

DIREITO ALTERNATIVO E APLICAÇÃO DA LEI PENAL*

OSÉ HENRIQUE PIERANGELLI

Procurador de Justiça em São Paulo (Aposentado). Professor de Direito Penal na USP. Membro do Conselho Consultivo do ILANUD (Instituto Latino-americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente). Membro do Instituto Interamericano de Direitos Humanos). Advogado Criminalista

1. Idéias defendidas pelo movimento alternativo — 2. Os novos caminhos abertos pelo direito alternativo — 3. Aplicação da lei penal.

Uma indagação se nos antoja num primeiro momento: o que se deve entender por direito alternativo?

O direito alternativo, na nossa maneira de ver, é um movimento sócio-filosófico-jurídico, a partir da manifestação de órgãos do Poder Judiciário, tendente a buscar uma administração de justiça que ultrapasse o campo do direito normativo. Este conceito é válido, pelo menos entre nós, pois, em outros países, principalmente entre os centrais, a sua origem é encontrada a partir dos estudiosos da chamada sociologia jurídica.

No nosso País, tendo em vista a sua origem, talvez fosse melhor chamar a este posicionamento de justiça alternativa. Esta conclusão podemos extraí-la da pena de Amílton Bueno de Carvalho, ao explicitar que “o mundo do Jurista, ao limitar o seu saber ao normativismo consagrado, é distanciado da sociedade para a qual se destina seu saber/atuação. A ele (enquanto-jurista), não interessa o drama social: o início e o fim de tudo está no mundo das regras e se elas não satisfazem às necessidades sociais, cômoda e muita vez inconscientemente, usa-se mecanismo de defesa insustentável: o problema é daquele de onde emanou a regra ou a própria realidade que “teima” não corresponder à expectativa legal” (“Magistratura e Direito Alternativo (ou de liberdade de julgar)”, in *Livro de Estudos Jurídicos*, 5/28, Instituto de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, 1992).

Antes de atingir o seio da Magistratura gaúcha, e influenciar alguns segmentos jurisdicionais dos Estados da Região Sul, a sociologia jurídica já vinha assentando seus postulados em outros países, principalmente euro-

* Resumo das palestras pronunciadas em junho de 1993, nas Faculdades de Direito das Universidades Federal e Católica de Curitiba.

peus, inclusive o próximo Portugal. A iniciativa gaúcha, todavia, em nenhum momento sensibilizou profundamente a justiça de outras regiões, inclusive os órgãos jurisdicionais do Estado de São Paulo.

1. Idéias defendidas pelo movimento alternativo

As idéias informadoras do chamado direito alternativo, cuja nomenclatura, para nós, melhor se ajusta como justiça alternativa e movimento alternativo, parece encontrar seus posicionamentos extremados em Savigny e Jeremias Bentham, pois, de um lado, encontram-se aqueles que defendem uma concepção do direito que deve limitar-se a acompanhar e incorporar os valores sociais e os padrões de conduta espontânea, que *a pari passu* se constituem na sociedade, e, de outro, em que se posicionam os alternativistas, exige uma concepção do direito como uma variável independente, para a qual o direito constitui um fator de mudança social, tanto no domínio material, como no da cultura e das mentalidades. Daí a afirmação do já citado Juiz Amílton Bueno de Carvalho de que, em sentido amplo, pode-se designar o direito alternativo “como atuação jurídica comprometida com a busca da vida com dignidade para todos, ambicionando emancipação popular com abertura de espaços democráticos, tornando-se instrumento de defesa/libertação contra a dominação imposta”. Longe da neutralidade, o direito alternativo muda de lado: “*é parcial e comprometido com os pobres*” (ob. cit., p. 31 — grifos nossos).

Como já observado, estas concepções são extraídas da sociologia jurídica, e aparece nitidamente em Max Weber, quando este afirma que “o que caracteriza o direito das sociedades capitalistas e o distingue do direito das sociedades anteriores, era o constituir um monopólio estatal administrado por funcionários especializados segundo critérios dotados de racionalidade formal, assente em normas gerais e abstratas aplicadas a casos concretos por via de processos lógicos controláveis, uma administração em tudo integral no tipo ideal de burocracia por ele elaborado” (*Wirtschaft und Gesellschaft*, Colônia, Kiepenheuer e Wirtsch, 1964).

