao estabelecer direitos e deveres deve descrever rigorosamente a realidade política do país, sob pena de não ter efetividade, tornando-se uma mera folha de papel, revela-nos com clareza as distorções latentes entre o texto constitucional e o direito aplicado na prática.

Infelizmente, na aplicabilidade das normas penais, tal fato não é diferente, observamos exatamente esse distanciamento sustentado pelo sociólogo alemão, não há ressonância no Brasil atual entre o que está na Constituição Federal e a realização desta na prática, aqui para nós, no presente estudo, entre o direito de punir do Estado e os limites de punibilidade existe um abismo a ser preenchido, qual seja, a própria efetividade dos direitos e garantias fundamentais, dos quais destacamos, a liberdade, a vida, a propriedade, a segurança, estes instrumentalizados e garantidos pelo devido processo legal na ordem constitucional.

A problemática levantada é de extrema importância para o tema em estudo, especialmente diante da inflação legislativa desordenada e da criação de tipos penais abertos.

Não se trata meramente, seguindo o jargão popular, de colocar todos os criminosos na cadeia, resquício impregnado em nossa sociedade do direito penal punitivista proposto pela teoria absoluta dos motivos legitimadores da pena, mas sim de efetivamente buscar os motivos pelos quais o nosso ordenamento não consegue se sustentar e se justificar sem uma profunda

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

transformação social.

Neste contexto, a sociedade é reflexo do conhecimento adquirido, seja pelos costumes, pela transmissão do conhecimento humano, de forma vulgar ou pela educação ou estudos científicos, aqui para nós das ciências jurídicas e do direito penal, da doutrina e da própria jurisprudência, aí talvez a origem da misérias brasileiras, fatores preponderantes e decisivos a serem enfrentados, especialmente a tendência na manutenção do status quo como instrumento de controle social, dominação e alienação popular.

Não podemos construir uma sociedade, que respeite os direitos das pessoas, se elas mesmas desconhecem quais são seus direitos e deveres como cidadãos e pessoas inseridas no contexto social, primeiro garantimos os direitos e o efetivamos, para depois exigir e limitar o cidadão devidamente incluído neste contexto social.

Lembrando neste ponto que, o estabelecimento de direitos são frutos do reconhecimento dos deveres, de modo que não existe um direito se não houver por trás um dever, e, não existe efetivamente um direito sem que haja efetivamente a possibilidade de exercê-lo, resumindo, o Estado tem o dever de garantir o pleno exercício dos direitos sociais para somente após o cumprimento de suas obrigações, exigir do cidadão comportamentos e posturas selecionadas como corretas.

### 3 DA CRIAÇÃO DE TIPOS ABERTOS

Desta feita, pensar em limites do poder punitivo do Estado é exatamente estabelecer direitos para o cidadão, mas também deveres, de igual modo, instrumentos de realização destes direitos no contexto social; deve existir equilíbrio nessa relação, como também perfeito silogismo lógico, tudo que fugir a esta diretriz é arbitrário, ilegal, abusivo e inconstitucional.

Seguindo estas premissas básicas, quais sejam, de que por trás de todo direito existe um dever e um instrumento de proteção, a criação de tipos penais devem se enquadrar nesta sistemática de equilíbrio de forças e de controle social, de modo que não devemos criar normas apenas para atender o clamor público e de momento, visto que este, por vezes ou na maioria delas, são normas imediatistas, que não encontram ressonância na racionalidade, em especial na necessidade de utilização do direito penal como primeiro filtro na contenção da sociedade. Feitas estas considerações, passamos então ao aprofundamento do tema proposto.

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

Seguindo a classificação doutrinária preponderante, os tipos penais, descrições, portanto de condutas humanas abstratas, devem ser claros e precisos ao ponto de diminuir a margem de arbitrariedade do juiz, especialmente diante da obrigatoriedade da vinculação do juiz à lei, reduzindo a margem do subjetivismo e de situações ocasionais.

Neste sentido, não é bom que seja transferida a objetividade da aplicação da lei a critérios subjetivos do julgador, mesmo que este esteja representando o poder punitivo do estado, ainda que estes estejam investidas de jurisdição, o direito de punir é do Estado, de modo que, não se recomenda a transferência aleatória e sem critérios claros do direito de punir face a condutas humanas selecionadas e descritas como crimes, não se deve confundir a figura do julgador, com o que se entender por direito punitivo e correta subsunção do fato objetivamente descrito à conduta humana materialmente punível. Devemos sim buscar a eliminação do subjetivismo do juiz.

Se a dogmática jurídica preconiza limites ao poder punitivo de criação de tipos penais, uma forma de impedir juízos condenatórios fora de tipos incriminadores, ou juízos subjetivos, é porque existe um direito reconhecido, de que o Estado só poderá punir se houver uma norma incriminadora objetivamente prevista, devidamente clara e delimitada, que estabeleça de forma transparente a descrição das ações humanas e os resultados dessas ações, trazendo ainda a consequência de sua violação, gerando automaticamente o dever dos operadores do direito e da própria sociedade, seguir e respeitar os seus preceitos e premissa básica selecionadas como fundamentais a proteção dos mais valiosos bens jurídicos.

#### **4 DA LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO FACE A RESERVA LEGAL**

No Brasil, temos o princípio da legalidade e da reserva legal que impõem ao legislador o dever de respeitar o devido processo legal de criação das normas incriminadoras, do outro lado, encontra-se o direito do cidadão de não ser punido por ações não devidamente descritas no ordenamento jurídico, aqui entendido como a lei devidamente aprovada e sancionada pelos órgãos competentes.

Assim, a criação de tipos penais está atrelada a efetivação da chamada individualização legislativa, prevista também na norma constitucional, como prerrogativa exclusiva do legislador para estabelecer os limites do poder punitivo do Estado, estabelecer a conduta e as consequências jurídicas do desrespeito à norma.

