

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Eduardo Pião Ortiz Abraão

**Direito Penal e Constituição: Uma leitura do Direito Penal no
Estado Democrático de Direito**

MESTRADO EM DIREITO PENAL

SÃO PAULO

2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Eduardo Pião Ortiz Abraão

**Direito Penal e Constituição: Uma leitura do Direito Penal no
Estado Democrático de Direito**

MESTRADO EM DIREITO PENAL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal, sob a orientação do Prof. Doutor Antonio Carlos da Ponte.

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

Dedico este trabalho à minha mulher Alessandra Simões Reis Abraão,
verdadeira companheira e principal fonte da minha inspiração.
Sem você meu mundo seria preto e branco!
Obrigado, meu amor!

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte - fonte inesgotável de sabedoria, não só jurídica, mas também de vida –, pela orientação dada. Honestidade, lealdade, competência e dedicação, são alguns dos atributos que o tornam uma pessoa de notória distinção. Obrigado por ter-me acolhido no curso de mestrado! Com toda gratidão do seu eterno aluno, Abraão.

Ao meu filho Lucas que me faz enxergar alegremente a vida.

Aos meus pais, pela educação recebida e por me concederem o maior legado que deles poderia receber: o estudo. Vocês são maravilhosos!

Às minhas lindas irmãs Luciana, Virgínia e Catarina, e aos meus cunhados Renê e Rodrigo, por jamais me abandonarem nos momentos difíceis.

Aos meus preciosos sobrinhos Vinícius, Gabriel, Gustavo e Leonardo, que, em função do afeto que tenho para com eles, são como “filhos” para mim.

Aos queridos amigos Alexandre, Bruna, Manuela e Silvana que, com todo o carinho que lhes é peculiar, abriram as portas do lar durante toda a minha jornada de estudos no curso de mestrado.

RESUMO

Este trabalho tem por escopo promover uma análise do Direito Penal no modelo de Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituição de 1988.

Partindo de um esboço histórico a respeito da estruturação e evolução do Estado, desde um breve relato das estruturas erigidas durante a antiguidade e o período medieval, chega-se à consagração do Estado de Direito e, conseqüentemente, após a superação dos protótipos liberal e social, ao Estado Democrático de Direito.

Definida a forma democrática de Estado é imprescindível verificar quais são os bens e interesses que, necessariamente, devem ser tutelados pelo Direito Penal nesse arquétipo estatal. Assim, a busca pela delimitação do bem jurídico penal deve ser uma constante preocupação quando se pretende analisar o Direito Penal à luz da Constituição Federal.

Nesse contexto de definição do bem jurídico penal, importante papel exercem os mandados de criminalização contidos no bojo da Constituição, pois estes têm por finalidade apontar determinadas matérias que obrigatoriamente devem ser tratadas de forma satisfatória na seara penal. Portanto, uma vez reconhecida a existência dos mandados de criminalização, torna-se compulsória a tarefa de disciplinar suficientemente no campo penal aquilo que foi objeto da ordem constitucional de penalização, não restando outra opção ao legislador ordinário.

Relevante destacar, ainda, que o Direito Penal, na atualidade, deve-se apresentar sob duas óticas distintas, pois a criminalidade de hoje atinge não só os bens jurídicos tradicionais, individuais, mas também os bens jurídicos difusos e coletivos, adquirindo uma nova feição que demanda uma reciclagem nos conceitos e dogmas do Direito Penal. É necessário fornecer meios e instrumentos ao Estado que sejam capazes de combater com eficiência os crimes que atingem os bens transindividuais, bem como outras condutas – como as atividades ligadas ao crime organizado, ao terrorismo, à pedofilia, à lavagem de dinheiro etc. - que se afiguram como merecedoras de um tratamento diferenciado por parte da legislação penal.

Assim sendo, o Direito Penal tradicional deve ficar circunscrito ao enfrentamento de delitos que compõem a chamada criminalidade de massa, como, por exemplo, homicídio, lesão corporal, furto, roubo, estelionato etc., pois, ante a tais condutas, de certa forma, pode ser visto como um remédio eficaz. Todavia, no que concerne às infrações penais que afetam os bens jurídicos difusos ou coletivos, à lavagem de dinheiro, pedofilia, ao terrorismo, ao crime organizado, é necessário que o Direito Penal passe por uma reestruturação que o permita municiar-se de ferramentas hábeis ao combate desse tipo de criminalidade.

É, principalmente, dentro dessa concepção ambivalente do Direito Penal que o presente trabalho se concentrará na busca de uma adequada leitura do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Penal; Estado Democrático de Direito; Constituição; Bem Jurídico.

ABSTRACT

This essay has as its purpose to promote an analysis of the Criminal Law facing the Democratic Law State, established by the 1988 Constitution edition.

Starting from a historical foreshortening concerning the State's structure and evolution, from a brief run-down on the founded structures during the ancient and medieval times, it brings to the consecration of the State of Rights and, consequently, later on the transcending of liberal and social prototypes, to the Democratic Law State.

In its democratic State form, it is essential and indispensable to verify which juridical interests and assets that must be tutored by the Criminal Law within this state archetype. The search for delimitation of the penal assets, therefore, must be a constant concern while analyzing Criminal Law under the Federal Constitution.

The crimination commandments enclosed in the Constitution play important role in the penal assets definition context, once their aim is to point specific subjects that must be fulfilled in the Criminal field. Therefore, once criminal commandments are known, the task in order to discipline, in the Criminal range, the matters under constitutional crimination, is compulsory, as there's no other option left to the ordinary legislator.

It's also relevant to point that nowadays Criminal Law has to present itself under two different aspects, inasmuch as criminality in the present reaches not only traditional, individual juridical rights and assets but also diffuse and group ones, showing a new feature that demands concept and dogma renewal in Criminal Law. It's necessary to provide the State with instruments capable of effectively fight crimes that hit transindividual rights as well as related conducts – like organized crime, terrorism, pedophilia, money laundering activities etc. - that appear as worthy of a distinguished handling by the penal legislation.

To such an extent, traditional Criminal Law should stay circumscribed to facing offenses that compound the so-called mass criminality, as for example, homicide, injury, theft, robbery, fraud etc., because in a way it can be seen as an effective solution to those misdemeanors. However, considering delicts against diffuse and group rights, money laundering, pedophilia, terrorism, organized crime, it's necessary for the Criminal Law to submit itself through reorganization, which would legally provide the suitable competent instruments and implements to fight this kind of criminality.

This essay will focus, mainly within this ambivalent conception of the Criminal Law, the search of an appropriate scrutiny on the Criminal Law inserted in the Democratic Law State.

Key words: Criminal Law; Democratic Law State; Constitution; Legal Right.

**Direito Penal e Constituição: Uma leitura do Direito Penal no Estado Democrático
de Direito**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

CAPÍTULO 1. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

1.1. Precedentes do Estado moderno - o Estado antigo e o Estado medieval 13
1.2. Surgimento e desenvolvimento do Estado moderno 18
1.3. A passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito – base filosófica e
consagração do Estado Liberal burguês como primeiro modelo de Estado de
Direito..... 21
1.4. Estado Liberal de Direito – afirmação, declínio e características principais 38
1.5. Estado Social de Direito 41
1.6. Estado Democrático de Direito 48
1.6.1. Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988 51

CAPÍTULO 2. BEM JURÍDICO PENAL

2.1. Introdução 52
2.2. Evolução da concepção de bem jurídico penal 55
2.2.1. A concepção de Feuerbach 56
2.2.2. O pensamento de Birnbaum 58
2.2.3. A teoria de Binding 59
2.2.4. As considerações de Liszt 61
2.2.5. O neokantismo e o bem jurídico 62
2.2.6. A Escola de Kiel 64
2.2.7. As teorias contemporâneas 68
2.3. Bem jurídico penal e Constituição Federal 71
2.4. Bem jurídico penal difuso e coletivo..... 73

2.4.1. Definições de bens difusos e coletivos	73
2.4.2. Definição de bem jurídico penal difuso e coletivo	75
2.4.3. Os crimes de plástico	75
2.4.4. A necessidade de adaptação do Direito Penal para uma tutela efetiva dos bens difusos e coletivos.....	77
2.4.4.1. Princípio da legalidade, tipos penais abertos e normas penais em branco	78
2.4.4.2. Antecipação da tutela penal	84
2.4.4.3. Crimes de perigo abstrato.....	85

CAPÍTULO 3. MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

3.1. Introdução	93
3.2. Eleição dos mandados de criminalização	97
3.3. Mandados de criminalização expressos (ou explícitos)	100
3.3.1. O cumprimento dos mandados expressos de criminalização pelo legislador ordinário	100
3.3.1.1. Racismo	100
3.3.1.2. Crimes hediondos e assemelhados	103
3.3.1.2.1. Crimes hediondos	104
3.3.1.2.2. Tráfico de drogas	109
3.3.1.2.3. Tortura	119
3.3.1.2.4. Terrorismo	121
3.3.1.3. Ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático	125
3.3.1.4. Retenção dolosa de salário dos trabalhadores	126
3.3.1.5. Crimes ambientais	128
3.3.1.6. Crimes contra a criança e o adolescente	133
3.4. Mandados de criminalização implícitos	136
3.4.1. Corrupção eleitoral	140
3.5. Instrumentos de combate à inércia do legislador no cumprimento dos mandados de criminalização	142

CAPÍTULO 4. O DUPLO ASPECTO DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

4.1. Princípios constitucionais	147
4.1.1. Diferença entre princípios e regras	150
4.2. Princípio da dignidade da pessoa humana	153
4.3. Princípio da proporcionalidade	157
4.4. Princípio da culpabilidade	165
4.5. Direito Penal como “<i>ultima ratio</i>”	167
4.5.1. Princípio da intervenção mínima	168
4.5.2. Princípio da lesividade ou ofensividade	169
4.5.3. Princípio da insignificância	171
4.6. Necessidade de adoção do Direito penal como “<i>prima ratio</i>” para prevenção e combate de determinados tipos de criminalidade	173
4.6.1. O Direito Penal do inimigo	173
4.6.1.1. Raízes históricas e jusfilosóficas do Direito Penal do inimigo	176
4.6.1.2. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, o princípio da confiança no Direito Penal e o funcionalismo de Günther Jakobs	179
4.6.1.3. Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo	184
4.6.1.4. Características do Direito Penal do inimigo	186
4.6.1.5. Críticas ao Direito Penal do inimigo	187
4.6.2. A criminalidade organizada e a lavagem de dinheiro	193
4.7. A imprescindibilidade da dupla face do Direito Penal no modelo democrático de Estado	207
CONCLUSÕES	210
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	213

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil, passou, definitivamente, a ser estruturada dentro de uma concepção de Estado Democrático de Direito. Assim sendo, o Direito Penal precisa ser construído em consonância com este modelo de Estado.

O presente trabalho busca demonstrar que, embora tenham sido apresentados alguns avanços no sentido de lapidar o nosso sistema punitivo à feição democrática do Estado, ainda há muito que evoluir nessa tarefa. Nosso Direito Penal ainda se afigura impotente para enfrentar determinados tipos de infrações penais, notadamente aquelas afetas aos bens jurídicos difusos e coletivos, à criminalidade organizada, à lavagem de dinheiro e à pedofilia.

Para tanto, foi feito um breve apanhado sobre o desenvolvimento do Estado ao longo da história, passando-se por todos os períodos de transição até a desembocadura no modelo de Estado Democrático de Direito no século XX.

Após, o trabalho se inclinou no enfrentamento do bem jurídico na órbita penal. Foram exploradas todas as suas teorias evolutivas e apresentadas as concepções coevas sobre o assunto. Na sequência ganhou destaque a apreciação dos bens jurídicos penais difusos e coletivos, com a consequente demonstração de que o Direito Penal precisa de um arquétipo apropriado para que haja uma tutela efetiva na senda de tais bens.

Superada a questão do bem jurídico, a pesquisa se concentrou no campo dos mandados de criminalização, tema de absoluta relevância na relação de intercâmbio que deve existir entre Direito Penal e Constituição. Sustentou-se, para tanto, a existência não só de mandados de criminalização explícitos como também implícitos, dando-se o devido detalhamento a respeito do cumprimento ou não destas ordens constitucionais de criminalização pelo legislador ordinário pátrio.

Por derradeiro, o trabalho reproduziu a necessidade de adoção de um caráter dúplice do Direito Penal para que este seja completamente amoldado à forma de Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, foi exposta uma visão do Direito Penal como

“*ultima ratio*”, para proteção de bens e interesses tradicionais, ligados ao aspecto individual, bem como uma perspectiva de “*prima ratio*” para tutela de determinados bens jurídicos difusos e coletivos e combate ao crime organizado e à lavagem de dinheiro.

Nesta última projeção, de análise do Direito Penal como *ultima ratio*, o trabalho enveredou-se em apreciar os aspectos ligados ao Direito Penal do inimigo, demonstrando que o discurso pregado por esta linha do Direito Penal, a depender da ótica em que é analisado, não arranha as bases de um Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 1. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

1.1. Precedentes do Estado moderno - o Estado antigo e o Estado medieval

Para que seja possível chegar-se à análise do Estado de Direito nas suas diversas vertentes evolutivas, necessário se faz apresentar um breve ementário acerca das concepções estatais surgidas ao longo da antiguidade e, posteriormente, durante o período medieval.

Na antiguidade, o Estado era representado pelas chamadas Cidades-Estado - a “*polis*” do mundo grego antigo - que significa cidade e de onde decorre o termo política - e a “*civitas*” dos romanos - a comunidade dos habitantes, ou, ainda, a “*res publica*” (a coisa comum a todos) - e pelos grandes impérios como o Império Han, na China, e o Império Romano¹.