As críticas à dominação da visão normativista e substantiva do Direito, objeto da censura de Max Weber, veio exercer uma influência decisiva na constituição do objeto da sociologia jurídica do após guerra. Segundo Boaventura de Sousa Santos, “dentre os grandes temas deste período refiro a dois a título de exemplo: a discrepância entre o direito formalmente vigente e o direito socialmente eficaz, a célebre dicotomia *law in books/law in action*, da sociologia jurídica americana; as relações entre o direito e o desenvolvimento socioeconômico e mais especificamente o papel do direito na transformação modernizadora das sociedades tradicionais” (“Introdução à sociologia da administração da Justiça”, in *Direito e Justiça (A Função Social do Judiciário)*, pp. 41-42, organização de José Eduardo Faria, Ed. Ática, S. Paulo, 1989).

Os defensores da justiça alternativa buscam superar os entraves do positivismo jurídico que, historicamente, elaborou “o conceito de neutralidade da lei e a concepção formal de independência e imparcialidade do Juiz, transformados em verdadeiros mitos” (Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, “Magistratura democrática e direito alternativo (em busca de uma nova ética de jurisdição)”, in *RT* 691/54). Como no campo do Direito apresenta-se uma clara contradição entre a rigidez dos textos legais e a permanente movimentação e mutação no seio da sociedade, estabeleceu-se uma crítica da ideologia que descobre existir por trás dos discursos sobre a experiência humana, os verdadeiros interesses que cercam o ordenamento jurídico: a superposição de uma parte da sociedade sobre outra ou outras. Destarte, o Estado nada mais é que uma comunidade ilusória, que representa a vitória de um grupo sobre outro ou outros.

Se ao Poder Judiciário se reserva o papel de reproduzir, quase que mecanicamente, os textos legais, olvida-se a idéia de que o Juiz não é um mero solucionador imparcial de conflitos, e sim, ao contrário, é um ser que, na solução desses conflitos, deve realizar uma função apaziguadora e reguladora da sociedade, não nos moldes tradicionais, mas no sentido de não vincular a sua decisão num positivismo anacrônico, em que se sustenta a hegemonia de uma classe social sobre outra.

A Jurisprudência tradicional, diz Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, nada mais faz “do que tomar partido das classes que exercem a hegemonia pelo discurso ideológico, leva à necessidade de se elaborar uma nova ética de aplicação da lei com base na vertente crítica do pensamento filosófico. Esta, aceitando a contradição e o trabalho permanente de negatividade presente em qualquer processo de conhecimento, não tem pretensão de completude, unidade ou harmonia. Aparece “como um processo de intervenção sobre um saber acumulado, que propicia a informação necessária para desenvolver um conhecimento analítico capaz de superar as barreiras do nível alcançado pelas ciências sociais” (a parte entre aspas, tomou-a a Warat). (“Magistratura Democrática e Direito Alternativo” in *RT* 691/55).

2. Os novos caminhos abertos pelo direito alternativo

Pretendemos, no prosseguimento desta exposição seguir, tanto quanto possível, a exposição de Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, um dos poucos Juízes paulistas a aceitar a tese do direito alternativo. Na defesa que faz, o articulista expõe com clareza e exatidão aquilo que se deve entender acerca dessa problemática, sem avançar como o fazem outros, pela sociologia jurídica, que deve substituir o direito normativo e fornecer ao Juiz um instrumental para se sobrepor à lei e, assim, criar através da Jurisprudência um direito supralegal, forjado nas reiteradas decisões judiciais, “parcial e comprometido com os pobres”, na expressão já transcrita, de

Amílton Bueno de Carvalho, este tido como o grande líder desse movimento.