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.



Ao lado dessas prerrogativas constitucionais existe o direito do cidadão de participar, efetivamente, desse processo de elaboração da norma, isto se dá através de seus representantes democraticamente escolhidos para direcionar os interesses exclusivamente do povo ou mesmo de seus eleitores.

Assim, quando pensamos em devido processo legal de construção de normas incriminadoras, observamos exatamente o cumprimento de um conjunto de regras que seguem exatamente a sistemática previamente estabelecida no processo legislativo de confecção da norma, não sendo aceitável e tolerável qualquer surpresa nesse processo ou desvirtuamento dele.

Desta forma, com base no devido processo legal, seja legislativo ou judicial, este na dosimetria da pena, não se pode permitir que assuntos não devidamente debatidos pelos representantes do povo e pelo próprio povo venham a servir a criação artificial de mecanismos punitivos, que literalmente distorçam os citados postulados mínimos do estado democrático de direito, quais sejam, a objetividade da norma dentro do dever de transparência e precisão dos elementos integrantes do tipo penal incriminador, devidamente justificada pela necessidade de proteção ao bem jurídico.

Portanto, não poderá o juiz, inovar artificialmente no processo, criando tipos penais e procedimentos próprios e exclusivos para determinados processos ou pessoas.

É certo que o julgador não pode se escusar de decidir, de sentenciar, mas quando tratamos especificamente de tipos incriminadores, não podem inovar no ordenamento com interpretações extensivas, não é cabível em nosso ordenamento a criação de tipos penais incriminadores não devidamente descritos objetivamente na lei, não se pode surpreender o réu impedindo a defesa, o acusado ou mesmo a sociedade como um todo, não se tolera a criação de tipos sem o devido processo legal legislativo imposto pelo princípio constitucional da reserva legal e da mínima intervenção do estado na liberdade das pessoa.

Com base nessas discussões propomos à análise da criação por este mesmo legislador, e somente por ele, de normas penais incriminadoras abstratas, ou com conteúdo de condutas abertas que deem ao julgador o poder de interpretação dos limites desse poder punitivo.

Quando isso ocorre, ou seja, a criação de tipos penais abertos, há de fato uma transferência da competência constitucional estabelecida pela carta maior ao julgador, favorecendo o julgamento parcial e subjetivo em detrimento da objetividade da análise dos

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

elementos do tipo penal.

Neste contexto, em um primeiro momento não poderíamos falar em inconstitucionalidade ou mesmo na arbitrariedade do julgador ao decidir interpretar a norma criada com tal capacidade de interpretação pelo julgador, diga-se, tipos penais abertos, com ampliação ou extensão de seu alcance, contudo, a abstratividade compromete a segurança jurídica e por consequência a própria credibilidade do sistema punitivo do Estado, nos conduzindo a questionar a própria legitimidade dessa transferência caso seja feita de forma aleatória e sem os efetivos estudos das reais implicações no sistemas das garantias constitucionais, colocando em dúvida a própria necessidade de criação de tais normas incriminadoras.

Se há de fato este poder de delegação do legislador ao juiz, é uma situação que teremos de enfrentar no direito constitucional, o certo é que, seguindo o que se vem decidindo pelos órgãos julgadores, especialmente pelos Tribunais Superiores, não se pode falar em inconstitucionalidade de tipos penais abertos quando o legislador estabeleceu minimamente o conteúdo da norma, deixando assim margem de interpretação para o juiz em casos análogos.

Neste contexto podemos citar a decisão do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.543.267 - SC (2015/0169043- 1)  
RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL.  
SESSÃO DE JULGAMENTO. PARTICIPAÇÃO DE  
DESEMBARGADOR QUE NÃO ESTEVE PRESENTE NO INÍCIO  
DO JULGAMENTO E SE DECLAROU APTO PARA PROFERIR O  
VOTO. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA À  
REPRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS  
OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA  
283/STF. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA  
CRIANÇA. PALAVRA DA VÍTIMA. ALTO VALOR PROBATÓRIO.  
REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA  
7/STJ. CRIME DE FOTOGRAFAR CENA PORNOGRÁFICA  
ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE (ART. 240 DA LEI  
N. 8.069/1990). CRIME DE ARMAZENAR FOTOGRAFIAS DE  
CONTEÚDO PORNOGRÁFICO ENVOLVENDO CRIANÇA OU  
ADOLESCENTE (ART. 241-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO  
ADOLESCENTE). PORNOGRAFIA INFANTIL. ART. 241-E DO  
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFINIÇÃO  
INCOMPLETA. TIPOS PENAS ABERTOS. ENFOQUE NOS  
ÓRGÃOS GENITAIS, AINDA QUE COBERTOS, E POSES  
SENSUAIS. SEXUALIDADE EXPLORADA. CONOTAÇÃO  
OBSCENA E FINALIDADE SEXUAL E LIBIDINOSA.  
MATERIALIDADE DOS DELITOS.

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBa 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJBa, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

Como se observa na decisão acima, não é estranho ao nosso ordenamento jurídico a existência de tipos penais abertos, a exemplo de tantos outros casos, há instrumentos que permitem a delegação para o julgador efetivamente integrar o conteúdo da norma incriminadora, não se trata, de efeito surpresa ou de inovação legislativa feita arbitrariamente e artificialmente pelo juiz, mas sim de uma permissão legal para uma interpretação extensiva da norma baseada em critérios objetivos bem definidos na norma penal.

A questão a ser debatida é exatamente o limite dessa integração, e qual seria o conteúdo da norma capaz de estabelecer minimamente e taxativamente os limites dessa extensão.

Neste contexto, a norma punitiva estabelece, ou pelo menos deveria estabelecer o conteúdo mínimo, permitindo, portanto, sua aplicação em casos análogos.