Cidades como Babilônia, Tebas, Esparta, Atenas, Roma, dentre outras, eram consideradas os núcleos dos Impérios, e centralizavam o poder na pessoa do imperador, rei ou faraó. Esse modelo estatal concebido no mundo antigo era estruturado em dois polos bem distintos. De um lado a presença da “*força bruta das tiranias imperiais típicas do Oriente*”², no outro vértice situava-se a “*onipotência consuetudinária do Direito ao fazer suprema, em certa maneira, a vontade do corpo social,*

¹ Discorrendo sobre o assunto Joseph R. Strayer afirma: “No mundo antigo, os estados dividiam-se, de um modo geral, em duas categorias: os impérios grandes, mas deficientemente integrados, e as unidades pequenas, mas com um elevado grau de coesão, como as cidades-estado gregas. Qualquer desses tipos de estado tinha os seus pontos fracos. Os impérios eram militarmente fortes, mas apenas uma pequena parte dos seus habitantes podia participar no processo político ou em qualquer outra atividade que transcendesse os imediatos interesses locais. Isso representava um considerável desperdício de recursos humanos e não permitia a existência de um forte sentimento de lealdade ao estado. Para a grande maioria dos súditos de um império, a preservação do estado não constituía o supremo bem social; em inúmeros casos, as populações assistiram serenamente à queda dos impérios e ou passaram a fazer parte de unidades políticas de menor dimensão, ou aceitaram, sem protestar, a sua integração num novo império dirigido por uma nova elite. A cidade-estado utilizava muito melhor os seus habitantes do que o império; todos os cidadãos participavam ativamente na vida política e nas atividades comunitárias que lhe estavam associadas. O sentimento de lealdade ao estado era forte e atingia, por vezes, a intensidade do moderno nacionalismo. Mas nenhuma cidade-estado resolveu jamais o problema de incorporar novos territórios e novas populações na sua estrutura, nem conseguiu fazer participar na vida política um número realmente elevado de pessoas. A cidade-estado ou se converteu no núcleo de um império (como no caso de Roma), tornando-se assim vítima de todos os males do império, ou se manteve pequena e militarmente fraca, acabando, mais tarde ou mais cedo, por ser vítima de uma conquista” (As Origens Medievais do Estado Moderno. Trad. Carlos da Veiga Ferreira. Lisboa, Gradiva, 1969, p. 16-17).

² BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 32.

qualitativamente cifrado na ética teleológica da pólis grega ou no zelo sagrado da coisa pública, a res publica da civitas romana”³.

Foi no mundo antigo que surgiu o pensamento e a filosofia política, destacando-se entre os historiadores Heródoto e Xenofontes, e entre os filósofos Platão e Aristóteles. Para Platão, autor de várias obras políticas, dentre as quais se destacam “*República*”, “*Política*” e “*Leis*”, o Estado era sinônimo de poder absoluto, controlador da liberdade do cidadão, sendo admissível a escravidão do homem.

Da análise das obras de Platão, podem ser constatados os ideais de divisão da sociedade em classes bem delimitadas e representadas pelos filósofos, pelos guerreiros e pelos operários. Cada classe possuía uma determinada função, sendo a condução política prerrogativa dos filósofos. Segundo Platão, cinco seriam as formas de Governo: monarquia, tirania, aristocracia, oligarquia e democracia.

No acervo político de Aristóteles⁴, encontram-se os oito livros referentes à sua célebre obra “*Política*”. São questões abordadas por Aristóteles: os elementos constitutivos do Estado; as teorias da escravidão e da aquisição de riquezas; as distintas formas de governo; os sistemas possíveis de governo - indicando aqueles que o homem deve escolher por serem considerados mais justos -; o estudo dos governos de Esparta, Creta e Cartago; a apresentação de contradições às obras “*República*” e “*Leis*” de Platão; o problema da eficiência política; a demonstração de que as formas de governo podem ser apenas três: monarquia ou reino (governo de um só), aristocracia (governo de poucos) e “*politia*” ou timocracia (governo de muitos – república -); o desenvolvimento de temas como ciência política, classes sociais, fraudes políticas, formas de degradação dos sistemas políticos (a tirania no seio da monarquia, a oligarquia que contamina a aristocracia e a democracia que afeta a “*politia*”)⁵, revoluções, educação pública e privada, educação das crianças, problemas das relações entre sexos, dentre outros.

³ *Ibidem.*

⁴ Cabe lembrar que Aristóteles, um dos maiores pensadores de todos os tempos, escreveu não somente sobre política, mas também sobre lógica, retórica, ética, ciência, psicologia, dentre outros assuntos.

⁵ “*Três são as formas de governo e três são os desvios e corrupções dessas formas. As formas são: o reino, a aristocracia e, a terceira, aquela que se baseia sobre a vontade popular, que pareceria próprio chamar de ‘timocracia’, mas que a maioria chama apenas de ‘politia’.* O desvio do reino é a tirania. Da aristocracia se passa à oligarquia, pela malvadez dos governantes. Da timocracia à democracia”. (Aristóteles, *Ética de Nicômaco*, 1160 a-, apud BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra.

Todavia, uma das construções de maior relevo feita por Aristóteles diz respeito à questão da separação das atividades do organismo estatal, que no futuro seria desenvolvida por John Locke na Inglaterra e aperfeiçoada por Montesquieu na França⁶. Registre-se, todavia, que o sistema de divisão desenvolvido por Aristóteles ficou distante da rigidez apresentada, posteriormente, pela doutrina de Montesquieu⁷.

Voltando para a questão da formação do Estado antigo, cabe registrar que os gregos, apesar de atribuírem menor relevância à forma de Estado do que à forma de governo, chegaram a celebrar acordos, em nível de confederação, entre Cidades-Estado com predominância de umas sobre as outras, como se verificou durante a guerra do Peloponeso quando Esparta e Atenas lideraram duas grandes concentrações de Cidades-Estado.

Coube aos gregos a descoberta da dignidade do ser humano em sua plenitude e a manifestação do pensamento de que todos nascem dotados de determinados direitos inatos, dificultando-se a expansão e o domínio dos povos sem que essa reflexão a respeito do Homem governado fosse considerada.

Posteriormente, esses ideais consagrados pelos gregos a respeito do homem concebido com uma dignidade própria, são adotados e instrumentalizados pelos

Comentários à Constituição do Brasil. Pré-constitucionalismo. O Estado. Constituição. Arts. 1º a 4º. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 43).

⁶ “O problema da divisão das atividades do organismo estatal não foi localizado pela primeira vez por Montesquieu. Éle é, pelo contrário, bem antigo. Pode-se dizer mesmo que quase todos os grandes pensadores políticos a êle se referiram. Já o velho Aristóteles, observando a Constituição das cidades helênicas, dizia que em todo governo devemos encontrar três partes: ‘Uma dessas três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é a que exerce as magistraturas – e aqui é preciso determinar quais as que devem criar, - qual deve ser a sua autoridade especial e como se devem eleger os magistrados. A terceira é a que administra a Justiça’” (Política, livro VI, cap. XI, p. 263, da tradução de Nestor Silveira Chaves, Edições Cultura Brasileira, S/A, S. P. s/ data. Extraído de AZEVEDO, Luiz Marcello Moreira de. *Montesquieu e o Princípio da Separação dos Poderes*. Revista da Universidade Católica de São Paulo, vol. XXXVI, janeiro-junho de 1969, fascs. 69-70, p. 40).

⁷ “É de se notar que a divisão apresentada por Aristóteles não possui um caráter rígido e inflexível, no sentido de que todo e qualquer Estado devesse possuir uma tal divisão. Essa era a encontrada nas cidades-estados da Grécia, como já se salientou, e que se limitava, como pondera Carré de Malberg, a estabelecer as atribuições dos diversos órgãos do govêrno. De forma alguma encontramos aí a idéia de que cada uma dessas funções se constituísse em um poder a parte, independente, desligado dos demais. Tanto assim que o Filósofo não fez a menor alusão a um possível impedimento de uma mesma pessoa pertencer, concomitantemente, a Assembléia Deliberante, exercer uma das magistraturas ou tomar parte nas atividades da Justiça” (AZEVEDO, Luiz Marcello Moreira de. Op. cit., p. 41).

romanos por intermédio de um conjunto de normas nas quais essa realidade é garantida⁸.

Fruto dessa instrumentalização do direito, o domínio romano sobre o mundo, que fora iniciado no século VIII antes de Cristo, somando-se os impérios do Ocidente e do Oriente, esparge-se, por aproximadamente dois mil e cem anos, por larga faixa geográfica que abrange diversos territórios até então conhecidos.

O período medievo refletiu um rompimento com o modelo estatal reinante nos tempos antigos. A Idade Média foi o meio caminho entre o mundo antigo e o mundo moderno. Com o desaparecimento do Império Romano o modelo de Estado erigido na antiguidade acabou se desmantelando, surgindo o regime feudal que se caracterizou pela descentralização do poder⁹.

Dessa maneira, o continente europeu não conseguiu se unir. Os reis, apesar de serem os detentores do poder político, acabavam cedendo às influências dos senhores feudais, os senhores do poder econômico. Além disso, a interpretação do direito realizada pelos glosadores ganhou um caráter ambivalente, fruto da junção entre a solidez estrutural do direito romano e a cultura dos conquistadores bárbaros.

Nesse momento histórico verificou-se a confusão da teologia com a política, ou seja, das concepções religiosas e espirituais com as do Estado, a Igreja e o Estado, paralelamente à confusão do Direito Público com o Privado, isto é, a Terra e o Estado.

⁸ “A instrumentalização do novo estágio do homem formado, com uma dignidade própria descoberta pelos gregos, é realizada pelos romanos, através do direito. O império romano lato sensu, assim abrangendo o reinado, a república e o império propriamente dito, é uma dádiva grega e um fruto do direito. Sem o direito, Roma não teria dominado o mundo, porque, pela primeira vez na história, o direito é o grande instrumento regulador de todas as relações sociais, inclusive com o governo” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., p. 48-49).

⁹ Confirmando essa realidade Paulo Bonavides registra: “Em verdade, toda a Idade Média, com sua organização feudal levanta sobre as ruínas do Império Romano, vira em certa maneira arrefecer a concepção de Estado. Pelo menos do Estado no sentido de instituição materialmente concentradora de coerção, apta a estampar a unidade de um sistema de plenitude normativa e eficácia absoluta” (Op. cit., p. 32). Também nesta diretriz, Joseph R. Strayer expõe: “Os europeus, como já foi dito, viram-se forçados a reinventar o estado à sua própria custa e durante muitos séculos, após a queda do Império Romano do Ocidente, nada fazia pensar que viessem a ter êxito nessa tarefa. A idéia romana de estado não tardou a cair no esquecimento, no turbulento período das invasões e migrações; os próprios dirigentes da Igreja, que preservaram muitas das tradições romanas, não foram capazes de transmitir esse conceito com suficiente clareza” (Op. cit., p. 18).

São Tomás de Aquino estabelece a separação do que é de direito divino daquilo que é de direito humano, reconhecendo neste certas contingências que não estavam no âmbito do direito divino, dando à sua visão de política uma feição inédita que se afastava dos conceitos e princípios ortodoxos levantados pelos doutores da igreja.

Ao estudar as formas de governo, São Tomás condena a tirania, mas orienta também a suportá-la tanto quanto possível, para que a substituição do tirano não leve a uma nova tirania. Na sua visão, a monarquia eletiva é a forma de governo ideal.

A Idade Média, porém, não deve ser vista simplesmente como um período obscuro, de trevas, pois coube à Igreja a preservação das formas culturais e a criação das primeiras Universidades como grandes centros de ensino e pesquisa. Ademais, as raízes do Estado Moderno começam a surgir dentro dessa realidade¹⁰.

Durante a Alta Idade Média, a organização política que predominou no ocidente do continente europeu foi o reino germânico, estruturado numa relação de lealdade entre pessoas e não em instituições abstratas e despersonalizadas. O reino era formado por aqueles que reconheciam como rei determinado homem, ou que aceitavam o reinado de determinada família como direito hereditário de reinar.

No mundo medieval vários foram os termos utilizados para designar as unidades políticas existentes, tais como “*imperium*” e “*regnum*”, além do que, volta a palavra “*cidade*” que representa as chamadas cidades livres, além de “*terra*”, que traduz os domínios territoriais.

Cabe esclarecer que durante a antiguidade e mesmo ao longo de quase toda a Idade Média, o termo Estado era algo desconhecido, pois foi criado somente no século XVI por Nicolau Maquiavel, com a publicação em 1531 de sua obra “*O Príncipe*”¹¹.

¹⁰ “À Idade Média deve-se o surgimento do grande elemento de expressão cultural que é a Universidade, centro formador de humanistas, que prepara o advento da Renascença. Pode-se considerar que tal período não conhece o surgimento de grandes impérios no Ocidente, à luz da realidade mundial dos últimos cinco mil anos, mas também é verdade que as bases do Estado Moderno vão sendo lançadas, com permanente repensar das verdadeiras raízes de cada povo e nação, na nova Europa estabilizada, após as grandes migrações étnicas do fim do Império Romano do Ocidente” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., p. 48-49).

¹¹ Logo na abertura do Capítulo I – De quantas espécies são os principados e de que modo se adquirem -, Maquiavel traz a expressão “estado”: “*Todos os estados, todos os domínios que tiveram e têm império*”

1.2. Surgimento e desenvolvimento do Estado moderno

Com o fim da Idade Média e o início do período moderno, o Estado passa a adotar raízes bem diversas daquelas que sustentaram o poder durante a antiguidade e o período medieval, tendo em vista que veio calcado na idéia de soberania¹².

