



FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBÁ
FACULDADE DE DIREITO
2019

**O DIREITO PENAL COMO *PRIMA RATIO* E O FENÔMENO DA INFLAÇÃO
LEGISLATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Amanayara de Moura Pereira – amanayaramoura@hotmail.com

Mariana Colucci Goulart Ferreira Martins –marianacolucciadv@gmail.com

RESUMO

O Direito Penal Mínimo é caracterizado pela mínima intervenção estatal. Pressupondo que o Direito Penal intervirá apenas em situações em que houver ofensa aos bens jurídicos mais importantes, através dos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade. Entretanto, no que tange à função do Direito Penal, houve uma inversão de sua aplicabilidade, passando a ser utilizado como *prima ratio*, quando deveria ser *ultima ratio*. Neste sentido, surge o fenômeno da Inflação Legislativa ou Hipertrofia Penal, caracterizado pela produção em massa das normas penais, contrariando o princípio da intervenção mínima, que resulta em uma falta de credibilidade e insegurança jurídica frente à sociedade.

Palavras-chave: Intervenção Mínima. Direito Penal. *Prima Ratio*. Inflação Legislativa.

ABSTRACT

The minimum criminal law is characterized by non-state interventionism. Assuming that criminal law will only intervene in situations where there was offenses the most important juridical assets, through the subsidiarity and fragmentation's criterions. However, in relation to the Criminal Law's function, there was an inversion of its applicability, becoming used as *prima ratio*, when it should be *ultima ratio*. In this sense, the phenomenon of Legislative Inflation or Criminal Hypertrophy emerges, characterized by the mass production of penal norms, contrary to the minimal intervention's principle, which results in a lack of credibility and juridical insecurity in relation to society

Keywords: Minimal Intervention. Criminal Law. *Prima Ratio*. Legislative Inflation.

INTRODUÇÃO

Em todas as áreas de atuação do ser humano – seja social, moral, ética ou política – há diversas restrições e uma busca incessante pelo equilíbrio. Na esfera do Direito Penal não seria diferente, pois este equilíbrio é fator primordial no que tange à efetividade das normas penais e é por este motivo que deve haver restrições impostas pela Magna Carta na atuação do poder punitivo estatal quando este usa meios de sanção aos indivíduos que cometem crime.

Considerando-se esta situação, surge o Direito Penal Mínimo, tendo como parâmetro essencial o postulado da intervenção mínima nas condutas dos cidadãos, punindo os crimes considerados de maior relevância jurídica. Ou seja, restringindo os meios de condenação do Estado e buscando a intervenção estatal quando for realmente necessário para tutelar os bens jurídicos.

A tutela penal mínima deve ser empregada na prática, uma vez que corresponde aos direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição Federal de 1988. É imperioso ressaltar que não se pode aplicar o Direito Penal como meio de resolver todos os litígios.

O Direito Penal Mínimo funda-se no entendimento de que apenas poderá reprimir fatos de natureza grave e que alcancem bens jurídicos tidos como mais relevantes para um convívio social harmonioso. Ainda que tal bem seja considerado de suma importância, se as demais áreas do direito forem eficazes na sua tutela, não há necessidade do Direito Penal intervir, respeitando o princípio da *ultima ratio*.

Neste sentido, a teoria explicitada no presente trabalho é a do Garantismo Penal, concebida por Luigi Ferrajoli, que defende rigorosamente a aplicação de um Direito Penal Mínimo, devendo ser somente aplicado quando nenhuma outra esfera possa solucionar o conflito existente.

Todavia, com o crescimento da criminalidade e atendendo ao clamor da sociedade, um princípio que vem sendo violado é o da intervenção mínima, ou seja, o Direito Penal está deixando de ser a *ultima ratio* e passando a ser *prima ratio*. É nessa temática que surge o a inflação legislativa, fenômeno este conhecido pela produção em massa de leis, levando ao uso exagerado da reprimenda estatal, que resulta em insegurança jurídica e um descrédito total perante a sociedade.

O presente trabalho de conclusão de curso se desenvolveu pelo método de abordagem dedutivo e teve como base pesquisas bibliográficas, utilizando-se doutrinas diversas.