## 5 DA SELETIVIDADE DO LEGISLADOR

Neste ponto, destacamos o problema da legitimidade do legislador na seleção desses bens jurídicos à criação de tipos abertos e indeterminados, ou mesmo a punibilidade de atos preparatórios.

Esta legitimidade está atrelada à própria delegação de poder autorizada na constituição, limitada aos bens jurídicos essenciais escolhidos pelo constituinte originário como fundamentais à sociedade. Não se trata de mera questão de escolha, mas sim de efetiva demonstração prática da necessidade de constituir-se fatos puníveis diante da demonstração clara de pacificação social.

Neste contexto, as pesquisas, os trabalhos científicos, os estudos direcionados à concretude ou não das políticas públicas devem servir de instrumentos eficazes a corroborar nestas escolhas.

Tentando avançar nos temas propostos de início verificamos que, como afirmado, o princípio da legalidade e da reserva legal impõem ao legislador o dever de respeitar o devido processo legal de criação das normas incriminadoras, por outro lado encontra-se o direito do cidadão de não ser punido por ações não devidamente descritas no ordenamento jurídico, aqui entendido como a lei devidamente aprovada e sancionada pelos órgãos competentes, previamente ao fato.

Neste processo de escolha, destacamos importantíssimo a tomada de decisão, a exemplo das audiências públicas realizadas pelas casas legislativas, a própria comissão

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

de constitucionalidade das alterações ou novos projetos propostos, exercidas internamente e como instrumentos que antecede as votações nas casas legislativas,

Assim, a criação de tipos penais está atrelada a efetivação da chamada individualização legislativa, prevista também na norma constitucional, como prerrogativa exclusiva do legislador para estabelecer os limites do poder punitivo do Estado, estabelecendo a conduta e as consequências jurídicas do desrespeito à norma, tudo diante da demonstração de efetiva necessidade de criação da norma incriminadora, devidamente justificada pelos estudos que às precederam.

Ao lado dessas prerrogativas constitucionais existem os direitos dos cidadãos de participar, efetivamente, desse processo de elaboração da norma, isto se dá através de seus representantes, democraticamente escolhidos para representarem os interesses exclusivamente do povo ou mesmo de seus eleitores como anteriormente afirmado, mas também através da participação direta.

## 6 INTEGRAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA EM TIPOS ABERTOS

Neste contexto, observamos que a integração da norma com a aplicação da interpretação extensiva, em um primeiro momento, violaria, se analisado literalmente, o princípio da reserva legal e da legalidade, pois transferiria de forma muito ampla ao julgador a possibilidade de ampliá-la, criando novos tipos penais não devidamente reconhecidos legal e previamente.

Ocorre que, pensando em um devido processo legal democrático, esta ampliação se torna perigosa do ponto de vista de limitação do poder punitivo do Estado, não se podendo dar carta branca ao julgador para aplicação automática da norma a casos análogos.

Permitir de forma desordenada interpretações extensivas das normas incriminadoras, de regra, estar-se-ia violando os limites do poder punitivo no que concerne ao sistema de garantias previsto na Constituição e no ordenamento.

A única possibilidade de tal integração ocorrer seria na situação em que, de fato, a própria norma estabelece o conteúdo da descrição abstrata das ações humanas, determinando minimamente os próprios limites, exemplificando às condutas violadoras para servirem de base a extensão, de modo que, tudo que ultrapassar estes limites devem, a rigor, serem considerados julgamentos arbitrários e ilegais.

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

Lembramos ainda que, ao tratarmos de tipos penais abertos, o legislador não deve e não é recomendável que o faça, transferir ao juiz uma ampla possibilidade de discricionariedade na ampliação do conteúdo da norma, sob pena de descaracterizar a essência da norma estabelecida e a própria legitimação devidamente justificada, neste sentir, percebemos que o mínimo até pode ser tolerado, agora, tal tolerância não significa dar uma carta branca ao julgador para estender demasiadamente os tipos penais.

Ora, a razão da criação de um tipo penal, seja aberto ou não, é a proteção de bens jurídicos fundamentais à proteção da sociedade, e não, logicamente com todas as vênias aos que pensam em contrário, a simples confirmação da norma ou a manutenção do sistema penal incriminador exageradamente punitivista, não é este o objetivo único e final da norma, por conseguinte, não haverá de ser do próprio sistema de criação dos tipos penais.

Neste contexto, salientamos com estas primeiras análises introdutórias, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, mas trazendo algumas considerações a ale, que o essencial dentro de um processo criminal democrático, do ponto de vista da apontada integração, é a análise caso a caso da fundamentação de fato que sustentam a integração da norma incriminadora pelo julgador, pois o fundamento jurídico já fora bem definido e traçado pelo legislador, sem estas jamais conseguiríamos efetivamente atingir o objetivo da norma.

## 7 DOS TIPOS ABERTOS E A PUNIBILIDADE DE ATOS PREPARATÓRIOS

Outro ponto relevante a ser enfrentado é o que diz respeito diretamente à criação artificiosa de tipos penais abertos e a punibilidade dos atos preparatórios.

Seguindo as premissas acima analisadas e delimitadoras do direito punitivo do Estado, outro ponto em evidência em nosso ordenamento jurídico, não obstante a complexidade de se estabelecer critérios doutrinários ou legais para a contenção do subjetivismo judicial na punibilidade decorrente de tipos penais abertos, são os delitos criados com a presunção de punibilidade em face ao perigo gerado na sociedade moderna.

A responsabilidade criminal em tais delitos, classificados como conatus remotus, ou ainda tentativa imperfeita ou perfeita, geraram diversas situações jurídicas e dogmáticas que revolvem valores tradicionalmente delimitados pelas ciências criminais, do próprio estudo da punibilidade, culpabilidade, ilicitude e da tipicidade como um todo, pune-se nesses crimes o

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

perigo descrito objetivamente na lei e não propriamente o atingimento a qualquer bem jurídico penalmente protegido.