Todavia, o Estado Moderno foi inaugurado dentro de uma estrutura unipessoal, consubstanciada na figura do monarca, o detentor de um poder absoluto. Poder este que encontrava amparo na obra “*O Príncipe*” de Maquiavel, considerado o precursor da Ciência Política moderna¹³.

Os regentes, os monarcas, os príncipes concentravam poderes incontestáveis, desprovidos de quaisquer limites éticos, apartados de quaisquer escrúpulos e sobre os quais nenhum cidadão poderia ousar se sobrepor¹⁴. Portanto, ainda não se fazia presente

sobre os homens, são repúblicas ou principados” (*O Príncipe*. 3ª ed. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. Textos Fundamentais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 21).

¹² “Ao termo da Idade Média e começo da primeira revolução iluminista que foi a Renascença, brilhante precursora da segunda revolução, a revolução da razão, ocorrida no século XVIII, o Estado Moderno já manifestava traços inconfundíveis de sua aparição cristalizada naquele conceito sumo e unificador – o de soberania, que ainda hoje é seu traço mais característico, sem embargo das relutâncias globalizadoras e neoliberais convergentes no sentido de expurgá-lo das teorias contemporâneas de poder”. (...) “Mas nunca deslembrar que foi a soberania, por sem dúvida, o grande princípio que inaugurou o Estado Moderno, impossível de constituir-se se lhe falecesse a sólida doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção” (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 33). Ainda, a respeito dessas diferenças: “Mesmo em seus elementos intrínsecos, a noção de Estado sofreu fortes transformações entre a velha concepção das cidades gregas e da civitas romana, até às concepções medievais mais amplas e o Estado moderno, compreendendo elementos orgânicos que, como veremos, são muito peculiares”. (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria do Estado*. 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, p. 115).

¹³ “Ninguém tem sido mais discutido do que Maquiavel, e o seu nome passou à posteridade como um exemplo de perversidade política e do divórcio da moral e da política. Para outros, entretanto, Maquiavel nada mais fez do que criar uma moral política, moral diferente pelo sentido prático que se deve dar à política”. (...) “O Príncipe tem duas partes bem distintas, uma de caráter histórico, onde ele procura mostrar exemplos de homens que conseguiram conservar o poder e construir uma grande nação e na segunda parte, de filosofia política, onde ele ensina a arte de governar, analisa a natureza humana, as suas fraquezas e, por que não dizê-lo, a maneira de tirar partido dessas fraquezas em benefício próprio e do Estado”. (...) “Maquiavel foi o produto da sua época, inspirou-se nas paixões dos seus contemporâneos e procurou dar ao espírito do Renascimento um sentido político inconfundível” (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Op. cit., p. 93-95).

¹⁴ No Capítulo XVIII – De que modo devem os príncipes cumprir a palavra dada -, Maquiavel procura justificar a importância da ausência de limites ao poder do monarca ao registrar: “Deveis, pois, saber que há dois modos de combater: um pelas leis, outro, pela força, o primeiro, inerente ao homem, o segundo, inerente aos animais, mas como o primeiro muitas vezes não basta, convém recorrer ao segundo e, desse modo, fica bem claro ser necessário que o príncipe saiba utilizar-se devidamente do animal e do homem. Isto foi ensinado, em segredo, aos príncipes pelos antigos escritores, que escreveram como Aquiles e muitos outros príncipes antigos, nutridos pelo centauro Quirão para que os educasse, o que significa que

o Estado como estrutura própria, desconectado da figura e dos interesses exclusivos de um dado governante¹⁵.

Dentro dessa diretriz absolutista, o Estado Moderno atravessa duas fases distintas de fundamentação teórica da soberania. A primeira etapa ficou marcada pela influência do direito divino, pautada na doutrina dos teólogos. Nesse contexto destacam-se as obras de Nicolau Maquiavel e Jean Bodin¹⁶ que conceberam a soberania como poder absoluto e sem limites¹⁷.

A segunda fase foi marcada pela ruptura com as raízes teológicas - as quais apresentavam barreiras ao soberano, pois este deveria agir respeitando os membros eclesiásticos - e pela adoção de uma estrutura guindada em alicerces filosóficos e consensuais.

Nesse segundo momento, é de fundamental importância a figura do filósofo inglês Thomas Hobbes, que viveu de 1588 a 1679 e que com seu “*Leviatã*” - clássico que representa o Estado Absolutista do monarca - apresenta a base teórica de sustentação do poder absoluto do soberano¹⁸. Hobbes representa o reacionarismo, o

ter, como preceptor, algo que seja meio animal e meio homem, nada mais é do que o príncipe passar a empregar uma e outra natureza, pois uma sem a outra não é durável” (Op. cit., p. 112).

¹⁵ Refletindo sobre tal estrutura de Estado e a relevância dos argumentos de Maquiavel, Paulo Bonavides retrata: “*O florentino secularizava o messianismo teleológico para levantar frente ao edifício do poder a estátua do príncipe todo-poderoso, desembaraçado de escrúpulos, vinculado unicamente aos fins que lhe justificavam os meios no exercício de uma autoridade sem limites e que, por isso mesmo, atravessava as fronteiras da moral, dos bons costumes, da obediência-cidadã, estabelecendo entre a pessoa do governante e a res publica uma promiscuidade que desembocava no arbítrio e nas demasias do tirano ungido pela filosofia do oportunismo*” (Op. cit., p. 34).

¹⁶ “*Tratava-se, portanto, qual é fácil de perceber, de se chegar, como se chegou, à formulação jurídica da soberania, o que aconteceu por obra de um notável publicista francês, Jean Bodin, autor dos Seis Livros da República*” (Bodin não empregou a palavra ‘Estado’, mas ‘República’, ao intitular seu livro clássico) (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 35). “*Para Bodin a república era o próprio Estado e a preocupação do autor foi a de seguir o caminho traçado por Aristóteles: a monarquia, a aristocracia e a democracia, mas observa, e aqui está uma inovação no método de trabalho, observa que a melhor forma de governo depende muitas vezes das condições geográficas e do clima, aplicando assim um elemento novo, estranho ao homem ou à filosofia no trato da política*”. (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Op. cit., p. 96).

¹⁷ “*As Monarquias de direito divino, ao perfazerem o ciclo de subjugação política do estamento nobre – cujos privilégios, transcorrida a Idade Média e operadas as grandes metamorfoses da revolução mercantilista que determinaria a conquista do Oriente e do Novo Mundo pelas potências do Ocidente, se entendiam por dádiva da Realeza – quebratando o poder das aristocracias decadentes, se firmavam por titulares de um poder absoluto, consolidando, a um tempo, a soberania e o Estado, este projeção daquela*” (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 35).

¹⁸ “*Com efeito, Hobbes entra em cena e escreve o Leviatã, a obra clássica do Absolutismo, o mais engenhoso tratado de justificação dos poderes extremos, servidos de uma lógica perversa, em que a segurança sacrifica a liberdade e a lei aliena a justiça, contanto que a conservação social de que é fiador*

totalitarismo, o domínio do indivíduo pelo Estado, este representado pela figura do Leviatã.

Em Hobbes, portanto, o poder do Estado é absoluto e indivisível, não podendo nem a Igreja opor-se a ele, pois o soberano, na qualidade de autoridade máxima do Estado, possui todo poder político e espiritual. O pensador inglês defende insistentemente que o soberano deve concentrar e controlar todos os poderes do governo. Isto é o importante para ele, ou seja, a presença de um poder soberano forte e de eficácia plena, pouco importando a forma que venha tomar.

Hobbes constrói sua doutrina partindo da situação hipotética do “*estado de natureza*” - que traduz uma condição de guerra de todos contra todos, na qual cada indivíduo é governado apenas por sua própria razão -, para a necessidade de se estabelecer um pacto voluntário entre os homens, onde todos concordem em renunciar ao direito ilimitado proveniente do estado de natureza em prol da paz e da segurança.

E, como esse pacto social, por si só é insuficiente para garantir a paz e a tranquilidade, deve-se, por intermédio desse contrato, estruturar um poder capaz de fazer com que os homens sigam as determinações dele decorrentes. E, segundo Hobbes, esse poder é o Estado¹⁹.

o monarca seja mantida a qualquer preço. Naquele autor a força infinita de quem governa e mantém a ordem é paradoxalmente legitimada com base no contrato social. Aí reside, por sem dúvida, não há negar, toda a originalidade do filósofo inglês, o teorista do medo, o contratualista do Absolutismo, o pensador das nascentes do Positivismo e, sobretudo, conforme reiteradamente assinalamos, da segurança jurídica” (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pp. 36-37).

¹⁹ Nas palavras de Hobbes: “*Desta lei fundamental da natureza, que ordena a todos os homens que procurem a paz, deriva esta segunda lei: Que um homem concorde, conjuntamente com outros, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo. Pois enquanto cada homem detiver seu direito de fazer tudo quanto queira, a condição de guerra será constante para todos*”. (...) “*Esta é a geração daquele enorme Leviatã, ou antes – com toda reverência – daquele deus mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. Graças à autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe atribuído o uso de gigantesco poder e força que o terror assim inspirado o trona capaz de conformar as vontades de todos eles, no domínio da paz em seu próprio país, e da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. É nele que consiste a essência do Estado, que pode ser assim definida: ‘Uma grande multidão institui a uma pessoa, mediante pactos recíprocos uns com os outros, para em nome de cada um como autora, poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum’. Soberano é aquele que representa essa pessoa. Dele se diz que possui poder absoluto. Todos os outros são súditos*” (HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo, Martin Claret, 2004, p. 102-131).

Em Hobbes, portanto, aparece a chamada teoria do contrato social²⁰, na qual a busca pela segurança da coletividade deveria deixar a liberdade individual em segundo plano. A base da filosofia política encontra-se na passagem do estado de natureza, no qual o ser humano goza de uma liberdade total, para o estado da sociedade.

Portanto, para se evitar que a liberdade absoluta de cada um leve a própria destruição dos indivíduos, surge o estado da sociedade, pautado no ideal de conservação do corpo social pela restrição das liberdades individuais.

1.3. A passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito – base filosófica e consagração do Estado Liberal burguês como primeiro modelo de Estado de Direito

A doutrina do liberalismo foi responsável por promover a passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito. Após séculos de exercício de um poder absoluto, esse modelo de Estado encontrava-se desgastado, e os ideais de liberdade começaram a ser içados com o escopo de frear a atividade do soberano. O poder do Estado representava o inimigo a ser enfrentado na busca pela liberdade.

O movimento liberal surge entre os séculos XVII e XVIII como uma nova visão de mundo, pautada em valores, crenças e interesses da burguesia, classe social emergente e que lutava contra a dominação do feudalismo aristocrático, tornando-se a expressão de uma ética notadamente individualista voltada para a noção de liberdade total.

Nesse período, três movimentos políticos importantes se destacaram no processo de construção do Estado soberano como produtor de normas jurídicas: a Revolução Inglesa - também conhecida como revolução gloriosa -, a Revolução Francesa, e a Independência dos Estados Unidos da América - também chamada de Revolução Americana -. A noção moderna de Constituição nasce desses movimentos, que acabaram consolidando os Direitos Humanos de 1ª geração – ou dimensão -, representados pelos direitos civis e políticos.

²⁰ A teoria do contrato social seria, também, explorada posteriormente por Rousseau, Locke, Fichte e Kant, embora com justificativas e conseqüências distintas das apresentadas por Hobbes.

Nesses movimentos políticos, buscava-se: 1 – a garantia de que o Estado desse o livre arbítrio para que as pessoas pudessem atuar no campo da vida privada, ou seja, estabelecer um espaço privado da pessoa, surgindo a concepção de Direito Civil. O Código Civil de Napoleão de 1804 é fruto da Revolução Francesa; 2 – a possibilidade de que os procedimentos para julgamento dos indivíduos, tanto no campo penal, quanto no civil, viessem previamente determinados. É a idéia de devido processo legal.

Outro aspecto de relevo desses movimentos, ligado aos Direitos Políticos, foi o estabelecimento de controle do poder do Estado, pela consagração da Teoria da Tripartição dos Poderes, que será explorada logo adiante.

O Direito Constitucional forma suas raízes nesse período, quando começam a ser previstas as liberdades de expressão e de manifestação religiosa e as garantias essenciais de participação do indivíduo na vida política.

A Teoria do Direito Natural representou a base filosófica para a concretização dessas transformações. O indivíduo é visto como portador de direitos inatos, ou seja, direitos que desfruta pela simples condição de ser humano, os quais são oponíveis até mesmo contra o poder estatal²¹.

Assim, foi dentro desse ambiente de disputa entre o regime do poder absoluto do rei e o anseio da liberdade individual que se ergueu o primeiro modelo de Estado de Direito, *“mediante um ciclo de evolução teórica e decantação conceitual, que se completa com a filosofia política de Kant”*²².

Nessa transição do Estado Absolutista para o Estado de Direito a burguesia exerceu papel fundamental. Embora detentora de um significativo poder econômico durante o reinado das monarquias absolutistas, a burguesia estava insatisfeita com seu estéril poder político.

²¹ *“O indivíduo, titular de direitos inatos, exercê-los-ia na Sociedade, que aparece como ordem positiva frente ao Estado, ou seja, frente ao negatíum dessa liberdade, que, por isso mesmo, surge na teoria jusnaturalista rodeado de limitações, indispensáveis à garantia do círculo em que se projeta, soberana e inviolável, a majestade do indivíduo”*. (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 40).

²² *Idem*, p. 41.

Valendo-se da falta de um equilíbrio político no continente europeu, que encontrava-se mergulhado em conflitos religiosos e disputas econômicas²³, aliada à sua própria ascensão política e à descrença na origem divina do poder dos monarcas, a classe dos burgueses resolveu tomar as medidas necessárias para conquistar o poder no campo político.