Nesse sentido, o capítulo 1 aborda a finalidade e função do Direito Penal, que é tido como a tutela dos bens jurídicos considerados mais importantes para o convívio em

sociedade. Além disso, versa sobre o poder punitivo estatal e os limites impostos pela Constituição Federal. E, ainda, trata da principal teoria que defende um Direito Penal Mínimo, qual seja, o Garantismo Penal, idealizado por Luigi Ferrajoli, trazendo os mais importantes aspectos de tal teoria.

Já o capítulo 2 discorre sobre o princípio da intervenção mínima, sua origem e seus aspectos gerais, além do Direito Penal brasileiro.

Por fim, o capítulo 3 expõe o ponto principal do trabalho, isto é, a inversão da função do Direito Penal, sendo aplicado como *prima ratio*, o que gera uma violação ao princípio da intervenção mínima, criando normas de cunho meramente simbólico, resultando em uma Inflação Legislativa ou Hipertrofia Penal.

1. FINALIDADE E FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

O grande enfoque em torno do Direito Penal diz respeito à sua finalidade, que, é a proteção dos bens jurídicos tidos como mais relevantes para um convívio social harmonioso.

Desse modo, de acordo com Nilo Batista (2007, p. 116), “a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena”.

Arelado a este importante ramo do Direito, há duas correntes que dispõem acerca da sua função: o funcionalismo sistêmico e o teleológico.

O funcionalismo sistêmico, elaborado por Günther Jakobs, considera que:

O que está em jogo não é a proteção de bens jurídicos, mas, sim, a garantia de vigência da norma, ou seja, o agente que praticou uma infração penal deverá ser punido para que se afirme que a norma penal por ele infringida está em vigor. (JAKOBS, 1995, p. 581)

Entende-se que, para Jakobs (1995, p. 581), não existe um bem jurídico, mas subsiste à área criminal, apenas, servir de guardião do sistema normativo.

Por outro lado, tem-se o funcionalismo teleológico, idealizado pelo jurista alemão Claus Roxin, que afirma ser a principal função do Direito Penal a tutela dos bens jurídicos de suma importância para uma regular convivência em sociedade, sendo guiado pelo princípio da intervenção mínima. A escolha dos bens ora protegidos no campo penal é principalmente de competência da Constituição Federal, dentre os quais estão à vida e a liberdade.

Assim, coaduna-se com o disposto, Luiz Regis Prado (1999, p. 47) ao dizer que “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade”.

Neste sentido, quando ocorre uma violação efetiva ao bem jurídico penal, nasce para o Estado o poder de punir, com o intuito de restabelecer a paz social. O *jus puniendi* estatal não pode ser realizado de forma arbitrária e ilegal, sujeitando-se a diversas limitações.

1.1 Poder punitivo do Estado e seus limites

Entende-se que o poder punitivo do Estado deve resguardar os valores sociais de modo que não coloquem em risco os direitos fundamentais de cada indivíduo.

Para assegurar que o *jus puniendi* seja exercido de forma séria, legítima, protegendo as garantias individuais e que tal poder seja utilizado em ataques de real gravidade de maneira controlada e limitada, deve-se valer dos princípios limitadores do poder punitivo do Estado, qual seja o princípio da intervenção mínima, da *ultima ratio* ou da subsidiariedade.

Conforme preleciona Muñoz Conde, a cerca do princípio limitador do poder punitivo Estatal:

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito. (CONDE, 1975, p. 59-60)

Sabe-se que mencionado princípio auxilia consideravelmente para a limitação da intervenção estatal e que o Direito Penal deverá sempre ser o último remédio para a proteção dos bens jurídicos tidos como mais relevantes, isto é, a proteção penal apenas, e tão somente, deve advir quando os outros ramos do Direito mostrarem-se insuficientes.

Não há necessidade de invocá-lo, quando se tratar de condutas menos gravosas, que poderão ser resolvidas em outros ramos do ordenamento jurídico, como por exemplo, o Direito Administrativo e Direito Civil. A respeito do princípio abordado, afirma Cezar Roberto Bitencourt:

O princípio da intervenção mínima, também conhecida como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção

revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. (BITENCOURT, 2012, p. 96).