Neste sentido, as fases do chamado *inter criminis* passaram por uma remodelagem nunca antes cogitada pela doutrina clássica, dos quais quase unanimemente defendiam a impunibilidade dos atos preparatórios.

Referida conclusão se deve ao fato da não aceitação da imputação de responsabilidade criminal em decorrência de condutas que não passam de manifestações internas do pensamento humano, ou mesmo que não se materializam em atos concretos, decorrente estes do princípio tradicional da materialização do fato.

Contudo, o dinamismo da sociedade moderna, o uso de novas tecnologias, a dominação dos meios de informação, ou mesmo a necessidade de se atender aos anseios de uma sociedade cada vez mais plural, criaram situações de fato potencializadas pelo risco de certas condutas perigosas nesta sociedade.

Estas evoluções das múltiplas formas de relacionamento humano, levaram ao aprimoramento dos instrumentos de controle social, face aos novos riscos que tais tecnologias passaram a exercer na vida das pessoas.

Houve e há, de fato, uma interferência direta na liberdade das pessoas com a criação de tipos penais que punem não mais a execução de atos concretos e materiais, a realização de condutas dolosas ou culposas, mas sim a criação artificial de punibilidade em decorrência dos riscos criados por agentes que compõem os mecanismos de domínio dessas novas tecnologias e dos perigos gerados na sua má utilização, pela formação de grupos e associações criminosas especializadas para o cometimentos de crimes, dentre os mais diversos podemos citar a preparação de atos de terrorismo.

Destaque-se, neste ponto, a sanção presidencial a nova Lei Segurança Nacional, op.cit, fonte: [https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/02/sancionad a-a-revogacao-da-lei-de-seguranca-nacional-artigo-contradisseminacao-de-fake-news-e-vetado](https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/02/sancionad-a-a-revogacao-da-lei-de-seguranca-nacional-artigo-contradisseminacao-de-fake-news-e-vetado)). No sentido da discussão proposta, em se tratando de delito punido somente na forma tentada, aqueles aos quais a consumação é atípica, são os delitos de lesa à pátria descritos na revogada Lei, (arts. 11 a 17 da Lei 7.170/83).

Trazendo os novos contornos a parte especial do código penal, a Lei 14.197 de 2021, revogou a antiga Lei de Segurança Nacional, introduzindo na parte especial do código penal

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.



diversos capítulos com objetivos de reformular o entendimento de referida lei e dar maior segurança na proteção dos bens jurídicos aí protegidos. Trata-se especificamente da criação de novos capítulos na parte especial do código penal brasileiro, com objetivos de proteção de diversos bens jurídicos antes esquecidos na lei revogada.

A nova lei, cria efetivamente os seguintes capítulos na parte especial do Código Penal: DOS CRIMES CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, CAPÍTULO I, DOS CRIMES CONTRA A SOBERANIA NACIONAL, CAPÍTULO II, DOS CRIMES CONTRA AS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS, CAPÍTULO III, DOS CRIMES CONTRA O FUNCIONAMENTO DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS NO PROCESSO ELEITORAL, CAPÍTULO IV, DOS CRIMES CONTRA O FUNCIONAMENTO DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS, respectivamente.

Neste contexto, destaca-se que o Presidente da República na época, ao sancionar com vetos à Lei 14.197, de 2021, além de revogar a antiga Lei de Segurança Nacional, o texto aprovado pelo Congresso estabeleceu uma série de tipos penais em defesa do Estado Democrático de Direito, inclusive com a punibilidade de atos preparatórios, abstratos e tipos abertos.

Analisando especificamente as razões dos vetos, houve o bloqueio de vários artigos, entre eles o que previa pena de até cinco anos de reclusão para quem cometesse o crime de “comunicação enganosa em massa”.

Segundo a justificativa do veto, a tipificação das fake news ter-se-ia como objetividade jurídica a proteção do interesse público afirmando: “por não deixar claro qual conduta seria objeto da criminalização”.

Nesta linha de raciocínio, conforme argumentos apresentados, “a redação genérica”, diga-se, tipos penais abertos descritos no artigo, não especificava se a punição seria para quem gera ou para quem compartilha a notícia falsa, ou seja, havia uma indefinição de quem seria o sujeito ativo da conduta, como também uma imprecisão quanto ao sujeito passivo, criando uma artificiosa figura da proteção coletiva sem propriamente definir quem seriam os sujeitos da conduta criminosa.

Dentre outros argumentos apresentados para o veto destaca-se:

“Enseja dúvida se o crime seria continuado ou permanente, ou mesmo se haveria um ‘tribunal da verdade’ para definir o que viria a ser entendido por inverídico a ponto de constituir um crime punível”.

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

Trata-se, na verdade, de mais um exemplo da comprovação da necessidade de maior diálogo entre os legitimados a criação de tipos penais, não simplesmente acadêmico sobre o tema, mas dos próprios titulares do poder.

Assim, a participação popular direta deve servir ao propósito de colaborar neste diálogo, retirando o protagonismo dos entes responsáveis pela criação da norma, transferindo esta responsabilidade aos destinatários da norma, face a efetiva necessidade de maior participação da sociedade nessa construção.

Retomando a análise do referido veto, o capítulo que tipificava como crime o atentado a direito de manifestação, com pena que poderia chegar a 12 anos de reclusão, da mesma forma, entendeu por bem vetar a norma diante da alegada “dificuldade para caracterizar o que viria a ser manifestação pacífica”, conceito jurídico indeterminado que permite uma elasticidade de interpretação desarrazoável e com potencial capacidade de geração de insegurança jurídica, nos seguintes termos:

“Isso colocaria em risco a sociedade, uma vez que inviabilizaria uma atuação eficiente na contenção dos excessos em momentos de grave instabilidade, tendo em vista que manifestações inicialmente pacíficas poderiam resultar em ações violentas, que precisaria ser reprimidas pelo Estado”.