É inegável que o Juiz deve ser imparcial e independente. Isto está preconizado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, *verbis*:

“Art. X — Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”

E a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Carta de San José da Costa Rica), ratificada pelo nosso País pelo Dec. 678/92, estabelece:

“Art. 8.º — Garantias Judiciais: 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um Juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Não obstante a legislação existente, como acentua Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, “sobram, na prática judiciária, objeções quanto à realização de uma desejável identificação do direito com a justiça” (artigo cit., p. 56). Mas não é só, acrescentamos, embora signatários da Declaração Universal e da Convenção Americana, na grande maioria dos países ibero-americanos, essas disposições, que formam por força da ratificação, legislação interna, é inteiramente ignorada pelos Juízes, como tivemos oportunidade de constatar através de percuente trabalho realizado sob os auspícios do Instituto Interamericano de Direitos Humanos e coordenação de Eugenio Raúl Zaffaroni, do qual participamos (cf., *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina* (informe final), Ed. Depalma, B. Aires, 1986).

Caminhando pelas novas sendas que a justiça alternativa propicia, o Juiz que aplica friamente e sem questionamento crítico uma lei injusta, torna-se, por vezes, um homem angustiado. E “a angústia é o reflexo psicológico da consciência de liberdade e da possibilidade de julgar de forma menos simplista do que reproduzir concretamente a injustiça abstrata da norma”, diz Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior (artigo cit., p. 56). E fundando-se em Álvaro Valls, continua o articulista: “Na verdade, a ética atua fundo no ser, procurando resolver as contradições do próprio homem, que não é um ser sintético. Ele não é, precisa tornar-se homem, realizando na vida a síntese das contradições naturais” (p. 56).

Esses justos caminhos devem ser buscados mediante um efetivo acesso à justiça, caminho pelo qual se diminuiria o abismo entre a igualdade jurídico-formal e as desigualdades socioeconômicas reais, idéia de que

comungamos plenamente. E também não discrepamos das idéias defendidas pelos que propugnam a justiça alternativa, quando estabelecem a existência de uma crise do direito estatal, pelo fato de o Estado não captar completamente — e talvez sequer o faça minimamente — os problemas de uma sociedade fragmentada e cambiante que, indubitavelmente, devem merecer um tratamento jurídico adequado para solucionar as novas situações. É evidente que essa inadequação da ordem jurídica para a solução dos conflitos sociais não pode ser ignorada pelo Juiz, mas também não pode ser desconhecida pelo dogmático, e, muito principalmente, pelo legislador cômico de sua ingente tarefa.

Em resumo, seguindo as manifestações de Amílton Bueno de Carvalho, líder dessa postura, podemos assentar, em definitivo: o direito alternativo, entre nós alcança: a) o uso alternativo do direito; b) o direito alternativo em sentido estrito.

O uso alternativo do Direito consiste em utilizar as contradições, lacunas e ambigüidades do sistema em favor dos pobres. Destarte, a tarefa está em buscar na legislação (tarefa que compete ao Juiz, ao promotor e ao advogado), por meio de interpretação qualificada, a abertura de espaços que possibilitem o avanço das lutas populares, revendo conceitos estabelecidos, mediante crítica constante.

O direito alternativo em sentido estrito é alternativo ao direito oficial. Trata-se de “direito concorrente, paralelo, achado na rua, emergente, insurgente, é construído pela população na sua caminhada libertária. É a participação da comunidade na busca de solução a seus problemas, mesmo em conflito com o direito estatal”. (*Magistratura Alternativa*, cit., p. 32).

3. Aplicação da lei penal

Toda norma jurídica surge de uma decisão política, ou seja, toda norma jurídica traduz uma decisão política. Conquanto a decisão política dê origem à norma jurídica, isto não significa concluir que a norma jurídica fique absolutamente submetida à decisão política. Como ensina Zaffaroni, “ninguém pode argumentar que a norma não traduz adequadamente a decisão política, para pretender que está proibido aquilo que a ordem jurídica não proíbe, ainda quando o tenha querido proibir. A norma é filha da decisão política, leva a sua carga genética, mas o cordão umbelical entre a decisão político-penal e a norma, é cortado pelo princípio da legalidade, pelo menos quanto à extensão punitiva” (Eugenio Raul Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal* (parte general), p. 86, Ed. Ediar, B. Aires, 1985). Ressaltamos, todavia, que a circunstância de estar rompido o cordão umbelical entre a decisão política e a norma, não significa uma total ruptura do vínculo, posto que a “carga genética” permanece íntegra.