Da combinação entre o princípio da intervenção mínima e a tutela dos bens jurídico-penais, nasce um desdobramento principiológico: o princípio da fragmentariedade. Conforme o postulado da fragmentariedade, somente podem ser objeto de criminalização as ações ou omissões consideravelmente mais graves contra bens significativos, que são vistos como socialmente intoleráveis. E tal pensamento coaduna-se com o disposto por Fabio Roque Araújo:

Nem todo ilícito jurídico será um ilícito penal, muito embora possamos asseverar, em regra, o ilícito penal é um ilícito para os demais ramos do ordenamento jurídico. Comporta duas ideias fundamentais: 1) Nem todo bem jurídico merece a proteção penal (nem todo bem jurídico possui “dignidade penal”); 2) Nem toda conduta lesiva aos bens jurídicos (que merecem a proteção penal) importam ao Direito Penal. Portanto, o direito penal apenas se ocupará das violações mais graves aos bens jurídicos mais importantes (ARAÚJO, 2019, p. 62).

Eugênio Pacelli, na mesma linha de raciocínio, dispõe:

Tem-se, portanto, junto ao aspecto fragmentário do Direito Penal, a sua subsidiariedade – também arrolada entre os princípios fundamentais – que implica dizer que a intervenção mínima significa não só a eleição de determinados bens e interesses para a sua proteção, mas também a exigência qualificada de sua incidência, reservada sempre como *ultima ratio*, a dar preferência para outras formas de intervenção menos gravosa e mais adequada. (PACELLI, 2019, p. 86-87).

Cabe mencionar que a intervenção mínima corresponde a um preceito constitucional implícito, que não está claramente disciplinado na Magna Carta e nem nas leis penais. É decorrente das previsões contidas no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, pois estabelece que são invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, assim como o que dispõe o artigo 1º, inciso III do mesmo diploma legal que traz como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Neste entendimento, Henrique Cury Urzúa diz que:

O Direito Penal é secundário ou subsidiário, porque a pena somente deve ser aplicada quando o ataque ao bem jurídico não pode sancionar-se de maneira apropriada através dos meios de protegê-los de que dispõem os outros ramos

do ordenamento jurídico. A pena é, pois, um recurso de *ultima ratio*. O mesmo se deve dizer das medidas de segurança e correção. Este caráter secundário ou subsidiário do Direito Penal é unia consequência das tendências político-criminais do presente, inspiradas no princípio da humanidade. (URZÚA, 1982, p. 54-55)

O motivo pelo qual é aplicado subsidiariamente o Direito Penal se justifica por tal ramo ser rigoroso na sua intervenção, além de seus efeitos maléficos, como, por exemplo, o caráter condenatório da pena. A propósito, André Copetti afirma que:

Sendo o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos deve ser ele minimamente utilizado. Numa perspectiva político-jurídica, deve-sedar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último instrumento utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis. (COPETTI, 2000, p.87)

A sanção penal alcança, fatalmente, direitos fundamentais dos indivíduos, qual seja a liberdade, que é tida como um bem jurídico valioso, sendo que sua restrição deve ser excepcional. Logo, o poder punitivo do Estado deve seguir os termos exigidos pela ordem constitucional.

1.2 Teoria do Garantismo Penal

Uma das teorias que defendem veementemente a aplicação do Direito Penal Mínimo é o Garantismo Penal, idealizado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli em sua obra “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”.

Mencionada teoria concebe a aplicação mínima do Direito Penal, devendo ser somente utilizada em último caso, quando não houver nenhum outro modo de solucionar os conflitos sociais. A teoria preconizada por Ferrajoli compreende três conceitos, explicitados da seguinte forma em seu livro:

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do estado em garantia dos direitos do cidadão.

[...]

Em um segundo significado, “garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.

[...]

Segundo um terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (FERRAJOLI, 2006, p.785-787)

De acordo com Ferrajoli (2006, p. 91), a utilização do Direito Penal deve ser limitada pelos diplomas legais, quer seja no aspecto material, que seriam os próprios tipos penais, quer no aspecto formal, que seriam os preceitos processuais penais. Desta forma, o Direito Penal corresponderia a um Estado Democrático de Direito, respeitando os direitos fundamentais.