Assim, mais uma vez, a tentativa do legislador em introduzir no ordenamento jurídico brasileiro tipos penais abertos e punição de atos preparatórios trazem inúmeros questionamentos e riscos ao sistema punitivo do Estado, restringe o direito da liberdade das pessoas e permite a inovação artificial, aleatória, aumentando demasiadamente o subjetivismo das decisões judiciais, com aplicabilidade reduzida e consequências incertas.

## 8 DA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS - ÚLTIMA RATIO DO DIREITO PENAL

Superando os aspectos meramente normativos, ontológicos, adentrando nos estudos da finalidade de criação de tipos penais e da própria razão de ser da existência do direito penal, atendendo a continuidade e a necessidade de abordarmos o presente tema como centro de

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

gravitação dos mais recentes desdobramentos doutrinários a respeito dos limites do poder punitivo do Estado dentro de nossa sociedade, passamos a analisar mais este tema na busca da concatenação de raciocínio lógico-jurídico para enfrentarmos os desdobramentos da punibilidade dos atos preparatórios em uma perspectiva de proteção de bens juridicamente relevantes, deixando um pouco de lado o simbolismo da punibilidade e passando a analisar a finalidade da norma protetiva.

Já vimos nos temas que precedem o presente estudo que a finalidade da norma vai muito além a sua própria confirmação (Jakobs), pelo qual o centro de inflexão do ordenamento punitivista se desdobra a partir do conceito da ação como sinónimo de fazer-se culpável por um dano à vigência da normal de modo que a própria superação do direito penal simbólico, diga-se, extremamente latente em nosso Direito Penal, especificamente em relação a diversas figuras jurídicas intituladas modernas, é um condição sine qua non da necessária remodelagem dos limites do poder punitivo do Estado.

Seguindo esta linha de raciocínio, qual seja, superação do referido centro de gravitação, transferindo os pressupostos legitimadores do direito de punir do próprio conceito de conduta humana, ação subjetivamente falando, para um patamar valorativo e dogmaticamente estabelecido como um conceito objetivo.

Nesta linha, ainda, se conseguirmos desapegar de conceitos pré-jurídicos, deixaremos para um segundo plano a análise subjetivista do direito de punir e passaria-mos a dar mais credibilidade ao conjunto objeto de proteção das normas incriminadoras.

Neste contexto, deixamos de lado a conduta humana como justificativa razoável para criação de tipos penais e passamos a centrar o foco na proteção de bens jurídicos protegidos pela norma e pelo próprio ordenamento como um todo.

Neste sentido, não que todo os estudos a respeito do conceito de ação sejam ultrapassados, ou mesmo superados, sem qualquer importância, longe disso, o desenvolvimento de uma teoria do delito, ou de um sistema legitimador do direito de punir moderno exige um mudança de postura das ciências criminais, especialmente dos operadores do direito.

Ora, se a pouco tempo e até hoje prepondera da lei do “Talião”, devolvendo ao intitulado criminoso o mal causado como resultado de sua ação, ou mesmo se buscamos justificar a aplicação da norma face ao seu desrespeito, ou se justificamos a punição de um criminoso pela confirmação da norma, transferimos toda a atenção para o indivíduo, como ser dotado de plena responsabilidade, logo, estaremos a tratar de criações jurídicas - fantoche - para justificar a

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

aplicação da pena e controle da sociedade, de certo não é isso o que pretendemos ao efetivar estudos para o aprimoramento das ciências criminais e para a efetiva proteção de bens juridicamente garantidos.

Neste contexto, se em tempos contemporâneos ainda prepondera este entendimento, aliado a valores pré-concebidos e desenvolvidos durante a própria evolução do direito penal, especialmente as teorias legitimadoras do direito de punir, causal, mecanicista e do próprio finalismo de Welzel, hoje observamos a incipiência latente de alteração do objeto de proteção do norma incriminadora, sem é clara desconsiderar a importância da prevenção geral positiva ou mesmo especial do norma.

Partindo da deslocação desse centro de referência, verificamos vantagens e desvantagens, cujos questionamentos a serem enfrentados são desafios a serem construídos pelos estudiosos do direito, pela jurisprudência e pelos operadores do direito em geral, bem com pela própria tomada de consciência social.

Tomando por bases iniciais alguns benefícios em potencial nessa transferência do objeto de proteção do Direito Penal, de referido centro de gravitação das normas incriminadoras, poderíamos partir de uma seleção aberta para catalogar os benefícios da valoração de bens jurídicos em detrimento de um direito penal simplesmente punitivista - Estado punitivista.

Neste sentido, poderíamos em um primeiro momento afirmar que, a transferência dos motivos legitimadores do direito de punir do autor de uma conduta criminosa para a proteção de bens jurídicos nos traz a ideia de impessoalidade, ou seja, o processo de seleção, etiquetamento e segregação social utilizados no Direito Penal para contenção de classes sociais, ou mesmo a punição de setores desfavorecidos econômica e socialmente falando, deixando de ser um mecanismos a bel prazer de agentes momentâneos de poder e passando a se preocupar efetivamente com a proteção à bens jurídicos reconhecidos, seriam vantagens mais do que suficiente para autorizar a alteração do centro de gravitação do poder punitivo do Estado, colocando o ser humana a caminho de uma sociedade mais justa, fraterna e humana, transferido para esta objetivamente o legado de seu patrimônio jurídico.

Neste contexto, puni-se não para devolver ao criminoso o mal causado, ou mesmo para que ele não venha a cometer novos delitos ou para que seja ressocializado, mas sim para proteção da sociedade que teve seu patrimônio jurídico lesado.