De conformidade com o discurso jurídico-penal, o princípio da legalidade, ou da reserva legal, posto que se pode tomar as duas expressões como sinônimas, exige que o poder-dever de punir estatal só se exerça

dentro dos limites da legalidade, previamente fixados. Essa prefixação do sistema penal significa sempre, que ele só deve atuar dentro da marca estreita da prévia planificação legal, penal ou processual penal.

Talvez por esse motivo, é que se afirma inexistir outro ramo do Direito que possua recursos superiores quanto àqueles postos ao alcance do Direito Penal. Como ensina Maurach, a pena, quanto aos seus efeitos, deve manter na devida proporção os seus pressupostos em relação não só à exigência da mais estrita proporcionalidade entre a culpabilidade e a expiação, mas também, e especialmente, atentar ser a conduta punível o critério de sua delimitação (*Tratado de Derecho Penal*, I/111, trad. de Juan Córdoba Roda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962. Destarte, só é submetido a uma pena criminal aquele que praticou uma conduta previamente definida como delito, e a sua punição deve restringir-se à prévia fixação da pena, nos limites de sua culpabilidade.

Exsurgem, pois, duas formas de garantia, uma de ordem processual, por alguns chamada de legalidade formal (*nulla poena sine iudicio*), através da qual se exige que sejam observadas todas as garantias do devido processo legal, e, outra, de direito material, realizada mediante a criação de tipos, onde se ressalta a esfera de liberdade assegurada ao cidadão: *tudo o que não estiver proibido, é permitido*; ou, por outras palavras, *não está proibido com a relevância de delito, aquilo que a lei não proíbe*. Esta proteção nos é dada pelo chamado *tipo-garantia*, que corresponde ao princípio da legalidade, formando um conceito que abarca os pressupostos da punibilidade requeridos pela lei. E o que deixa claro Otto, ao afirmar que tipo-garantia “são as características típicas que descrevem a conduta antijurídica legalmente tipificada, e todos os pressupostos de acordo com os quais a conduta é imputável ao autor como culpável.” (Otto Harro, *Grundkurs Strafrecht — Allgemeiner Strafrechtslehre*, p. 58, Berlim, 1976). Entre nós, é a própria Constituição que nos outorga essas garantias. A de direito material, no art. 5.º, XXXIX, *verbis*: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, e esse mesmo artigo, no inc. XL diz: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Só o aspecto processual, cinco incisos cuidam de assegurar o direito de liberdade, a saber: “Art. 5.º — LIV — Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; “LIV — Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; “LV — Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; “LVI — São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”; “LVII — Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Como se pode observar, assegurando mediante a criação de tipos, a liberdade individual, e, por outro lado, garantindo a irretroatividade da lei prejudicial, pouco ou nada quase se reservaria à justiça penal alternativa, ou, se se preferir, direito penal alternativo. O assunto, todavia, merece

ainda outros enfoques, vislumbrando agora, a possibilidade de se beneficiar alguém que cometeu um delito.

O Juiz criminal tem sempre a opção pelo *non liquet*, consoante o art. 386, II, IV e VI, do CPP. São hipóteses em que se extrai a conclusão de que *não está claro*, como diziam os julgadores romanos, solução intermediária mediante a qual *nem se absolvía nem se condenava*, como lembra Hélio Tornaghi (*Curso de Processo Penal*, 2/179, Saraiva, S. Paulo). No direito processual moderno, todavia, essa regra possui efeitos amplíssimos: *non esse et non probari paria sunt*, ou seja, “não estar provado é o mesmo que não existir”. E a sentença que reconhece o *non liquet* é considerada absolutória própria, pelos efeitos que produz.