Para tanto, resolveu aliar-se à grande massa de camponeses e outros socialmente menos favorecidos, construindo um movimento forte contra os privilégios da nobreza e do clero. Nesse quadro de tensão social, houve a queda da Bastilha e eclodiu a Revolução Francesa, simbolizando a chegada de um novo tempo, onde a velha política opressora, marcada pela injustiça e pelo privilégio de alguns poucos, já não mais se sustentava.

Surgia, assim, o Estado das leis, o Estado das Leis Fundamentais, ou seja, o Estado Absoluto é substituído pelo Estado Constitucional. Dentro desse contexto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é proclamada na França, com fortes raízes jusnaturalistas²⁴.

Os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, difundem-se não só pelo continente europeu, mas também por regiões mais afastadas como Índia, Ásia Menor e América Latina. O princípio da legalidade é erguido como uma espada poderosa contra o despotismo. Os Códigos e as Constituições representam a força do Direito contra o

²³ “Tornando às raízes da ascensão política da Burguesia até se tornar classe dominante, verificamos que o fenômeno não se pode desmembrar das guerras de religião e das competições econômicas que dificultavam em certa maneira a chamada política do equilíbrio europeu. Dessa política se faziam órgãos as Dinastias reinantes, as quais oscilavam entre a paz e a beligerância, entre a diplomacia e as armas, entre a segurança e a instabilidade. Mas foi no caldo desses conflitos que se fez paulatinamente a ascensão da classe burguesa, até o dia em que, levando a cabo por via revolucionária o desafio ao Absolutismo, pôde ela decretar o fim da caduca sociedade de privilégios ainda presente por corolário da herança feudal enxertada no corpo da Monarquia absoluta, qual apêndice morto ou cadáver de uma ordem econômica extinta: a dos feudos medievais” (BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 39-40).

²⁴ Pode-se verificar a presença da concepção de Estado Constitucional e a influência jusnaturalista logo no preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia nacional, considerando que a ignorância, o descuido ou o desprezo dos direitos humanos são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, possa lembrá-los sem cessar seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e os do poder executivo, podendo ser a todo instante comparados com a finalidade de toda instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, fundadas doravante em princípios simples e incontestáveis, redundem sempre na manutenção da Constituição e na felicidade de todos”.

direito da força, atribuindo freios e medidas ao poder que até então se apresentava como absoluto e desprovido de qualquer limitação.

Não se pode deixar de mencionar que, do ponto de vista político-filosófico, o campo para a construção desse novo modelo de estado fora preparado por Locke nos seus dois “*Tratados sobre o Governo Civil*”, por Montesquieu no “*Espírito das Leis*” e por Rousseau no “*Contrato Social*”.

Como principal técnica de garantia do liberalismo surge a Teoria da Tripartição dos Poderes, engendrada sob influxos do racionalismo político do século XVIII e explorada, “*a priori*”, por Locke na Inglaterra e desenvolvida, posteriormente, de forma mais sólida por Montesquieu na França.

Segundo essa teoria, o Estado deveria ser estruturado nos três poderes (funções) – Executivo, Legislativo e Judiciário – que deveriam ser nitidamente separados e mutuamente contidos, de acordo com a máxima de Montesquieu “*o poder detém o poder*”.

John Locke buscou inspiração no liberalismo inglês e defendeu o regime de liberdade individual e de equilíbrio político, que seria capaz de proteger o indivíduo contra os abusos do Estado e do poder. Em Locke, encontra-se o princípio de liberdade de equilíbrio, base do regime democrático.

No seu entendimento a liberdade era o ponto essencial da soberania política, que fora delegada pelos cidadãos do Parlamento. O ponto principal da sua argumentação diz respeito à crítica ao governo arbitrário calcado no modelo absolutista, ou seja, ao poder irrestrito que nega os direitos e as liberdades fundamentais.

Para ele, assim como não existiriam idéias inatas no espírito humano (de acordo com a tese apresentada no seu “*Ensaio sobre o Entendimento Humano*”, segundo a qual o conhecimento deriva fundamentalmente da experiência sensível), também não haveria poder que pudesse ser considerado inato e de origem divina, como sustentavam os

absolutistas. Em resposta à obra “*O Patriarca*”, de Robert Filmer²⁵, Locke escreveu seu “*Primeiro Tratado sobre o Governo Civil*”, desenvolvendo, posteriormente, seus postulados no “*Segundo Tratado sobre o Governo Civil*”.

No seu pensamento, o estado de sociedade e, por conseguinte o poder político seriam frutos de um acordo estabelecido entre os homens, pois, antes desse pacto a convivência entre eles se daria apenas no estado natural²⁶.

Este seria “*um estado de total liberdade para ordenar-lhes o agir e regular-lhes as posses e as pessoas de acordo com sua conveniência, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem*”.²⁷

Cabe lembrar que a teoria do pacto social e do estado natural também fora sustentada por Hobbes, mas este tinha por intenção justificar exatamente o oposto do que pretendia Locke, pois, enquanto este se insurgiu contra o absolutismo²⁸, Hobbes, com seu “*Leviatã*”, como já tratado anteriormente, procurou justificar a teoria do poder divino do monarca.

No que tange à separação dos poderes, porém, a concepção apresentada por Locke não conseguiu exprimir a mesma clareza da versão de Montesquieu, pois, para aquele, ao rei – titular do poder executivo - competia o exercício de outros poderes de grande magnitude social, entre os quais o poder federativo, consistente na solução de

²⁵ De acordo com Norberto Bobbio: “*Com relação às teorias sobre o fundamento histórico do poder, é certo que Robert Filmer, autor de uma famosa obra política intitulada O Patriarca (1680), utilizou a narração histórica da Bíblia para sustentar a legitimidade do poder dos reis absolutos*” (*Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. de Alfredo Fait. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 19).

²⁶ Nas suas palavras: “*todos os homens estão naturalmente naquele estado e nele permanecem até que, pelo consentimento próprio, se tornam membros de alguma sociedade política*” (LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo, Martin Claret, 2006, p. 30).

²⁷ LOCKE, John (Op. cit., p. 23).

²⁸ A oposição de Locke ao regime absolutista fica evidente quando ele trata da sociedade política (ou civil), no capítulo VII do seu *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, ao registrar as seguintes palavras: “*Torna-se pois evidente, pelo exposto acima, que a monarquia absoluta, que alguns consideram o único governo do mundo, é, na realidade, incompatível com a sociedade civil, não podendo ser considerada uma forma de governo civil, uma vez que o objetivo da sociedade civil consiste em evitar e contornar os inconvenientes do estado de natureza, frutos inevitáveis do fato de poder cada um ser juiz e executor em causa própria, estabelecendo-se para tal uma autoridade reconhecida para a qual todos os membros dessa sociedade podem apelar por qualquer dano sofrido ou controvérsia que possa surgir, e à qual todos os membros têm de se submeter. Onde quer que as pessoas não disponham de semelhante autoridade a que recorrerem para arbitrar nas disputas entre elas, estarão elas no estado de natureza; e é essa a condição em que se encontra qualquer príncipe absoluto em relação aos que estão sob seu domínio*” (Op. cit., p. 71).

questões de natureza externa, como estabelecimento de tratados e alianças, declaração de guerra e celebração da paz, que surgem entre comunidades distintas²⁹.

Além disso, Locke atribuía ao rei outro feixe de poder, intitulado prerrogativa, capaz de aglutinar todas as decisões para as quais a lei não previa solução³⁰. Portanto, todas as omissões legislativas deveriam ser dirimidas pelo monarca e o único freio no exercício desse poder seria o interesse público³¹. Outrossim, o pensador inglês entendia

²⁹ Sobre o poder federativo Locke transcreve: “*Aí está, pois, a base do poder de guerra e de paz, de fazer ou desfazer ligas e alianças, e todas as transações com as pessoas e comunidades estranhas à sociedade; podemos chamar a isso de poder ‘federativo’, se quiserem. Se a idéia ficou clara, porém, o nome é indiferente. Este dois poderes, executivo e federativo, embora realmente distintos em si, cabendo a um a execução das leis da sociedade dentro dos seus limites com relação a todos que a ela pertencem, e ao outro a gestão da segurança e do interesse da comunidade fora dela, assim como gerir os benefícios ou danos por ela causados, estão quase sempre reunidos. E embora o poder federativo, seja boa ou má a gestão da sociedade, seja de grande importância para o bem comum, é muito menos suscetível de se orientar por leis positivas preestabelecidas do que o executivo, e por isso mesmo é de bom alvitre que se deixe à prudência e sabedoria daqueles que o detém para gerir a favor do bem público; por outro lado, as leis que dizem respeito aos cidadãos, uns em relação aos outros, que devem dirigir-lhes as ações, bem como os diversos intuítos e interesses, devem deixar-se em grande parte à prudência daqueles a quem tal poder foi entregue, para que o administrem para proveito do bem geral. Embora, como vimos, os poderes executivo e federativo de uma comunidade sejam de fato distintos entre si, seria de pouco proveito separá-los e colocá-los em mãos de pessoas distintas. Ambos exigem a força da sociedade para seu exercício, e é quase impraticável colocar-se a força do Estado em mãos distintas e não subordinadas, ou seja, os poderes executivo e federativo em pessoas que poderiam divergir, levando com isso a força da sociedade a ficar sob comandos diferentes, o que, em muitos casos, poderia ocasionar desordens e desastres*” (Op. cit., p. 107-108).

³⁰ Para tanto, Locke afirmava que: “*Quando os poderes executivo e legislativo não estão nas mesmas mãos – como é o caso das monarquias moderadas ou governos bem constituídos -, o bem da sociedade requer que várias questões sejam encargo da discricção do poder executivo. Nem sempre os legisladores podem prever, e prover por meio de leis, tudo aquilo que é útil à comunidade, portanto o executivo, tendo o poder nas mãos, pela lei comum da natureza, tem o direito de lançar mão dele para o bem da sociedade nos muitos casos em que falte a direção da lei, até que o legislativo, em reunião apropriada, sane a falha. Sempre há muitos assuntos que a lei não cobre; e estes devem logicamente ser confiados à discricção do poder executivo, para que os regule visando o bem público e vantagem de todos. (...) Chama-se “prerrogativa” a este poder de agir pela discricção a favor do bem público, sem a prescrição da lei e, com freqüência, até contra ela*”. (Op. cit., p. 116-117).

³¹ “*Além do executivo e do federativo, a embrionária e algo hesitante separação de poderes postulada por Locke conferia ao monarca uma terceira esfera de poder – a prerrogativa, a que o pensador dedica o Capítulo XIV do seu Treatise of Civil Government. Locke legitima a prerrogativa em nome do bem comum. Diz que ‘muitas coisas há para as quais a lei não provê meios e que necessariamente devem ficar a cargo daquele que detém em suas mãos o poder executivo, para serem por ele ordenadas, na medida em que a conveniência e o bem público o determinarem’. O interesse público representa, assim, a medida da prerrogativa, segundo Locke. Numa sociedade mais simples, as leis são menos numerosas e a ação dos príncipes ou governantes, para preencher os espaços omissos nas prescrições legais, necessariamente mais extensa e vigorosa. Mas essa ação não se confunde nunca com o arbítrio, peculiar ao absolutismo. Onde a vontade do príncipe importa uma transgressão ao bem público, perde ela a sua legitimação e seus atos já não se enquadram nessa esfera de poder que Locke denomina a prerrogativa. (...) A prerrogativa compõem-se, por conseguinte, de todos os poderes remanescentes ou eventuais que o príncipe possa exercer- e pouco importa que sejam eles grandes ou pequenos, na dependência, naturalmente, de lacunas vinculadas ao volume da legislação existente, maior ou menor conforme a complexidade do grupo social -, desde que os empregue em consonância com o interesse público. Pois a prerrogativa, para Locke, ‘nada mais é que o poder de fazer o bem público, na ausência da lei’*”. (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 48-49).

que o poder legislativo era superior aos demais sendo considerado o poder supremo da comunidade. Na sua ótica: “*O poder legislativo não é, pois, somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e intocável nas mãos a que a comunidade o confiou*”³².

Deve-se registrar, ainda, que, na visão de John Locke, até mesmo o poder legislativo estaria subordinado ao poder do povo. No seu entender, a comunidade sempre “*conserva o poder supremo de se salvaguardar contra os maus propósitos e atentados de quem quer que seja, até dos legisladores, quando se mostrarem levianos ou maldosos para tramar contra a liberdade e propriedades dos cidadãos*”³³.

Assim sendo, o modelo de separação dos poderes apresentado por Locke não era capaz de promover uma divisão equânime, naufragando na tentativa de apresentar um método eficaz de limitação do poder pelo próprio poder. “*Em Locke, o poder se limitava pelo consentimento, pelo direito natural, pela virtude dos governantes, de maneira mais ou menos utópica*”³⁴.

Apenas na teoria dos direitos e liberdades individuais como direitos oponíveis à sociedade política é que Locke vai apresentar um ponto convincente de teorização da contenção do poder do Estado.

Já na doutrina apresentada por Montesquieu a divisão de poderes é estabelecida de forma límpida, apresentando um arquétipo dotado de uma distribuição do poder estatal entre titulares distintos. Charles de Secondat, barão de Montesquieu, viveu de 1678 a 1755 e é considerado, além de um clássico do liberalismo, um grande historiador.

Foi um seguidor dos ideais de Locke, mas acabou indo muito além deste, formando uma teoria mais segura e eficaz no trabalho de constrição do poder estatal, que ficou conhecida como teoria da separação orgânica dos poderes.

³² LOCKE, John. Op. cit., p. 98.

³³ *Idem*, p. 109.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 47.