Neste sentido, Luigi Ferrajoli sistematizou em dez axiomas condicionantes à intervenção punitiva do Estado:

- A1 *Nulla poena sine crimine* (só há pena se houver havido o crime)
- A2 *Nullum crimen sine lege* (sem lei penal anterior não há crime)
- A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (sem necessidade não se criam leis penais)
- A4 *Nulla necessitas sine injuria* (sem lesão não há necessidade do emprego da lei penal)
- A5 *Nulla injuria sine actione* (se não há exteriorização da conduta, não há lesão)
- A6 *Nulla actio sine culpa* (não há ação típica sem culpa)
- A7 *Nulla culpa sine iudicio* (a culpa há de ser verificada em regular juízo)
- A8 *Nullum iudicium sine accusatione* (a acusação não pode ser feita pelo próprio juiz)
- A9 *Nulla accusatio sine probatione* (a acusação é que deve ser provada, não a inocência)
- A10 *Nulla probatio sine defensione* (em defesa e contraditório não há acusação válida). (FERRAJOLI, 2006, p.91)

Conforme estes axiomas, conclui-se que nossa Constituição Federal de 1988 adotou vários princípios oriundos do Garantismo Penal, que são de caráter penal e processual penal e, segundo afirma Vitor Eduardo Rios Gonçalves (2015, p.51), “pode-se dizer que a nossa Carta Magna tem uma concepção garantista, compatível, aliás, com o perfil de Estado Democrático de Direito consagrado em seu artigo primeiro, *caput*.”

A essência teórica deste modelo é fundamentada na garantia dos direitos fundamentais, estimando por um Direito Penal Mínimo, não intervencionista.

2. DIREITO PENAL MÍNIMO

A normatização penal sofre evoluções frequentemente. Uma delas se refere à aplicabilidade das penas ou até mesmo sua abolição do sistema legal. Percebe-se que ao longo da história da humanidade houve diminuição da intervenção estatal em certas condutas, porém, houve um demasiado crescimento na criação de leis penais incriminadoras.

De acordo com essa premissa, tem-se que o princípio da intervenção mínima possui a função de tutelar os bens jurídicos tidos como mais importantes na sociedade, deixando para outros ramos do Direito os fatos de menor relevância.

O Direito Penal Mínimo não está relacionado tão somente com o princípio da intervenção mínima, ainda que ele seja o principal, mas também com outros preceitos que concorrem para um mesmo propósito. Um exemplo seria o princípio da proporcionalidade, que conduz à punição estatal.

Em resumo, tal princípio visa a colocar limites na atuação do Estado nas ações dos indivíduos com o intuito de punir crimes mais relevantes.

2.1 Princípio da intervenção mínima: origem e aspectos gerais

Foi no século XVIII que surgiu o postulado da intervenção mínima no contexto do movimento Iluminista a partir da Revolução Francesa, que, por sua vez, teve por finalidade reagir ao arbítrio derivado do absolutismo dominante na época.

Os ideais iluministas determinaram por escolher princípios que limitariam a interferência estatal nas liberdades individuais como meio de resguardar os direitos fundamentais do cidadão.

Os pensadores da época iluminista que se manifestaram a favor da intervenção mínima do Estado foram Cesare Beccaria, Immanuel Kant, Friedrich Hegel, entre outros, e passaram a auxiliar a criação de uma teoria que colocasse limites ao poder intervencionista do Estado. Nesta conjuntura de ideais filosóficos que instituiu o princípio da intervenção mínima. Conforme afirma Smanio e Fabretti, (2020, p. 155) “trata-se, portanto, de um típico princípio liberal, tanto que se encontram nas obras dos mais importantes pensadores do liberalismo, como John Locke, Montesquieu, Rosseau e Beccaria”.

Beccaria aduziu, em sua célebre obra “Dos Delitos e das Penas”, sobre a intervenção mínima:

É melhor prevenir os crimes do que ter que puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que lhes possam causar, segundo os cálculos dos bens e dos males desta vida. (BECCARIA, 2005, p.190)

O surgimento da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, determinou, em seu artigo 8º, que a norma deve estabelecer “penas estrita e evidentemente necessárias”, com o intuito de impedir a arbitrariedade estatal na formação dos crimes.

Cumprе salientar que embora o postulado da intervenção mínima tenha sido consagrado pela Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão e de estar associado aos ideais iluministas que desejaram restringir a quantidade de leis, principalmente as penais, na segunda metade do século XIX, conforme menciona Luiz Luisi (2002, p.41), as leis penais cresceram de maneira desequilibrada.