Portanto, o processo de seleção deixa de ser centrado na retribuição ou prevenção, não

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

obstante exista outros desdobramentos dessa alteração do centro de gravitação para a proteção de bens jurídicos, a exemplo da contenção natural diante das novas posturas adotadas, pelo qual valores outros começam a ganhar maior importância em detrimento do direito penal subjetivista ou tradicionalmente relevante, valorizando a pessoa humana

como ser inserido dentro de um contexto social, de forma mais igualitária, que distribua a justiça social de forma a efetivamente proteger o cidadão sem excluir setores dessa mesma sociedade.

A partir dessa mudança, passamos a nos preocupar mais com as consequências sociais do delito e do mal que causa tanto a vítima, a sua família, como também ao próprio indivíduo que infringiu o referido bem juridicamente protegido.

Não que seja a solução de todos os problemas enfrentados atualmente pelo sistema penal brasileiro, mas o início de uma transformação necessário para o aprimoramento das instituições, para o desenvolvimento pleno da pessoa humana, para o cumprimento da própria constituição dos direitos individuais reconhecidos.

Para tanto, muda-se o foco e o objeto de proteção da norma para retirar do autor da conduta o peso do cometimento de uma fato criminoso que vai muito além da simples punibilidade e ou encarceramento, diluindo esta responsabilidade a diversos setores da própria sociedade, mormente a responsabilidade social pelo cultivo de uma cultura de segregação social e de não inclusão dos setores menos favorecidos.

Neste contexto, a inclusão social no centro de gravitação agrega valores outros desconsiderados pelo órgãos de controle social, dando mais atenção a prevenção do delito, do que ao delito em si, se este é uma violação a um bem juridicamente despersonalizado que atingir a sociedade como um todo, não somente a vítima e sua família, há maior interesse por partes desta sociedade em adoção de políticas públicas mais efetivas a prevenção dos múltiplos fatores que corroboram a criminalidade.

Se o crime é da essência da humanidade, de certo não temos condições de correção, agora se sabemos que os seres humanos são capazes de se auto-transformar, de se corrigir e se emendar, para o bem ou para o mal, é porque não nasce pré-condicionado a nada, visto que deste nada surge, mas sendo fruto da sociedade tende a ser o seu espelho, portanto, a prevenção se mostra mais possível quando mudamos o centro de gravitação da proteção a que o direito penal se propõe a realizar na sociedade.

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

Desta forma, além da diluição da responsabilidade social, além da alteração do escopo de proteção da norma face a alteração do objetivo do direito de punição do Estado, além da valorização e preservação da vítima e de sua família, visualizamos a possibilidade de uma maior prevenção e de efetivas políticas públicas quando o centro for a sociedade, sendo assim, uma forma mais adequada de se justificar os propósitos do Direito Penal é o fortalecimento aos bens jurídicos fundamentais e não a criação aleatória de tipos penais.

Portanto, analisando inicialmente estes aspectos, a alteração do centro de gravitação da norma penal para a proteção de bens jurídicos reconhecidos pelo ordenamento tem-se melhores condições de entregar a sociedade a formulação de uma teoria do delito mais adequada ao futuro do próprio direito penal.

Outro benefício que poderíamos citar, diz respeito a integralidade do ordenamento, pelo qual a alteração do centro de proteção da norma aproveita e não exclui conceitos e definições já consolidados na teoria geral do delito, havendo por outro lado a necessidade de aprimoramento legislativo sem maiores problemas, mormente a norma constitucional ter efetivado a introdução de valores bases para essa transformação social, no que diz respeito e claro aos limites do poder punitivo do Estado.

Portanto, ao falarmos de bens jurídicos penalmente protegidos há impreterível necessidade de analisarmos a postura da própria constituição federal na definição ou no estabelecimento das diretrizes básicas para o reconhecimento dos bens jurídicos

essenciais à segurança da sociedade, visto que estes e somente estes viabilizam a criação de tipos penais.

Portanto, não há como estudar esta nova proposta de alteração do centro de gravitação do poder punitivo do Estado sem adentrarmos as normas constitucionais que estabelecem os pilares de sustentação do ordenamento jurídico nacional.

Sendo assim, partindo-se das citadas vantagens traçamos um ponto delimitador do presente estudo, o início de referida alteração se dá, com todas as venias, a partir do momento em que os direitos humanos foram efetivamente incorporados e colocados em prática pelo ordenamento nacional, este último consolidado pela nossa atual Constituição Federal.

Portanto, o estudo das normas protetivas dos direitos e deveres individuais, diga-se, cláusulas invioláveis previstas no artigo 5<sup>a</sup> de nossa CF, traz a base necessária para a conceituação jurídica-normativa, legal portanto, do que seria um bem juridicamente reconhecido.

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4<sup>a</sup> TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.



Neste contexto, o conceito do bem jurídico penalmente protegido deve apresentar-se suficientemente respaldado no comportamento humano objeto de punição estatal, problema este não somente do legislador, mas da própria Ciência do Direito Penal, conforme sustentado por Roxin<sup>2</sup>, afirmando categoricamente que a penalização de um comportamento, diga-se em suas palavras “ necessita, em todos os casos, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador.”

Ora, conforme salientado acima, o limite de autorização para criação de tipos penais, seguindo as orientações do mestre alemão, não estão nas mãos do legislador, diga-se titular da reserva legal, muito menos do juiz isoladamente tratado ao proferir um decisão no caso concreto, mas de um substrato suficiente forte a dar legitimidade a criação da norma penal, neste caso, somente a violação de bens jurídicos indispensáveis a sobrevivência da sociedade e sua manutenção justificariam a criação legislativa.

Seguindo ainda o mesmo autor, o primeiro passo a ser enfrentado é o reconhecimento da função social do Direito Penal como instrumento único de autorização da intervenção jurídico-penal, afirmando ainda categoricamente que o que estiver além desta função não deve logicamente ser objeto do Direito Penal, assegurando assim aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura.

Na mesma linha de raciocínio, coloca-se em evidência o acionamento do Direito Penal somente quando os outros ramos do direito não conseguirem efetivamente gerar a proteção social necessária aos bens jurídicos essenciais a convivência social.