Na sua obra mais consagrada, “*Espírito das Leis*”, escreveu de maneira clara sobre a ciência política como ciência baseada, fundamentalmente, em leis que derivam das relações necessárias, que originam da própria natureza das coisas. Classifica as formas de governo em despóticos, monárquicos e republicanos, subdividindo a república em aristocrática e democrática.

O ponto mais significativo da obra é aquele onde Montesquieu busca demonstrar que a liberdade só pode existir dentro de um regime de divisão e separação dos poderes. Conforme seus ensinamentos, três são as ordens de poder: o Legislativo, que elabora as leis; o Executivo, que aplica as leis na ordem geral, e o Judiciário, que aplica as leis nas situações particulares.

Cada poder deve ser independente e, para tanto, desfruta de prerrogativas próprias e de funções específicas, que não se confundem com as dos demais poderes. Para ele, num sistema onde cada poder limita os outros, assegurada está a liberdade³⁵.

Assim, inspirado pelo pensamento racionalista político, Montesquieu estruturou sua doutrina de separação do poder. O racionalismo político, influenciado pelo desenvolvimento alcançado pelas ciências exatas, procurou trazer para a senda político-

³⁵ “A liberdade política, num cidadão, é essa tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua própria segurança; e, para que se possua essa liberdade, é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer a outro. Quando numa só pessoa, ou num mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo se acha reunido ao poder executivo, não poderá existir a liberdade, porque se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado, criem leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Não existirá também liberdade, quando o poder de julgar não se achar separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, porque o juiz seria o legislador. E se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo então pereceria, se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes e as questões dos particulares” (MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad. direta do original de Gabriela de Andrada Dias Barbosa, São Paulo, Edições e Publicações Brasil Editora, 1960, p. 180, 1v.). Comentando sobre esse ponto da obra de Montesquieu, Luiz Marcello Moreira de Azevedo, corrobora essa perspectiva ao dizer que: “Feita esta discriminação de pôderes, Montesquieu vai entrar no corpo de sua doutrina. Antes, porém, assenta uma noção imprescindível para a compreensão do assunto; a noção de liberdade política”. (...) “À luz dêsse conceito passa, em seguida, a examinar o problema do exercício dos pôderes antes anunciados. Sustenta, então, que êsses não podem ser exercidos, acumuladamente por um mesmo órgão. Assim a acumulação do executivo e legislativo implica em uma verdadeira negação da liberdade. E por quê? Porque o cidadão perderá o sentimento de segurança essencial para a liberdade – porque já não terá mais aquela ‘tranquilité d’esprit’ – que se caracteriza por uma ausência de temor: a acumulação dos pôderes faz com que o cidadão possa temer que sejam ‘feitas leis tirânicas para serem executadas tiranicamente’”. (...) “O mesmo acontece quando não existe separação entre o poder de julgar e o executivo ou legislativo. Se estiver unido ao legislativo teremos o arbítrio, se ao executivo a opressão”. (...) “Finalmente, se um mesmo órgão encarnar os três poderes juntos, será na expressão pitoresca de Bigne de Villaneuve, ‘a abominação na desolação’” (Op. cit. p., 46).

social as leis que disciplinavam os fenômenos do mundo físico-natural, estruturando o Estado sob uma organização racional.

De acordo com essa organização racional, os atos e órgãos do Estado devem ser estruturados de tal forma que tenham uma posição bem definida e executem as suas respectivas funções dentro de um rígido campo previamente delimitado. Montesquieu, ao defender uma organização racional do Estado por uma “*disposição das coisas*”, encontrava-se dentro dos ideais racionalistas.

Como uma máquina formada por peças e engrenagens distintas, que funcionam em perfeita harmonia para que o todo (a máquina) possa executar suas tarefas, o Estado possui órgãos distintos que exercem funções diferenciadas e que precisam trabalhar em perfeita sintonia para que os abusos e desvios sejam tolhidos.

Em Montesquieu, o poder é limitado de maneira menos pueril do que em Locke, sobretudo pela técnica de sua organização. Para Montesquieu “*todo poder tende a corromper-se e todos os que o possuem tendem a ser levados, mais cedo ou mais tarde, a abusar de seu emprego*”³⁶.

As inovações trazidas por Montesquieu repercutiram imediatamente no mundo político de então, e sua doutrina foi prontamente acolhida pelos teóricos do Estado liberal, recebendo sua consagração em 1789 na Assembléia Constituinte da França, ao ser insculpida no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “*Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição*”.

A doutrina de Jean-Jacques Rousseau, marcada principalmente pelo “*Contrato Social*”, parte da idéia de que, no estado da natureza, cada indivíduo exerce sobre si próprio o poder soberano. Entretanto, a partir do momento em que o homem resolve se organizar em sociedade, essa soberania é transferida por ele ao Estado, que, portanto, torna-se o detentor do poder e passa a ser a expressão da vontade geral.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 47.

Assim, percebe-se que, como nas teorias de Hobbes e Locke, em Rousseau – e, como se verá adiante, também, em Kant - o ponto central da formação do Estado gravita em torno da passagem do estado da natureza para o estado civil. Entretanto, apesar da premissa ser a mesma, os fundamentos e resultados alcançados não são os mesmos em nenhuma dessas doutrinas. Traçando essas distinções Norberto Bobbio traz à baila a seguinte explicação:

“As doutrinas do jusnaturalismo podem ser divididas em duas grandes categorias: 1) as que, na passagem do estado de natureza para o estado civil, consideram extintos os direitos naturais, ou pelo menos transformados, e segundo as quais então o estado civil se sobrepõe completamente ao estado natural, até suprimi-lo (Hobbes, Rousseau); 2) as que, na mesma passagem, consideram conservado o que existe de melhor no estado de natureza, e apresentam o estado civil não como uma substituição do estado de natureza, mas como a sua mais plena e eficaz conservação. Tanto Locke quanto Kant pertencem a este segundo grupo”³⁷.

Apenas complementando, a despeito dos pensamentos de Hobbes e Rousseau situarem-se no mesmo grupo da classificação apontado por Norberto Bobbio, as implicações não são as mesmas.

Pois, apesar de Rousseau retornar à posição radical de Hobbes - na qual entre estado natural e estado civil não há meio-termo, devendo-se optar pelo segundo em detrimento do primeiro -, ao contrário deste, aquele nega a incompatibilidade do estado civil com a liberdade, e seu problema passa a ser a conciliação do Estado com a liberdade.

Pode-se afirmar, portanto, que apesar de Rousseau retornar à posição de Hobbes, ele o faz não dentro do espírito radical que fomentou os ideais deste, mas sim dentro de uma linha mais democrática. Se para Hobbes a questão é colocada de maneira alternativa, isto é, ou a liberdade ou o Estado, Rousseau busca responder com uma síntese: liberdade e Estado.

A mesma ressalva deve ser feita em relação a Locke e Kant, qual seja: a despeito de ambos pertencerem ao grupo dos que na passagem do estado de natureza para o estado civil procuram conservar o estado de natureza ao invés de eliminá-lo, isso

³⁷ Op. cit., p. 39.

não significa que não existam distinções no pensamento de ambos. Todavia, sobre isso se falará mais adiante quando da apresentação da ótica kantiana de Estado.

Debuxando novamente a teoria de Rousseau, cumpre ressaltar que este, no “*Contrato Social*”, traz os princípios gerais e universais do governo eficiente, apontando e discutindo os problemas que envolveriam sua aplicação a povos distintos em épocas e condições diferentes.

No seu entender, o Estado é estruturado para tutelar o interesse da maioria e, dessa forma, Rousseau defende a legitimidade de um governo onde o legislativo pertence à totalidade dos cidadãos e se consubstancia por intermédio da democracia direta. Para ele, o princípio primordial do Estado é a sua soberania, que possui como características a inalienabilidade, a imprescritibilidade, e a indivisibilidade³⁸.

Ao apreciar a forma democrática de governo, Rousseau apresenta todo o seu pessimismo para com esta, pois, segundo ele, jamais existiu e jamais existirá verdadeira democracia, porque é contra a ordem natural que um grande número exerça a governança e que um pequeno número seja governado.

Na sua concepção, a “*democracia seria a forma perfeita de governo se os próprios homens fossem perfeitos; contudo como não o são, ela é o governo mais difícil de ser estabelecido e mantido, além de ser a forma mais suscetível à guerra civil e às lutas internas*”³⁹. Entretanto, deve-se reconhecer que o princípio democrático foi estabelecido com fundamento na soberania popular e na manifestação desta.

³⁸ “*Afirmo então que a soberania sendo apenas o exercício da vontade geral, jamais pode ser alienada, e que o soberano, que é um ser coletivo, apenas pode representado por si mesmo: o poder pode ser transmitido, mas não a vontade. (...) A soberania é indivisível pela mesma razão pela qual é inalienável; pois a vontade é geral, ou não o é, a do corpo do povo, ou apenas de uma parte. No primeiro caso, esta vontade declarada é um ato de soberania e é lei; no segundo é uma vontade particular, ou um ato de magistratura, um decreto, no máximo*” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social. Discurso Sobre a Economia Política*. 7ª ed. Trad. Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo, Hemus Editora, 1994, p. 37-38).

³⁹ MACFARLANE, L.J. *Teoria Política Moderna*. Coleção Pensamento Político, n. 35. Trad. de Jório Dauster M. e Silva. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 228. Nas palavras de Rousseau: “*Acrecentemos que não há governo tão sujeito às guerras civis e às agitações intestinas como o democrático ou popular, porque não há outro que tenda a mudar de forma tão contínua e fortemente, nem que exija tanta vigilância e coragem para ser mantido na sua*”. (...) “*Se existisse um povo de deuses, ele se governaria democraticamente. Um governo tão perfeito não seria conveniente aos homens*” (Op. cit., p. 77-78).

Fazendo-se uma comparação entre as ideologias de Montesquieu e Rousseau, percebe-se que este, em seu “*Contrato Social*”, traz para o campo do pacto social o conceito de igualdade. Todavia, seu conceito de igualdade não contrasta com o princípio da soberania, diferentemente do que ocorre na obra de Montesquieu onde a liberdade é apresentada como uma negação da soberania estatal.

A contradição existente entre os pensamentos de Montesquieu, segundo Paulo Bonavides:

“(...) assenta no fato de Rousseau haver erigido como dogma a doutrina absoluta da soberania popular, com as características essenciais de inalienabilidade, imprescritibilidade e indivisibilidade, que se coaduna tão bem com o pensamento monista do poder, mas que colide com o pluralismo de Montesquieu e Constant, os quais abraçavam a tese de que os poderes deveriam ser divididos”⁴⁰.

Apesar dessa contradição existente entre as teorias de Rousseau e Montesquieu, o Estado liberal-democrático que decorre da teoria constitucional da Revolução burguesa, absorve as idéias de ambos os filósofos, tendo em vista que os revolucionários burgueses conseguiram acobertar essa assimetria decorrente dos dois princípios⁴¹. Posteriormente, constatou-se que liberalismo e democracia nem sempre caminham lado a lado, pois os valores liberdade e igualdade atingem sérios pontos de tensão⁴².

⁴⁰ Op. cit., p. 52.

⁴¹ “Mas a teoria constitucional da Revolução recolhe tanto as idéias de Rousseau como as de Montesquieu. E, por isso mesmo, o que recolhe é uma contradição. Com efeito, o filósofo do contrato social não teve a preocupação de conter a soberania mediante a dissociação do poder decompondo-o em esferas distintas e independentes. Transfere-o, intacto, do rei ao povo. Essa transferência não foi percebida por todos os intérpretes da doutrina política, alguns dos quais, com demasiada superficialidade, viram nesse deslocamento da autoridade mera translação do absolutismo do rei para o povo, conservando-se, assim, aberta a porta que conduzia aos regimes despóticos”. (...) “A contradição entre Rousseau e Montesquieu – contradição em que se esteia a doutrina liberal-democrática do primeiro estado jurídico – assenta no fato de Rousseau haver erigido como dogma a doutrina absoluta da soberania popular, com as características essenciais de inalienabilidade, imprescritibilidade e indivisibilidade, que se coaduna tão bem com o pensamento monista do poder, mas que colide com o pluralismo de Montesquieu e Constant, os quais abraçavam a tese de que os poderes deveriam ser divididos. A ideologia revolucionária da burguesia soube, porém, encobrir o aspecto contraditório dos dois princípios e, mediante sua vinculação, construiu a engenhosa teoria do Estado liberal-democrático”. (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pp. 51-52).

⁴² Antonio Carlos Wolkmer (*Ideologia, Estado e Direito*. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 123) valendo-se dos ensinamentos de Augusto Lanzoni (*Iniciação às ideologias políticas*, São Paulo, Ícone, 1986, p. 23-25) aponta essas diferenças: “Tecendo comentários sobre essa questão, Lanzoni aclara determinadas distinções essenciais, a começar pelo sufrágio, onde ‘no Liberalismo é preciso possuir renda para ser votado ou ser eleitor, na democracia o voto é universal’” (...). “Outra diferença é que, enquanto o liberalismo é a expressão do individualismo, a democracia preocupa-se mais com a sociedade como um todo, isto é, preocupa-se com o interesse da coletividade e não da individualidade”

Immanuel Kant ao justificar a necessidade de existência e formação do Estado, parte, também, das explicações concernentes à passagem do estado de natureza para o estado civil.

Convergindo com o pensamento de Locke – ao menos nesse aspecto - defende que mesmo com a implementação do estado civil, o estado de natureza deve ser conservado, o que o mantém substancialmente na linha do pensamento liberal que compõe a concepção política do movimento iluminista, da qual foi um dos mais coerentes teóricos.