A ideia de que o Direito Penal deve ser mínimo, foi colocado como um princípio pela primeira vez pelo espanhol Francisco Muñoz Conde (1975, p. 59-60), em uma sua obra denominada “*Introducciónal Derecho Penal*”, ao afirmar que o “Direito Penal somente poderia intervir nos fatos mais graves a bens jurídicos considerados relevantes” e segundo ele, a intervenção se justifica quando “fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do Direito”.

Segundo Maurício Ribeiro Lopes (1999, p.310), a aplicação demasiada da punição penal (inflação legislativa) não assegura uma maior proteção dos bens; ao contrário, “condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa”.

O fenômeno da hipertrofia penal, embora seja constatado na realidade contemporânea no ordenamento jurídico pátrio - que cria leis meramente simbólicas em razão do aumento da criminalidade - encontra correlação com diferentes realidades históricas.

É notório, conforme os fatos pontuados, a preocupação existente dos doutrinadores em relação ao fenômeno da hipertrofia penal e os diversos desdobramentos que a mesma pode causar ao ordenamento jurídico brasileiro, mostrando claramente uma ameaça ao sistema penal que vigora no Brasil, que tem como primado um direito penal mínimo.

2.2. O Direito Penal brasileiro

De acordo com Fernando Capez, o Direito Penal brasileiro sempre se inclinou para intervenção mínima,

O ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela. Sua intervenção só deve operar quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito. (CAPEZ, 2018, p. 68)

Porém, a postura contemporânea vem sendo mais intervencionista e preventiva apontada pelos críticos como consequência do Movimento da Lei e da Ordem, pois é definida por conter métodos repressivos, com a finalidade de reagir ao avanço da criminalidade e como forma de salvaguardar a paz em sociedade.

Apesar do Direito Penal brasileiro adotar uma postura não intervencionista, ou seja, só será aplicado quando nenhuma outra esfera for suficiente para solucionar os conflitos, não é o que se percebe na prática, uma vez que o Direito Penal tem sido utilizado como controle social e estratégia política, no qual são criados cada vez mais novos tipos penais incriminadores.

O autor Francesco Carnelutti (1930, *apud* Luiz Luisi, 1991, p. 28-29) utiliza a expressão “inflação legislativa”, asseverando que seus efeitos são parecidos com uma inflação monetária, visto que “desvalorizam as leis e, no concernente às leis penais, aviltam a sua eficácia preventiva geral”.

Destarte, conclui-se que é imprescindível limitar a atuação do Direito Penal brasileiro a fim de respeitar a sua própria essência.

Porém, diante do crescimento da criminalidade e como forma de dar uma resposta a sociedade, o legislador reage com medidas imediatistas, influenciado, muitas vezes, pelos meios de comunicação em massa.

3. DIRETO PENAL VISTO COMO *PRIMA RATIO*

Diante da ineficácia do Estado em fiscalizar os acontecimentos sociais no país, começou um processo de alteração do entendimento e da função do Direito Penal. Assim, um preceito bastante atingido foi o da intervenção mínima ou *ultima ratio*. Cumpre ressaltar que, segundo dispões Cezar Roberto Bittencourt,

Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (BITENCOURT, 2012, p. 96)

Entretanto, quando o Poder Legislativo produz uma norma de natureza penal por influência da população ou para reparar uma questão social, tal princípio é violado, uma vez que outras esferas do Direito poderiam ser aptas a resolver um problema ou até mesmo a solução poderia estar na implementação de políticas pública.

É exatamente nestes casos que o Direito Penal deixa de ser *ultima ratio*, passando a ser *prima ratio*, ou seja, passa a ser o primeiro recurso para solucionar os problemas sociais, contrariando o princípio constitucional da intervenção mínima. Destarte, conforme preceitua Guilherme de Souza Nucci:

A lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor os conflitos existentes em sociedade e que, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes. Há outros ramos do direito preparados a solucionar as desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores consequências. (NUCCI, 2019, p. 86)

Nesta mesma linha, André Estefam e Victor Gonçalves (2018, p. 144) dispõem: “o Direito Penal deve ser a última fronteira no controle social, uma vez que seus métodos são os que atingem de maneira mais intensa a liberdade individual. O Direito Penal deve ser a *ultima ratio* e jamais a *prima ratio*”.

Desta forma, o Direito Penal deve ser entendido como subsidiário quando comparado aos demais ramos do Direito. A norma penal somente pode ser aplicada quando frustrada outras formas de solução dos conflitos.