Esta concepção, de surgimento de proteção social através da garantia de efetivação de seus bens jurídicos, é fruto de pensamentos de legitimação que se desenvolveram durante a própria história de formação jurídico-racional, que culminou na formação do próprio Estado democrático.

Portanto, não foi a Constituição brasileira quem criou os bens jurídicos penalmente relevantes, mas sim a adoção e o reconhecimento de uma postura humanitária

Ele fala de “uma fundamentação do Direito Penal orientada aos Direitos Humanos, realizada sobretudo pela filosofia política da ilustração”.

internacionalmente reconhecida pelo governo brasileiro e que permitiu que fosse, na época, incluído no texto constitucional diversos bens a serem protegidos como essenciais ao desenvolvimento das pessoas como seres dotados de dignidade.

Nesta esteira, afirma ainda Roxin:

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

“Desde a concepção ideológica do contrato social, os cidadãos, como possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídico-penal que sejam necessárias para o logro de uma vida em comunidade livre e pacífica, e eles fazem isto somente na medida em que este objeto não se possa alcançar por outros meios mais leves.”

Como se observa vincula-se a proteção jurídico penal somente nos casos excepcionalmente autorizados e necessários a manutenção da paz social, havendo clara necessidade de equilíbrio<sup>5</sup> entre a intervenção estatal e a liberdade do cidadão.

Interessante ainda salientar que o Estado, nas palavras e ensinamentos do citado mestre, tem o dever de proteção dos referidos bens jurídicos, protege-los, só utilizando do Direito Penal como ultima ratio, mas também como dever de garantir os instrumentos para efetivação da chamada justiça eficiente, de modo que obriga o Estado ao fortalecimento e a constituição de instituições estatais adequadas para o fim de cumprimento da proteção social, que em suas palavras:

“Instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc) sempre que isso não se possa alcanças de outra forma melhor.”

Portanto, a preocupação com o objeto de proteção social vincula a utilização do poder punitivo do Estado somente se houver o esgotamento dos outros mecanismos de controle existentes e coexistentes dentro desta mesma sociedade, sendo a última opção da defesa de bens jurídicos à utilização do Direito Penal.

Este raciocínio desenvolvido pela doutrina é também um imperativo reconhecido na própria constituição, pelo qual em seu artigo 5º, XXXIX estabelece o princípio da legalidade e da reserva legal, pelo qual não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Trata-se, portanto, do princípio que impõe ao legislador a prerrogativa de criar tipos penais, contudo o limita, proporcionalmente a individualização da necessidade e ultima ratio, este

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

último no termos do inciso XLVI do artigo 5º de referida Carta, ao qual determina que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos, respectivamente.

Há, portanto, uma gradação da legitimidade do poder legislativo, vinculada está a individualização a proporcional gravidade da ofensa aos bem jurídicos protegidos.

Neste sentido o princípio da intervenção mínima como última ratio do Direito Penal é corolário do princípio expresso da individualização da pena na sua vertente direcionada diretamente ao legislador, impondo a este o dever de inibir a criação de tipos penais que efetivamente não tenham o condão de proteção de bens jurídicos essenciais a manutenção da sociedade, bens estes reconhecidos na própria Constituição Federal.

Neste ponto, nos causa muito aflição a forma com que o legislador brasileiro se utiliza para criar, em um primeiro momento com raras exceções, tipos penais que efetivamente não protegem bens jurídicos essenciais a sociedade, e por vezes sequer foram objeto de proteção pelos outros mecanismos de controle social, daí a inconstitucionalidade da norma que cria tipos penal vazios e que na realidade fogem ao objeto de proteção do Direito penal.

Neste esteira de proteção, há latente necessidade de uma reformulação do Direito Penal, especialmente dos crimes de menor e médio potencial ofensivo, para através do diálogo com os mais variados setores e destinatários da norma, enfrentar o problema da inflação legislativa que só compromete e enfraquece o sistema de proteção social.

Pensar um Direito Penal como última ratio é revolver os princípios fundantes que autorizam a intervenção do Estado no direito de liberdade dos cidadãos, de modo que a criação de infrações menores e até de médio potencial ofensivo só servem a um propósito, mostrar a ineficiência do Estado na utilização dos mecanismos de controle que a própria constituição lhe conferiu, seja através do direito administrativo ou mesmo do chamado direito de intervenção.

## 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho concluímos que o Brasil precisa em muito aprimorar as regras relacionadas a escolhas dos bens jurídicos a legitimar a criação de tipos penais e figuras incriminadoras, objetivando com isso a efetivação dos direitos garantidos e dos limites objetivos

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

do direito de punir, sempre como instrumento necessário ao aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, especialmente diante da necessidade de revisitar a dogmática das políticas públicas criminais adotados pelo Estado que, efetivamente, colocam em check valores fundamentais consolidados na Constituição Federal e que ainda precisam de concretude.

Para tanto, serão necessários investimentos massivos na formação dos operadores do direito, especialmente daqueles que militam na área do direito penal e processual penal como também no direito constitucional, mormente aos novos e inovadores meios de relacionamento da pessoa humana, do próprio desenvolvimento tecnológico, científica, das múltiplas formas de relacionamento e de convivência social, dos instrumentos de controle desta sociedade plural e, da própria efetivação de políticas públicas que sejam capazes de proporcionar ao cidadão o conhecimento de seus direitos e deveres, limitando ao máximo a intervenção do Estado na vida e na liberdade das pessoas, por conseguinte, criando mecanismos de aperfeiçoamento da distribuição da justiça, como fator de construção de uma sociedade mais justa, igualitária e solidária.

Neste contexto, a limitação da criação de tipos penais abertos e sem precisão jurídica dos elementos descritivos do tipo penal, devem ser a última opção do legislador para o controle social, aplicando assim a máxima da "ultima ratio", premissa esta que deve ser buscada por todos os entes sociais, especialmente dos operadores do direito.