De acordo com Kant, o direito civil não surge para eliminar o direito natural e sim para viabilizar seu exercício por meio da coação. Não há uma relação antitética entre o direito estatal e o direito natural, o que há é uma relação de integração entre ambos. *“O Estado natural não é um estado fora do Direito, na concepção contratualista de Kant”*.⁴³

(...). *“Para o liberalismo, o Estado deve estar a ‘serviço do indivíduo’ e garantir a ‘soberania popular’ e ‘proteger os interesses da coletividade’”* (...). *“Se o Liberalismo constitui-se na ideologia da classe burguesa (alta e média burguesia), a democracia vai se constituir na ideologia da preferência da pequena burguesia e principalmente da ‘classe média’ nascente no século XIX”*. (...) *“A existência das instituições parlamentares a Constituição e o processo eleitoral, são instrumentos liberais, mas a democracia ampliou e aperfeiçoou-os”*.

Ainda sobre liberalismo e democracia, importante observar que nem todos os autores enxergam a existência de uma incompatibilidade entre as duas concepções. Nesse diapasão, Norberto Bobbio, adotando a posição de que o conceito de democracia deve cingir-se apenas sobre um aspecto formal, afirma: *“Já a democracia moderna não só não é incompatível com o liberalismo como pode dele ser considerada, sob muitos aspectos e ao menos até um certo ponto, um natural prosseguimento. Com uma condição: que se tome o termo ‘democracia’ em seu significado mais procedimental do que substancial. (...) costuma-se distinguir a democracia formal da substancial, ou, através de uma outra conhecida formulação, a democracia como governo do povo da democracia como governo para o povo. (...) Dos dois significados, é o primeiro que está historicamente ligado à formação do Estado liberal. No caso de se assumir o segundo, o problema das relações entre liberalismo e democracia torna-se muito complexo, tendo já dado lugar, e há motivos para crer que continuará a dar lugar, a debates inconclusivos. De fato, nesse modo o problema das relações entre liberalismo e democracia se resolve no difícil problema das relações entre liberdade e igualdade, um problema que pressupõe uma resposta unívoca a essas duas perguntas: “Qual liberdade? Qual igualdade? (...) Com respeito, portanto, aos vários significados possíveis de igualdade, liberalismo e democracia estão destinados a não se encontrar, o que explica, entre outras coisas, a contraposição histórica entre eles durante uma longa fase. Em que sentido, então, a democracia pode ser considerada como o prosseguimento e o aperfeiçoamento do Estado liberal, ao ponto mesmo de justificar o uso da expressão ‘liberal-democracia’ para designar um certo número de regimes atuais? Não só o liberalismo é compatível com a democracia, mas a democracia pode ser considerada como o natural desenvolvimento do Estado liberal apenas se tomada não pelo lado de seu ideal igualitário, mas pelo lado da sua fórmula política, que é como se viu, a soberania popular”* (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo, Editora Brasiliense, 1998, p. 37-38-42).

⁴³ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 111.

Nessa passagem do estado de natureza para o estado civil, na versão kantiana o que muda é a forma e não a substância, isto é, o que muda é o modo de fazer valer a regra e não o seu conteúdo. Portanto, pode-se dizer que depois da formação do estado civil, o direito passa a ser público na sua forma, ainda que permaneça privado na substância, ou seja, quanto ao conteúdo continua sendo o direito natural.

Ao ser constituído, o Estado não muda os institutos de direito privado – tais como: propriedade, sucessão, contratos - que nasceram das relações estabelecidas no estado natural entre os indivíduos.

O papel do Estado é garantir o exercício desses direitos por meio da substituição da força coletiva e parcial – que decorre do estado de natureza – pela força individual e parcial. O direito positivo que decorre do Estado nada mais é do que o direito natural somado à coação estatal.

Segundo Kant, o estado de natureza é provisório e, assim, deve necessariamente cessar, isto é, a passagem deste para o estado civil é um dever para o homem. Essa obrigatoriedade decorre de uma exigência moral e não de uma necessidade meramente natural.

“Kant chama este dever de constituir o estado de postulado de direito público”⁴⁴. No ponto em que ele apresenta o conteúdo deste postulado de direito público é possível detectar uma distinção entre a filosofia kantiana e a dos demais filósofos que marcaram o movimento liberal. Destacando essa diferença, Norberto Bobbio diz:

“Vimos que Kant segue Locke no que diz respeito à solução do problema da relação entre direito natural e direito positivo. Mas de Locke o distingue o fato de que, para este último, a passagem do estado de natureza para o estado civil acontece por motivos de utilidade, e portanto segundo um cálculo interessado (o estado de natureza sendo considerado de fato como um estado incômodo e prejudicial), enquanto que, para Kant esta mesma passagem deve ser realizada para obedecer a uma lei moral. Os outros jusnaturalistas evidenciam especialmente as desvantagens do estado de natureza. Kant pelo contrário o considera essencialmente como um estado injusto”⁴⁵.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 121.

⁴⁵ Op. cit., p. 122.

Para se compreender a doutrina política de Kant é necessário antes de tudo entender a noção de liberdade trazida por ele. “A liberdade para Kant é apenas uma idéia, apanágio de todos os seres racionais, autonomia da vontade”⁴⁶. O dever de constituir o estado civil, para Kant, é um dever moral que decorre de um imperativo categórico.

O ingresso no estado civil é uma necessidade para que a liberdade pertencente a cada indivíduo possa conviver com a liberdade dos demais, alcançando-se através desse dever moral um estado de justiça capaz de suprimir o estado de natureza que é voltado à injustiça e à imoralidade. “A passagem do *status naturalis* ao *status civilis* é o momento racionalmente decisivo para a implantação da liberdade na ordem de coexistência dos indivíduos”⁴⁷.

Na teoria kantiana essa passagem do estado de natureza para o estado civil também é feita por intermédio de um contrato social, denominado por Kant “*contrato originário*”.

Porém, a diferença entre a estrutura apresentada por este e a dos outros teóricos do contrato social reside no fato de que para os demais o contrato era, ou ao menos tendia a ser, um determinado fato histórico ocorrido num dado momento da evolução dos homens.

De outra feita, para o filósofo de Koenigsberg esse contrato “é uma idéia da razão, um princípio ideal que deve servir para a justificação racional do Estado”⁴⁸, e não uma ocorrência de um fato histórico⁴⁹.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 109. Prosseguindo nas palavras de Bonavides: “Em suma, toda ação que tem como pressuposto o Homem empírico, fenomênico, é, não obstante, ação livre, no momento em que se determina por uma vontade, um querer heterônomo, puramente racional, que não pertence ao Homem físico, o Homem individualidade, ser biológico, o Homem coisa entre coisas, mas a outro Homem, a saber, o Homem moral e inteligível, o Homem noumênico, o Homem pessoa, o Homem como ‘coisa em si’ (*Ding an sich*), ou seja, enfim, o homem na liberdade” (*Ibidem*).

⁴⁷ *Idem*, p. 111.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. Op. cit., 124. Assim também expõe Paulo Bonavides a respeito do pacto social na ótica de Kant: “Adere ao princípio de Rousseau acerca das origens do poder político, que é a teoria do pacto social. Mas em Kant o pacto deixa de ser *Faktum*, realidade histórica, como na antiga doutrina contratual do jusnaturalismo, que vem desde Althusius e a Idade Média, até sua formação revolucionária na doutrina de Rousseau, para se converter, por último, numa idéia de todo racional. Kant procede com o pacto da mesma maneira como procedera com o Direito e procederia depois com o Estado:

Sobre a concepção liberal de Estado trazida por Kant, vale esclarecer que pela clareza de seu conceito de liberdade como fim do Estado, ele se opõe ao pensamento predominante naquele momento histórico, que atribuía ao Estado – e, portanto, ao príncipe – a finalidade primordial de guiar os súditos para a felicidade. Em Kant, a felicidade é algo situado plenamente na esfera pessoal e é incomunicável.

A pretensão eudemonística, segundo a qual o Estado tem por fim trazer a felicidade aos seus súditos, incide no equívoco de que possa haver um critério geral capaz de definir o que vem a ser a felicidade humana.

E, o erro da doutrina do eudemonismo é combatido por Kant sob o argumento de que *“se a felicidade geral em algum caso pode ser atendida como objetivo do soberano, isso acontece exclusivamente para reforçar a constituição jurídica, ou seja, como fim para o alcance mais realizado do estado jurídico”*⁵⁰. Desse modo se a finalidade primária do Estado é a constituição jurídica, torna-se possível dizer que o estado de Kant é um estado de direito.

Portanto, a visão que Kant apresenta do Estado é uma visão jurídica, no sentido em que a atividade estatal possui característica jurídica, isto é, a atividade do Estado consiste na instituição e na manutenção de um ordenamento jurídico condicionante para a coexistência das liberdades públicas externas.

Finalizando a respeito da concepção estatal kantiana, conclui-se que para o teórico de Koenigsberg o Estado é um estado de direito, liberal e formal, pois para ele, neste último aspecto, não *“se deve ter em conta o conteúdo das normas jurídicas, mas o fato de que elas existem como conjunto de preceitos impostos de maneira coercitiva para possibilitar a coexistência dos cidadãos”*⁵¹.

racionaliza-o. Transfere-o da esfera sociológica para a esfera normativa. O pacto é uma idéia regulativa e não constitutiva, um *sollen* e não um *sein*” (Op. cit., p. 111).

⁴⁹ “Kant não acredita no mito do contrato social efetivamente estipulado entre os homens para dar origem ao Estado: o contrato originário é para ele pura e simplesmente um ideal do qual se deve tirar a justificação da passagem do estado de natureza para o estado civil” (Ibidem).

⁵⁰ Idem, p. 135.

⁵¹ Idem, p. 136.

Antes de encerrar esse esboço sobre a filosofia política do iluminismo e trabalhando sob um ponto de vista exclusivamente ligado ao Direito Penal, é importante mencionar que é também dentro desse mesmo cenário político idealista vivenciado ao longo do século XVIII, que surge a obra “*Dos Delitos e das Penas*”, de Cesare Bonesana - o “*Marquês de Beccaria*” - marco da ciência do Direito Penal ao consagrar o princípio da igualdade perante a lei e, lapidar, de maneira até então inédita, o ideal de proporcionalidade na resposta penal.

Cesare Bonesana pode ser considerado o primeiro abolicionista da pena capital, por considerá-la cruel e ineficaz à prevenção geral. Sustentou o abrandamento da pena, pois a sua medida deveria seguir o critério da necessidade para a proteção da sociedade atingida pelo crime, dentro do escopo de prevenção geral.

A pena não poderia impor sofrimento cruel ao infrator, desproporcional ao delito cometido, que ultrapassasse o grau de necessidade de prevenção geral⁵². Essa concepção de retribuição proporcional constituiu um dos alicerces do Direito Penal contemporâneo.

Sua obra, baseada no contrato social de Rousseau, sustentava também o princípio da legalidade e a exclusividade de o legislador fixar as penas para os crimes. “*A primeira consequência destes princípios é que só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social*”⁵³.

O trabalho de Cesare Bonesana foi difundido pelo mundo todo e sua teoria da proporcionalidade é considerada uma das mais relevantes conquistas do moderno Direito Penal.

A afirmação, o declínio e as principais características do Estado Liberal de Direito serão apresentados de forma pormenorizada no item que se segue.

⁵² Reproduzindo seu pensamento: “*Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas*” (BONESANA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2ª ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. Textos Fundamentais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 37).

⁵³ *Idem*, p. 30.

1.4. Estado Liberal de Direito – afirmação, declínio e características principais

Como pôde ser observado no tópico anterior, o Estado Liberal de Direito teve sua estrutura formada sob os auspícios dos ideais iluministas, no século XVIII, dentro de um movimento reacionário ao absolutismo monárquico.

A burguesia já detentora de considerável poderio econômico, pretendendo tomar a frente também do poder político, liderou um movimento de contenção do poder absoluto do monarca numa aliança com a camada social mais oprimida.

Portanto, a Revolução Francesa refletiu a conquista de uma determinada classe e de uma nova ordem social. Dessa forma, aparentemente, o Liberalismo abarcava os interesses individuais da burguesia, bem como de seus aliados menos favorecidos economicamente.

O objetivo fundamental do Estado Liberal de Direito foi assegurar o princípio da legalidade, submetendo toda atividade estatal ao império da lei, e estabelecer mecanismos de contenção do poder do monarca.

Nessa esteira, as teorias doutrinárias, anteriormente analisadas, de Montesquieu, Locke, Rousseau, entre outros, buscaram construir um sistema de exercício do poder político que fosse capaz de conter as prerrogativas ilimitadas que se encontravam enfeixadas na figura do rei.

Porém, após a exitosa conquista do poder por intermédio de tais movimentos revolucionários, não tardou para que a burguesia, ao assumir o controle político, se esquivasse dos anseios da camada social menos favorecida e passasse a perseguir somente os interesses que mais lhe convinham, agindo contrariamente à distribuição equânime de riqueza e extirpando o povo da participação no governo⁵⁴.

⁵⁴ Corroborando Antonio Carlos Wolkmer expõe: “*Acontece que, no início, o Liberalismo assumiu uma forma revolucionária marcada pela ‘liberdade, igualdade e fraternidade’, em que favorecia tanto os interesses individuais da burguesia enriquecida quanto os de seus aliados economicamente menos favorecidos. Mais tarde, contudo, quando o capitalismo começa a passar à fase industrial, a burguesia (a elite burguesa), assumindo o poder político e consolidando seu controle econômico, começa “a aplicar*

Podem ser identificados três núcleos caracterizadores do Liberalismo: moral, econômico e político. O núcleo moral reflete uma afirmação de valores e direitos básicos atribuíveis à natureza moral e racional do ser humano, sedimentada nos princípios da liberdade pessoal, do individualismo, da tolerância, da dignidade e da crença na vida⁵⁵.