3.1. Inflação legislativa

A inflação legislativa é um fenômeno conhecido pela saturação da quantidade de leis, ou seja, criação em massa de normas jurídicas.

Francesco Carnelutti (2003 *apud* SOUZA, 2007, p. 02) conceitua que inflação legislativa ou “hipertrofia da lei” é a produção em massa de leis, e que a mesma “parece decorrer de um certo fascínio que a sociedade moderna tem pelas leis”. E à medida que “cresce o número das leis jurídicas, diminui a possibilidade de sua formação cuidadosa e equilibrada”.

Porém, na maioria das vezes, o legislador, ao criar tais leis, não analisa de forma criteriosa e racional a situação de fato, não levando em consideração todos os critérios da real função do Direito Penal, ocasionando, dessa forma, o fenômeno da inflação legislativa.

É nessa ótica que surge uma problemática: a criação de uma legislação simbólica. Consoante registro feito por Fernando Vernice dos Anjos pelo Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais:

Momento de crise social, econômica ou política sempre incentivam políticos, mundo afora, a utilizar da fumaça do Direito Penal para camuflar variada gama de problemas. Denunciam-se assim, a ilusão penal, a legislação penal compulsiva, a inflação penal, a legislação penal de emergência, o irracionalismo penal, o populismo penal ou o uso político da legislação repressiva. (IBCCRIM, 2006, p. 01)

A criação constante de novas leis penais sem a apreciação da real necessidade do Estado pode acarretar resultados tantos sociais quanto jurídicos.

A inversão da função do Direito Penal, colocando-o sempre à frente das demais áreas do Direito, agride o postulado da intervenção mínima. E utilizar o Direito Penal de forma exagerada, pode afetar bens jurídicos indevidos, que à luz da intervenção mínima seriam protegidos. Como exemplo de tais efeitos, causados pelo número exagerado das leis penais, tem-se os fenômenos da anomia social e a antinomia jurídica. Rogério Greco explica de forma clara o fenômeno da anomia social:

A anomia pode ser concebida de duas formas: em virtude da ausência de normas, ou, ainda, embora existindo essas normas, a sociedade não lhes dá o devido valor, continuando a praticar as condutas por elas proibidas como se tais normas não existissem, pois confiam na impunidade. Por mais paradoxal que se possa parecer, aquilo que chamamos de inflação legislativa, ou seja, o número excessivo de normas pode nos conduzir à sensação de anomia. Isto

é, quanto mais normas, maior a sensação de ausência de leis, em face do sentimento de impunidade. (GRECO, 2017, p. 104)

A antinomia jurídica é outro efeito trazido pela elaboração excessiva de leis, principalmente, as penais. Norberto Bobbio conceitua:

A situação de normas incompatíveis entre si é uma das dificuldades frente às quais se encontram os juristas de todos os tempos, tendo esta situação uma denominação própria: antinomia. Assim, em considerando o ordenamento jurídico uma unidade sistêmica, o Direito não tolera antinomias. (BOBBIO, 1995, p. 81)

A título de exemplo do fenômeno da inflação legislativa no âmbito do direito penal brasileiro, tem-se a Lei n.º 12.737/2012 conhecida por Lei “Carolina Dieckmann”, que tipificou o crime de invasão de dispositivo informático (artigo 154-A, do Código Penal). Tal norma foi criada como resposta imediata e em função de um caso específico, reagindo ao desejo da opinião pública movida pelos meios midiáticos.

Outra mudança foi a transformação da posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito como crime hediondo (Lei n.º 13.497/2017) a fim de supostamente diminuir a incidência do delito supramencionado.

Ademais, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprovaram, recentemente, o endurecimento da pena para o tipo penal “*stalking*”, isto é, a perseguição a alguém de forma obsessiva. Tal exemplo de *novatio legis* incriminadora teve como inspiração o caso que ocorreu com a modelo e apresentadora Ana Hickmann e também obteve grande destaque pelos meios de comunicação de massa.

Todavia, é necessário observar os riscos que trazem a inflação legislativa, visto que institui um grande obstáculo, atingindo os demais postulados previstos na Magna Carta, tais como o princípio da necessidade e da proporcionalidade. Além disso, a elaboração de um número exagerado de normas penais faz surgir o intitulado conflito aparente de normas, afrontando o princípio da taxatividade.