Mas, o Direito Penal possibilita outras soluções sem que se recorra à chamada justiça alternativa, ou esta impossibilita. A invasão de propriedade alheia, cuja licitude aquela admite, em direito penal se chama esbulho possessório (CP, art. 161, § 1.º, II). Nem se invoque para a criação de uma juridicidade princípios da Constituição, pois é esta que, no art. 5.º, XXII, assegura o direito de propriedade. Mas, não é só. O furto famélico encontra justificacão no estado de necessidade (CP, art. 24) e a dogmática criou outras regras sumamente importantes, como a da bagatela ou da insignificância. Estabelecendo que o direito penal só deve ocupar-se da proteção de bens jurídicos de significacão social, afasta a tipicidade de condutas de pouco ou nenhum relevo social. A final, em matéria penal, é de se seguir o chamado princípio da intervençãõ mínima.

E, ainda. O Direito Penal não constitui ponto de apoio de hipossuficientes, estabelecido na esfera do direito privado, no securitário e no trabalhista, entre outros ramos da ciência jurídica. O Direito Penal ocupa-se da proteçãõ de bens jurídicos fundamentais, verdadeiros pontos de sustentacão da vida social. Como observa Mezger, “cabe ao direito penal garantir a convivência ordenada exteriormente” (Edmund Mezger, “Die subjektiven Unrechtselemente”, in *Der Gerichtssaal*, t. 89, pp. 207-314, 1923). Nessa mesma linha, escreve Stratenwerth: “Se do que se trata primariamente em Direito Penal não é do Autor em si mesmo, de sua existência moral, só pode constituir um objetivo seu, certamente, o de assegurar uma determinada ordem social como tal; conseqüentemente, a lesão desse ordenamento deve situar-se no ponto central da teoria do delito” (Günter Stratenwerth, *Acción y Resultado en Derecho Penal*, trad. argentina de Marcelo A. Sancinetti e Patrícia S. Ziffer, Ed. Hammurabi, B. Aires, 1991, p. 32).

Bem sabemos que o sistema da Justiça Penal tem sido severamente criticado, e visto mesmo “como um mecanismo de traços perversos”, adverte Edmundo S. Hendler (“Justiça Penal e Conflito Social”, in *Livro de Estudos Jurídicos*, n. 6, p. 217, 1993). Esse mesmo Autor argentino, que é Juiz em Buenos Aires, diz: “quanto mais conflitos uma sociedade leva para o sistema penal, maior é o grau de desintegraçãõ comunitária, ou seja, a busca do sistema é um indício de incapacidade para resolver

conflitos. Trata-se de um ponto de vista que expressa, genericamente, o que sustentam as correntes do pensamento progressista — embora pessimista — contemporâneas. Os enfoques abolicionistas, ou as da chamada criminologia crítica, bem poderiam se encaixar nesta reflexão” (ob. cit., p. 216).

De se ter, pois, por definitivo, que as proibições e ordenações penais (ação e omissão), devem ser consideradas como normas de condutas a serem observadas, sempre, por todos como imperativo da vida em sociedade.

A ordem jurídica, é uma ordem reguladora da conduta do homem nas suas relações sociais. Como adverte Henkel, “o direito não é meramente um plano ou proposta de comportamento, mas sim exigência de determinadas condutas. Por isso, “a força não é atributo, mas característica essencial do direito positivo” (Heinrich Henkel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, pp. 152 e 160, Taurus, Madri, 1968). Rematando, escreve Agustín Squella Narducci: “Um direito impotente, isto é, um direito desarmado, desprovido da possibilidade de dirigir e executar atos de força contra aqueles que não cumprem suas prescrições, só poderia ser um direito simplesmente pensado ou projetado, ou melhor, um direito derogado, ou seja, em todos esses casos, um não-direito” (*Derecho, Desobediencia y Justicia*, p. 113, Ed. Edeval, Valparaíso, 1992).

Luís Jiménez de Asúa chegou a vaticinar a absorção do direito pela criminologia. Hoje preconizam o seu desaparecimento em prol da sociologia jurídica. Mas o direito sempre triunfará.