Se assim não agirmos, a finalidade do direito penal ganhará contornos de controle social de setores dominantes, mantendo-se o condicionamento das vontades de pequena parcela social aos interesses destes pequenos grupos, utilizando-se da repressão e da vingança para literalmente coagir as pessoas a fazerem o que não querem e a deixarem de fazer o que querem ou que deveriam fazer, com viés de interesses escusos e contrários ao Estado Democrático de Direito.

Tal problemática se revela de forma tão intensa que, não podemos desconsiderar a importância da discussão e do diálogo em torno do assunto tratado, como mecanismo democrático da justaposição dos valores e limites do que efetivamente é permitido e do que não é, dentro de uma construção dogmática e científica capaz de efetivamente dirimir os grandes problemas sociais ou pelo menos de amenizá-los.

## REFERÊNCIAS

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

---

ALMEIDA, F. G. DE; SOARES, L. A. A. **Ordenamento Territorial: coletânea de textos com diferentes abordagens no contexto brasileiro**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros. **Judicialização da política no Brasil**. São Paulo: Ed. Câmara, p. 33.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Trad. Calos Nelson Coutinho, 2. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. P. 95.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Saraiva. São Paulo, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **POLÍTICA, SISTEMA JURÍDICO E DECISÃO**.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O desvio de poder na Administração Pública**, 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. P.9.

COSTA ANDRADE. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CUNHA, Rubens Dário Peregrino, **A Juridicização da discricionariedade Administrativa**, Ed. Vercia, 2005, p. 23.

ESTEFAM, André. **Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 4º ed., 2º tiragem, 2017.

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**, 5. Ed. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979/1984.

GORDILHO, Augustin. **Problemas del control de La Administración Pública em América Latina**. Madrid: Ed. Vívitas, 1981. P. 55.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**, São Paulo: Saraiva, 5º ed, 2005.

GRECO, Luis greco; LOBATO, Danilo. **Temas de Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: renovar, 2008.

GRECO, Luís. **Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft. Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht**. Berlin: Duncker & Humboldt, 2015, p. 41. GRECO, Luís. Strafrechtsdogmatik, Strafrechtswissenschaft. In: Münchener Studentische Rechtszeitschrift 5, 2014, p. 139 e ss. (Há versão em português GRECO, Luís. Dogmática e Ciência penal. In: GRECO, Luís. As razões do direito penal: quatro estudos; trad. e org. Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019).

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación**, 2ª edición, Marcial Ponz, 1997.

GOMES, Luís Flávio. **Teoria constitucionalista do delito**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LISZT, Franz v. **Tratado de direito penal allemão**; trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17. ed. São Paulo: Forense, 2017.

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBa 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.



NUCCI, Guilherme de S. **Manual de direito penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MASSON, Cleber. **Direito Penal. Parte Geral. Esquematizado**. 6º ed, São Paulo, Metodo, 2012.

MEYER-CORDING, Ulrich. Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? **Zum Selbstverständnis der Rechtswissenschaft. Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart**. Hft. 428/429, Tübingen: Mohr, 1973.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 5 Aufl. Berlin: Duncker & Humboldt, 2020. ROXIN, Claus. **Kriminalpolitik und Strafrechtssystem**. 2 Aufl. Berlin: de Gruyter, 1973.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 4. ed. Florianópolis: tirant lo blanch, 2019. TAVARES, Juarez Fundamentos de teoria do delito. Florianópolis: tirant lo blanch, 2018.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, vol. II, n. I.

<https://www.passeidireto.com/arquivo/82661869/manual-de-direito-penal-brasileiro-parte-geral-eugenio-raul-zaffaroni-8-edicao><https://biblioteca.mpf.gov.br/meran/opac-detail.pl?id1=1659>

JÚNIOR, DIRLEY DA CUNHA. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. Salvador: Ed. Saraiva, 2004, p. XXXIII.

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.

KRELL, Andreas J.. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha.** Fabris editor, Porto Alegre/2001, p.22.

PEREIRA, Potyara A. P., **A Interserorialidade na Agenda das políticas Sociais, Papel Social**, 1º Edição, Campinas, 2014, p.23.

RAFFESTIN, C. **Por uma geografia do poder.** São Paulo: Ática, 1993.

<sup>1</sup> Graduado em DIREITO pela UNIVERSIDADE SÃO FRANCISCO, especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. foi professor convidado para ministrar aulas nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal - SCEA CONCURSO, foi professor de Direito do Instituto Educacional de Salvador - UNYAHNA, ministrando aulas das disciplinas: Direito Penal III, Temas Atuais de Responsabilidade Civil, Processo Civil I e III e Prática Jurídica III. Advogado atuante na área Trabalhista, Civil, Consumidor e Criminal, foi Juiz Leigo pelo TJBA 2011/2012, atualmente aprovado no processo de seleção atuando como Juiz Leigo a partir de 09/21 lotado na 4ª TURMA RECURSAL, sócio do Escritório Lessa Ramos Advocacia, professor de DP e DPP contratado pela grupo FAVENI - UNISBA desde fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de graduação e pós-graduação, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, ex-supervisora do Balcão de Justiça e Cidadania de Ondina, Mediadora Judicial pelo TJ/BA, ex- Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da ABA/BA, ex- membro da Comissão de Direito à Saúde da OAB/BA, Vice- Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/BA. Especialista em Direito do Estado pela UFBA, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Doutora em Ciência da Informação pela UFBA e membro do Grupo de Estudos de Informação Digital, Ensino e Aprendizagem - GEIDEA/PPGCI/UFBA (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/679753#recursosHumanos>), atuante nas seguintes áreas: Ciência Política, Teoria Geral do Estado, Políticas Públicas em Saúde, Hermenêutica Jurídica, Mediação e Arbitragem, além de Direito do Consumidor.