O núcleo econômico, por sua vez, está ligado aos direitos econômicos, à propriedade privada, ao sistema da livre empresa e à economia de mercado livre do controle do Estado⁵⁶.

Por fim, o núcleo político do Liberalismo diz respeito essencialmente aos direitos políticos, ou seja, direito ao voto, direito de participar da escolha do tipo de governo e da política a ser seguida.

Como princípios dessa faceta política do Liberalismo encontram-se o consentimento individual, a representação e o governo representativo, o constitucionalismo político – que possui como traços característicos o Estado de Direito, o império da lei, a supremacia constitucional e os direitos e garantias individuais –, a teoria da tripartição dos Poderes e a soberania popular⁵⁷.

O Estado Liberal burguês ficou marcado por uma concepção absolutamente neutra, abstencionista e individualista, que proclamava uma igualdade apenas formal, mantendo-se em um estado de neutralidade na realização dos fins sociais.

As principais características do Estado Liberal podem ser assim resumidas: a) abandono das concepções transpessoais que concebiam o Estado como instituição

na prática somente os aspectos da teoria liberal” que mais lhe interessam, denegando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do acesso ao governo” (Op. cit., 121).

⁵⁵ Podem ser apontados como os mais importantes teóricos do Liberalismo filosófico Jean-Jacques Rousseau (*Emile*), Jeremy Bentham (*Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*) e John Stuart Mill (*Da liberdade*).

⁵⁶ Entre os ideólogos do Liberalismo econômico destacam-se Adam Smith (*A riqueza das Nações*) e David Ricardo (*Princípios de economia política e da tributação*).

⁵⁷ Os principais nomes do Liberalismo político foram John Locke (*O segundo tratado do governo civil*), Montesquieu (*O Espírito das Leis*), Jean-Jacques Rousseau (*O contrato social*) e John Stuart Mill (*Sobre o governo representativo*).

divina e adoção de uma compreensão jusracionalística; b) o Estado passa a ter sua atividade limitada em função da garantia da liberdade, segurança e propriedade individuais; c) organização estatal e regulamentação de sua atividade de acordo com princípios racionais que buscam construir uma ordem estatal justa, com o reconhecimento dos direitos individuais e de garantias como independência dos juízes e direito adquirido, possibilidade de responsabilização do governo, prevalência da representação política e garantia de participação desta no poder; d) divisão de poderes, que separa independente e harmonicamente o Legislativo, o Executivo e o Judiciário; e) adoção do princípio da legalidade e do conceito de lei como núcleo de concretização constitucional do Estado de Direito; f) essa legalidade também vincula juridicamente a Administração.

Pautado nessas premissas diretivas surge com o Estado Liberal/formal burguês uma concepção liberal de cidadania circunscrita à proteção dos direitos individuais, sem qualquer intervenção do poder estatal na vida privada, ou seja, um conceito de cidadania de caráter, eminentemente, individualista.

Assim, verifica-se que o Estado Liberal de Direito era caracterizado por um modelo político não intervencionista, limitador (limitado por vedações em prol das garantias individuais) e garantidor apenas formalmente das liberdades individuais, precipuamente aquelas de caráter patrimonial⁵⁸.

Como já exposto, o modelo liberal de Estado proclamou a existência dos Direitos Humanos de 1ª geração (dimensão). Entretanto, tais direitos acabaram, por sua própria essência, beneficiando àqueles que possuíam melhores condições econômico-financeiras e, portanto, o número de pessoas beneficiadas acabou sendo muito pequeno.

O absentéismo estatal provocou enormes injustiças que foram preponderantes para o fracasso dessa concepção de Estado, pois, ao permanecer absolutamente no

⁵⁸ Segundo Augusto Lanzoni, o liberalismo apresenta: “(...) situações ambíguas, em quase todos os seus aspectos. Se ele prega a liberdade, como bem supremo do homem, de um lado, de outro ele limita a ação daqueles que não possuem dinheiro. Se ele se apresentou como revolucionário e progressista, em relação ao Antigo Regime, ele é, no entanto, conservador em relação às reivindicações populares. Portanto, ele é revolucionário e ao mesmo tempo conservador. Se no início do século XIX ele luta contra a monarquia absoluta e no século XX contra as ditaduras e regimes totalitários, de um lado, de outro ele vai lutar contra as autoridades populares e sobretudo contra a democracia e contra o socialismo” (*Iniciação às Ideologias Políticas*. São Paulo, Ícone, 1986, p. 20).

campo periférico das relações privadas deixando os indivíduos livres de qualquer intervenção econômica ou social, aqueles que detinham maior concentração de riqueza e capital prevaleciam e impunham seus próprios interesses.

A liberdade total era apenas uma falsa liberdade que ficava no campo formal - perante a lei - e favorecia os mais abastados. Essa concepção ilusória de liberdade acabava cedendo por uma questão natural, pois, passava por uma idéia utópica de que todos os sujeitos são livres e têm igualdade de condições. Como garantir a liberdade a todos se a riqueza concentrava-se nas mãos de poucos indivíduos e muitos ficavam reféns dos que a possuíam?

A liberdade acabava sendo mensurada pela maior ou menor capacidade patrimonial, deixando a maioria da população submetida aos anseios daqueles que tinham maior poder aquisitivo, situação que promoveu uma grande exclusão social dos economicamente fragilizados.

Com o passar do tempo, os que permaneceram vivendo à margem da sociedade se multiplicaram e, não tardou, para que investissem contra a nova organização política do Estado Liberal.

1.5. Estado Social de Direito

Como assinalado antes, a estrutura erigida pelo Estado Liberal da burguesia acabou por favorecer apenas aqueles indivíduos que possuíam maior capacidade econômico-financeira, demonstrando que a concepção de estado mínimo forjou um conceito de liberdade que serviu somente aos interesses da classe burguesa⁵⁹.

Em função dessa opressão provocada pelo Liberalismo à classe operária composta pelos economicamente menos favorecidos, nasceu o modelo de Estado Social de Direito.

⁵⁹ Comentando sobre o pensamento do sociólogo alemão Alfred Vierkandt, Paulo Bonavides expõe o que significava essa “liberdade” alicerçada pelo liberalismo: “Aquele liberdade conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio. Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar”. (Op. cit. p. 59).

Com a ascensão da burguesia, que passou a controlar o poder político-econômico, eclodiu a Revolução Industrial, surgindo as fábricas, que passaram a explorar o trabalho dos operários de forma desumana.

O processo de Revolução Industrial acabou promovendo enormes conglomerados populacionais que serviram de mão de obra utilizada no movimento de expansão das indústrias.

Nesse ambiente de constante conflito entre liberdade do liberalismo e escravidão social dos economicamente mais frágeis, surgiu o Estado Social de Direito, guindado por movimentos revolucionários de ideal marxista⁶⁰.

Portanto, em meados do século XIX com a transformação da economia e da estrutura social promovida pelo desenvolvimento industrial, as ideologias políticas sofreram enorme impacto com o surgimento dos grupos socialistas.

Entre as principais vertentes do socialismo, pode-se destacar: o socialismo utópico de Saint-Simon, Robert Owen, Charles Fourier e Pierre-Joseph Proudhon; o socialismo estatal de Louis Blanc e Ferdinand Lassalle⁶¹; o socialismo cristão de Leão XIII; e o socialismo científico de Karl Marx e Friedrich Engels.

⁶⁰ Dentro dessa diretriz, André Copetti afirma: “Instigados faticamente pela contradição entre a liberdade do liberalismo e a escravidão social em que viviam, e teoricamente nas doutrinas socialistas utópica e científica, de Saint Simon e Marx, a massa proletária ao arrebatado o sufrágio universal, não se contentando apenas com a concessão formal desse direito, mas utilizando-o em seu próprio benefício, deu início ao processo de instituição do Estado Social”. (COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 54).

⁶¹ O socialista Ferdinand Lassalle foi membro e primeiro presidente da União Geral Operária Alemã, fundada em 1863 e considerava-se um seguidor de Marx, embora, para Engels a postura efetiva de Lassalle ficasse um pouco aquém disso. Em nota inserida por Engels no prefácio à edição inglesa de 1888 do *Manifesto do Partido Comunista*, constata-se essa ponderação por ele feita: “Lassalle pessoalmente, diante de nós, também se considerava um discípulo de Marx que, como tal, estava no terreno do Manifesto. Mas, em sua agitação pública de 1862-1864, não foi além da reivindicação de oficinas cooperativas sustentadas pelo crédito estatal”. Posteriormente, no prefácio à edição alemã de 1890, Engels volta a colocar nota nesse mesmo sentido: “Lassalle, pessoalmente, declarava-se sempre, diante de nós, ‘discípulo’ de Marx e, como tal, colocava-se evidentemente no terreno do Manifesto. Já o mesmo não acontece com aqueles dos seus partidários que não foram além de seu programa de associações de produção com crédito do Estado e que dividiram toda a classe operária em operários que contam com auxílios do Estado e operários que só contam com a própria ajuda”. (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo, Martin Claret, 2006, p. 31 e 36).

O socialismo atribuía importância maior à intervenção estatal e à nacionalização dos meios de produção, para alcançar seu intento de conceder a cada indivíduo um mínimo de condições de vida, em conformidade com as exigências da civilização moderna.

Há um ponto de convergência nas diversas concepções de socialismo que é a condenação do monopólio individual e a preponderância da concepção social de vida sobre a individual, o que provoca uma série de limitações à propriedade privada e ao acúmulo de riquezas individuais⁶².

Para tanto, almeja a transformação radical do regime social, acabando com a diversidade de classes e convertendo a propriedade privada em propriedade coletiva dos meios de produção, pretendendo fornecer melhores condições de vida para a grande massa de trabalhadores marginalizados pelas desigualdades e espoliações materiais promovidas pelo regime capitalista industrial.

De todas as ideologias socialistas, o marxismo foi a corrente que mais influenciou os movimentos operários, mormente no seu direcionamento político.

A raiz filosófica da teoria de Marx e Engels no “*Manifesto do Partido Comunista*” - documento onde foi proclamada integralmente a versão marxista de socialismo - vem de Hegel, nele a luta de classes é a base de sua ação política que culminará no governo do proletariado, fruto de uma estrutura materialista da história. “*A história de todas as sociedades que existiram até hoje é a história de luta de classes*”⁶³.

⁶² Na precisa lição de Norberto Bobbio: “*Por mais definições que se possam dar ao socialismo do século passado (e foram dadas centenas), há ao menos um critério distintivo constante e determinante para distinguir uma doutrina socialista de todas as outras: a crítica da propriedade privada como fonte principal da “desigualdade entre os homens” (para retomar o conhecido discurso de Rousseau) e a sua eliminação total ou parcial como projeto de sociedade futura. A maior parte dos escritores socialistas e dos movimentos que neles se inspiraram identificaram o liberalismo – com ou sem razão, mas no plano histórico certamente com razão – com a defesa da liberdade econômica e, portanto, com a defesa da propriedade individual como única garantia da liberdade econômica, entendida por sua vez como pressuposto necessário da real explicação de todas as outras liberdades*” (BOBBIO, Norberto. Op. cit., 80).

⁶³ Com essa frase impactante, inicia-se o *Manifesto do Partido Comunista*, documento elaborado por Karl Marx e Friedrich Engels (o texto foi assinado por ambos, porém, acredita-se que foi Marx quem apresentou a redação final, embora cada um tenha apresentado seus próprios esboços), e que fora encomendado e assumido pela Liga dos Comunistas – união operária internacional secreta - no seu

Em junho de 1883, logo após a morte de Marx, Engels registra que o núcleo do pensamento do “*Manifesto do Partido Comunista*” pertence exclusivamente a Marx:

“O pensamento dominante e essencial do Manifesto, isto é, que a produção econômica e a estrutura social que necessariamente decorre dela constituem em cada época histórica a base da história política e intelectual dessa época; que por conseguinte (desde a dissolução do regime primitivo da propriedade comum da terra), toda história tem sido uma história de luta de classes, de luta entre as classes exploradas e as classes exploradoras, entre as classes dominantes e as classes dominadas, nos diferentes estágios do desenvolvimento social; mas que, atualmente, esta luta atingiu um estado em que a classe explorada e oprimida (o proletariado) não pode mais libertar-se da classe que a explora e oprime (a burguesia), sem libertar, ao mesmo tempo e para sempre, da exploração, da opressão e das lutas de classes, toda a sociedade – este pensamento fundamental pertence única e exclusivamente a Marx”⁶⁴.

Portanto, Marx ao interpretar a história acentua o determinismo econômico, a categoria da luta de classe e a ditadura do proletariado.