Já é tempo de encerrar. Faça-o com esta página maravilhosa de José Llompart, Professor da Faculdade de Direito de Sophia, Tóquio, publicado no volume comemorativo aos 75 anos da fundação da referida Universidade:

“Diz-se que o Jurista — tanto o teórico como o prático — é, em geral, uma pessoa muito conservadora no seu modo de pensar. Recordo-me de que, quando estudava Direito em Bonn, um companheiro meu, também jesuíta, que estudava sociologia em Colônia, repetiu-me muitas vezes, algo assim: “Vós, os Juristas, sois tremendamente conservadores. Nós somos progressistas e temos mais liberdade, pois, não estamos atados por vossas “leis”. No seminário, rimo-nos, muitas vezes, dos juristas que, ao que parece, sempre estão empenhados em que nada se modifique”. Ou seja, que os Juristas têm de ocupar-se *ex officio*, como as leis como elas são, com a realidade jurídica, e não têm que ser nem idealistas e nem progressistas. Confesso que creio que nós, Juristas, temos a culpa de que se pense assim. E mais. Admito plenamente que, de certa maneira, é nossa obrigação *ex officio*, o de sermos conservadores, no sentido de que não podemos jogar e nem fazer experiências progressistas com as leis, pois isto poderia ter conseqüências fatais. Muito menos se pode jogar com o direito que, como tal, não é nem “conservador” e nem “progressista”, mas

simplesmente “direito”, sem nenhum adjetivo (falar de direito “justo”, já é uma redundância).”

“Não obstante, eu diria que um Jurista que está satisfeito com “suas leis”, não tem uma visão realista do mundo do direito como tal. Pode ser que para o não Jurista, o mundo do direito pareça um mundo muito complicado, mas não se pode esquecer que o mundo como tal é, todavia, muito mais complicado que o jurídico, e isto é uma coisa que todo Jurista deve sabê-lo. O verdadeiro Jurista sabe muito bem que as leis existentes não são fórmulas mágicas de solucionar todos os problemas. É uma pessoa que sabe muito bem que conquanto se possa ingressar completamente no mundo do direito, nunca pode sentir-se satisfeito com ele. Sempre se busca algo novo, que não se tem e se é obrigado a dar. As soluções do Jurista não são especulações sociológicas — que, em si, podem ser bastante progressistas e atrativas — e sim devem ser muito *realistas*, ainda que nunca se as encontre pré-fabricadas na realidade. E se o desencontro do Jurista se converte em pessimismo, poderá ele seguir vivendo como Jurista, mas ele já não serve para nada” (“El jus, la jurisprudencia, el jurista y nuestra facultad de derecho”, in *Anuário de Filosofia Jurídica y Social*, pp. 132-133, Ed. Edeval, Valparaíso).

Não estamos aqui para negar a importância das ciências auxiliares do Direito Penal, como a psiquiatria forense, a filosofia do direito, da estatística, da criminalística, da criminologia, da vitimologia, da polícia científica, da biologia criminal, da medicina legal, da sociologia criminal. Como ciências especulativas quase todas, servem de ponto de referência ao direito penal normativo, e, também à Ciência do Direito Penal. Talvez possamos incluir, aqui, o chamado direito alternativo, filho da política criminal alternativa, esta derivada da criminologia crítica ou nova criminologia, defendida na América do Sul por duas pessoas bastante queridas por nós, os Professores Lola Anyar de Castro, na Venezuela, e Juarez Cirino dos Santos, este filho destas terras em que as araucárias ainda teimam em nascer e crescer, apesar da conduta irresponsável do homem.

Para nós, ao direito alternativo, ou justiça alternativa, ou, ainda, movimento alternativo, nada mais se pode conceder, no campo penal, do que aquilo que se reserva à antijuridicidade material, que Franz von Liszt concebeu como “tudo que é socialmente danoso”, independente da lei e que pode se converter em orientação para o futuro trabalho legislativo. Nada além disso.

Isto porque, como ensinava Tobias Barreto, “o direito não é um produto do céu. É um produto cultural e histórico da evolução humana”.