Desta forma, considerando os efeitos maléficos que a intervenção do Direito Penal traz para os indivíduos, especialmente, no que tange às penas privativas de liberdade e em razão ao seu caráter estigmatizante, percebe-se que o resultado do excesso de normas produzidas é a total desconfiância da sociedade no ordenamento jurídico vigente. A inflação de leis incriminadoras é a confirmação de que o legislador deixou de se ater ao princípio da

intervenção mínima, fazendo com que o Direito Penal pare de funcionar como *ultima ratio* e seja o primeiro recurso social.

Diante de todo o exposto, verifica-se que a utilização de forma exagerada da reprimenda estatal não leva a uma tutela eficiente dos bens jurídicos, pelo contrário, provoca uma inflação penal, que resulta em uma falta de credibilidade e insegurança jurídica frente à sociedade.

CONCLUSÃO

De acordo com o que foi exposto, pode-se concluir que o legislador não pode abarrotar o ordenamento jurídico brasileiro com a edição de leis cada vez mais imediatistas, com a criação de normas que possui caráter emergencial, tornando estas leis penais como portadoras de conteúdo meramente simbólico.

Isto é demonstrado pelos exemplos de leis que foram explicitadas no presente trabalho, que são frutos de um fenômeno denominado Inflação Legislativa. Tais normas são elaboradas pelo legislador muitas vezes influenciado pelo clamor social e visando a solucionar conflitos de casos específicos.

É neste sentido que surge a necessidade de se respeitar o princípio penal da intervenção mínima, cuja origem refere-se aos ideais iluministas e que tem por finalidade impor limites ao *jus puniendi* estatal. Por conseguinte, deve-se recorrer ao Direito Penal quando estritamente necessário, pois somente incidirá nas lesões mais graves contra bens jurídicos tidos como mais importantes em que outros ramos do Direito não forem suficientes para a resolução do conflito.

É por este motivo que deve ser aplicado um Direito Penal Mínimo conforme preceitua Luigi Ferrajoli na sua teoria do Garantismo Penal, que concebe a aplicação mínima do Direito Penal, devendo ser somente utilizado em último caso, como *ultima ratio*, quando não houver nenhum outro modo de solucionar os conflitos sociais.

Porém, diante da ineficácia do Estado na aplicação das normas penais, inclusive as processuais penais, a função para qual o Direito Penal fora criado está sendo invertida, deixando de ser considerado como *ultima ratio*, e passando a ser aplicado como *prima ratio*, ou seja, como primeira opção para resolução dos problemas, acarretando uma hipertrofia penal.

Em virtude do crescimento do número de crimes, acreditou-se que o Direito Penal, isoladamente, decidiria uma série de problemas que acontecem diariamente. Porém, o que se vê não é exatamente isso. O Estado quando utiliza do seu *jus puniendi*, por meio das penalidades impostas pelo Código Penal e demais leis incriminadoras, não consegue alcançar os objetivos a que se propõe à pena, isto é, prevenir e reprimir.

Sendo assim, a solução pode estar na implementação de políticas públicas por parte dos governantes, de forma séria, responsável e efetiva, voltadas à educação, ao lazer, à cidadania e à estrutura familiar, que sejam direcionadas a enfrentar o problema da criminalidade, respeitando-se direitos e garantias fundamentais.

BIBLIOGRAFIA

ANJOS, Fernando Vernice dos. **Direito penal simbólico e lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 14, n. 167, out, 2006. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3314-Direito-penal-simbolico-e-lei-de-combate-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher> Acesso em: 13 out. 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei n.º 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm>. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 13.497, de 26 de outubro de 2017**. Altera a Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13497.htm>. Acesso em: 13 out. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 22.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão, 1789. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 13 de out. 2019.

ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático**. Parte Geral. 7.ed. São Paulo. Saraiva, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 2006.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal: parte geral**, vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, volume I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: parte general**. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Régis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 8.ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2019.

SMANIO, Giampaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal: criminologia, princípios e cidadania**. São Paulo: Atlas, 2010.

SOUZA, Clayton Ribeiro de. A inflação legislativa no contexto brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, v. 11, n. 33, 2007. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/11074617>> Acesso em: 13 out. 2019.

URZÚA, Henrique Cury. **Derecho Penal: parte general**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982.