Sua doutrina veio calcada dentro de uma concepção revolucionária de um processo dialético desencadeado por um materialismo histórico, por parâmetros de uma dada formação social (classe burguesa) e a dinâmica de um modo produtivo material e pela crítica dirigida à economia clássica do capitalismo liberal, traduzida na teoria da mais-valia.

segundo congresso realizado no final de 1847 em Londres e publicado em sua primeira edição em 1848. Cabe esclarecer que quando da elaboração do *Manifesto* seus autores optaram pela expressão “*comunista*” ao invés de “*socialista*”, pois, naquele momento o termo *socialista* era utilizado para designar dois gêneros de indivíduos que não estavam relacionados com o movimento proletariado. Veja-se: “*Entretanto, quando apareceu, não podíamos intitulá-lo um Manifesto Socialista. Em 1847, esta palavra servia para designar dois gêneros de indivíduos. De um lado, os partidários dos diferentes sistemas utópicos, especialmente os owenistas na Inglaterra e os fourieristas na França, ambos já reduzidos a simples seitas agonizantes. De outro lado, os numerosos curandeiros sociais que queriam, com suas panacéias variadas e com toda espécie de cataplasmas, suprimir as misérias sociais, sem tocar no capital e no lucro. Nos dois casos, eram tipos que viviam fora do movimento operário e cujo objetivo era antes procurar o apoio das classes ‘cultas’. Em contraposição, a parte dos operários que, convencida da insuficiência das subversões simplesmente políticas, queria uma transformação fundamental da sociedade, chamava-se então ‘comunista’. Era um comunismo apenas esboçado, todo instintivo, por vezes um tanto grosseiro; mas era bastante poderoso para produzir dois sistemas de comunismo utópico, na França, a Icária de Cabet, e na Alemanha o sistema de Weitling. O socialismo significava em 1847 um movimento burguês e o comunismo, um movimento operário. O socialismo era admitido nos salões da alta sociedade no Continente pelo menos; o comunismo era exatamente o contrário. E como achávamos já nesse momento, sem a menor dúvida, que ‘a emancipação dos operários deve ser obra da própria classe operária’, não podíamos hesitar um só instante sobre a denominação a escolher. Posteriormente, nunca pensamos em modificá-la*” (texto extraído do Prefácio à edição alemã de 1890 do *Manifesto Comunista*. MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 37).

⁶⁴ Engels reafirma isso no prefácio à edição inglesa de 1888 (Op. cit., p. 29 e 34).

Na ótica marxista, o Estado é visto como o grande opressor que simplesmente deixará de existir em função do triunfo definitivo do proletariado e do desaparecimento da luta de classes.

A obra de Marx e Engels foi impressa em janeiro de 1848, pouco antes da Revolução de Fevereiro de 1848 na França. Porém, a derrota da insurreição parisiense de junho do mesmo ano, considerada a primeira grande batalha travada entre proletariado e burguesia, deixou momentaneamente em segundo plano os anseios sociais e políticos da classe operária no continente europeu. Em função disso, o “*Manifesto do Partido Comunista*” perdeu força.

Mais tarde, a Comuna de Paris surge como segundo grande movimento do proletariado que tomou por base o impresso dos co-autores Marx e Engels. A Comuna de Paris possibilitou pela primeira vez a tomada do poder político pela classe operária. Porém, isso perdurou por apenas dois meses e a Comuna saiu derrotada, demonstrando que o movimento comunista precisava se reorganizar.

Essa necessidade de adaptação foi prontamente reconhecida pelos pensadores ao publicarem as primeiras críticas ao “*Manifesto Comunista*”, no prefácio à edição alemã de 1872, onde afirmaram que embora os princípios gerais traçados tenham conservado em conjunto a exatidão da obra, algumas partes precisavam ser ajustadas às novas realidades surgidas ao longo dos 25 anos que havia se passado (1848-1872).

As disputas envolvendo a classe operária e a classe burguesa, e as influências oriundas dos ensinamentos de Marx e Engels, foram fundamentais no processo de pavimentação dos Direitos Sociais, dando origem ao Direito do Trabalho e ao Direito Previdenciário.

A burguesia, em função da força do movimento da classe oprimida pelo capital, começou a abrir espaços para tutela de interesses dos trabalhadores. Temas como aposentadoria, educação e saúde, dentre outros, começaram a ganhar espaço nas discussões políticas.

Os embates entre proletariado e burguesia continuaram tomando conta do cenário político no início do século XX, momento em que surgem verdadeiras revoluções sociais conduzidas por trabalhadores e camponeses - os “*excluídos*” -. Nesse quadro encontram-se: a Revolução Mexicana, que redundou na Constituição de 1917, a Revolução Russa, da qual é fruto a Constituição de 1918 e a proclamação na Alemanha, em 1919, da Constituição de Weimar.

Esses movimentos revolucionários permitiram que o caminho iniciado no século XIX continuasse a ser trilhado, o que tornou possível a edificação definitiva do complexo de direitos que traduzem os Direitos Humanos de 2ª geração (dimensão), que são: os direitos sociais, os econômicos e os culturais⁶⁵.

Em última análise, tais direitos buscavam reduzir as desigualdades sociais. No Brasil, esses direitos foram formalmente previstos, pela primeira vez, na Constituição de 1934, que adotou o modelo de Estado Social de Direito em nosso país.

Dentro da escala evolutiva dos Direitos Humanos já se falou que os direitos de 1ª geração (dimensão) implicavam a idéia de Estado mínimo, isto é, o Estado era produtor das normas, mas deveria abster-se da vida social.

Já na ideologia das Revoluções Sociais o valor que preponderou foi a igualdade, mas não aquela igualdade meramente formal que fora proclamada pelo liberalismo, e sim uma igualdade do ponto de vista substancial.

Portanto, com a consagração dos Direitos de 2ª geração (dimensão), o Estado passou a ter um papel muito maior, e, exatamente por esse desenvolvimento começou a intervir nas relações sociais, nascendo outro ramo da ciência jurídica, o Direito Administrativo.

⁶⁵ “Veja-se que as primeiras Constituições escritas, em matéria de direitos subjetivos oponíveis ao Estado, somente continham **direitos individuais**. Ainda assim, elas declaravam tais direitos, **mas não os garantiam**. Passaram a garanti-los, com o tempo, mas não se dispunha a dar conta **dos direitos sociais** (invenção do constitucionalismo do México, da Rússia e da Alemanha, já nos anos de 1917, 1918 e 1919, respectivamente)” (BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006, p. 179).

Assim, com o surgimento do modelo social, o Estado tornou-se interventor, tendo como finalidade buscar o equilíbrio e a justiça social. Dessa forma, o Poder Público assumiu tarefas positivas, prestações de caráter público buscando atingir metas sociais concretas que permitissem reduzir a desigualdade social provocada pelo liberalismo.

O Estado saiu do campo da neutralidade e passou a atuar como Estado material de Direito, pretendendo alcançar uma justiça social⁶⁶.

Porém, posteriormente, percebeu-se que esse modelo estatal ainda era insuficiente para consecução dos fins democráticos e de justiça social⁶⁷. Ademais, a ideologia do Estado Social acabou sendo deturpada⁶⁸, ocasionando o “surgimento de

⁶⁶ “O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado Liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social, conforme nota Lucas Verdú, que acrescenta: ‘Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado Material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social’. Transforma-se em Estado Social de Direito, onde o ‘qualificativo social refere a correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social’. Caracteriza-se no propósito de compatibilizar, em um mesmo sistema, a nota Elías Díaz, dois elementos: o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do Welfare State”. (SILVA. José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (Estudos Sobre a Constituição)*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo, Malheiros Editores, 2007, p. 117-118).

⁶⁷ Analisando essa insuficiência sob o prisma da ética no Estado de Direito, José Afonso da Silva aponta o seguinte: “O utilitarismo individual elimina a distinção entre ética política e ética individual, porque os cálculos de sua racionalidade requerem uma ética política que possibilite apenas as condições reais de satisfação de interesses individuais. O princípio da legalidade no Estado Liberal de Direito está a serviço dessa ética do interesse individual, conforme formulação que encontra sua matriz primeira no jacobismo, que identificava a lei e uma moral a serviço da primeira. O Estado Social de Direito converteu essa ética do interesse individual na ética de interesse de grupos monopolistas das relações econômicas, na medida em que o grande capital encontrou nele condições favoráveis para organizar as grandes concentrações empresariais de domínio do mercado. Aqui, o utilitarismo corporativo substituiu o utilitarismo individualista ou com este se amalgama indiferenciadamente, sem que se tenha resolvido os problemas fundamentais da pessoa humana. Tanto é assim que o Welfare State não conseguiu cumprir seu destino de realizar a justiça social, sem o quê não há o respeito à dignidade da pessoa humana, não há o respeito à dignidade do outro. A dignidade da pessoa humana e o respeito, pois, à dignidade do outro estão na base da ética política, ética do político ou ética na política, que, no fundo, são expressões equivalentes” (Op. cit., p. 120).

⁶⁸ “Mas ainda é insuficiente a concepção do Estado Social de Direito, mesmo que, como Estado Material de Direito, revele um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana. Sua ambigüidade, porém, é manifesta. Primeiro porque a palavra “social” está sujeita a várias interpretações. Todas as ideologias, com sua própria visão do social e do Direito, podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill a Attlee, a França com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 1930 – bem observa Paulo Bonavides -, foram ‘Estados Sociais’, o que evidencia, conclui, ‘que o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo’. Em segundo

regimes ditatoriais, com supressão de liberdades, como se viu nos países do Leste europeu: Estados intervencionistas e controladores, cujo objetivo seria a realização de um ideal utópico de igualdade plena”⁶⁹.

1.6. Estado Democrático de Direito

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, surge uma terceira etapa no processo de evolução do Estado de Direito, na qual é construído o modelo de Estado Democrático. Não se trata apenas da junção dos dois modelos anteriores, mas sim de um terceiro modelo com fundamentos e objetivos próprios⁷⁰.

Interessante observar a concepção trazida por Gregorio Peces-Barba que ao analisar o modelo de Estado espanhol, o qual recebe o rótulo de “*Estado Social e Democrático de Direito*”, entende que o Estado Democrático de Direito é uma etapa que ainda está em execução, para aperfeiçoar o Estado Social. Nesse sentido sintetiza:

“Nesta perspectiva se situa a proposta realizada pelo grupo parlamentar socialista que se acolheu com matizes no texto definitivo ao se acrescentar o conceito «social» ao de Estado democrático de Direito, inicialmente oferecido. Numa primeira análise pareceu-me que a avaliação progressista de «Estado democrático» parecia obscurecida pelo qualificativo «social», mas hoje teria que enfatizar essa apreciação com pouco fundamento. Mesmo do ponto de vista em que se situa o Prof. Elías Díaz é perfeitamente compreensível a fórmula «Estado social e democrático de Direito», como expressão de uma evolução histórica desde o Estado liberal. Assim, o Estado democrático seria uma etapa ainda não concluída, em execução, para corrigir e aprofundar em sentido socialista ao Estado social. Precisamente essa realidade aberta, e ainda a ser construída em parte, seria o elemento utópico imprescindível para todo progresso”⁷¹.

lugar, o importante não é o social, qualificando o Estado, em lugar de qualificar o Direito”. (SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 118).

⁶⁹ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito: Uma Abordagem a Partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 45.

⁷⁰ “As considerações supra mostram que o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito, quer como Estado Social de Direito, nem sempre caracteriza Estado Democrático. Este se funda no princípio da soberania popular, que ‘impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento’. Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana. Nesse sentido, contrapõe-se ao Estado Liberal, pois, como lembra Paulo Bonavides, ‘a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que liberdade é formalmente esse direito’”. (SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 119).

⁷¹ *Los Valores Superiores*. Madrid, Tecnos, 1986, p. 61-62. Tradução livre do autor.

Retornando à questão do Estado Democrático de Direito – ou Estado Social e Democrático de Direito -, não existe um conceito uníssono de Democracia, porém, atualmente, há uma forte tendência em conceituá-la não apenas sob um aspecto formal⁷² – como o governo da maioria -, mas, também, dentro de uma acepção substancial, que quer significar redução nas desigualdades sociais e econômicas e, conseqüente proteção das minorias, capaz de promover um equilíbrio no desenvolvimento social e coletivo e efetivar uma justiça social⁷³.

José Afonso da Silva, explicando sobre o sentido de democracia no contexto de um Estado Democrático de Direito, adverte que:

“A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art.1º, § único);

⁷² Entretanto, há autores, como o italiano Norberto Bobbio, que limitam a definição de democracia ao seu aspecto meramente formal. A respeito dessa definição de Bobbio, vide nota de rodapé n. 42., p. 33.

⁷³ “*Democracia, pois, é o nome que assenta para o fenômeno da subida do povo ao podium das decisões coletivas de caráter imperativo, a simbolizar que ele mesmo é quem escreve a sua história de vida político-jurídica e assim toma as rédeas do seu próprio destino. Deixa de ser resignado objeto de formal produção normativa de minorias (retratadas, no curso da história humana, pela casta dos mais valentes, ou dos mais velhos, ou dos mais hábeis em curas médicas ou pregações religiosas, ou dos mais ‘cultos’, ou dos mais ‘nobres’, ou dos mais patrimonializados, mas sempre u’a minoria) para fazer prosperar o que se tornou símbolo de status civilizatório: o princípio majoritário, expresso na idéia de que a maioria do corpo eleitoral de um País é quem faz o Direito comum a todos, seja por forma direta ou participativa, seja por forma indireta ou representativa. Ora, quem tem a força de subir ao podium das decisões coletivas de caráter imperativo, a começar pela feita da própria Constituição, reserva para si o poder de selecionar eleitoralmente os governantes, e, com o tempo, nunca deixa de dividir com eles algumas funções de governo e ainda passa a controlar o modo pelo qual tais governantes se desincumbem do mandato ou do papel institucional que lhes é confiado. E aí já se pode falar de Democracia, nos marcos da Constituição, como o regime pelo qual o povo passa a eleger seus governantes, a partilhar com eles o exercício do poder de criar o Direito e a acompanhar, criticamente, o modo de execução desse mesmo Direito. É a chamada **Democracia Formal** ou **Estado Democrático de Direito**, que, com o transcorrer dos anos, mais e mais serve de condição para que o Direito se caracterize também por uma vertente popular, de sorte a desenhar no horizonte da História o altaneiro perfil da **Democracia Substancial** ou **‘Estado de Direito Democrático’** (a Constituição portuguesa de 1976 bem o diz, nominalmente). Passagem ideal de uma situação de democracia do Estado (no interior dele) para uma situação ainda mais abrangente de democracia da intimidade de todo o corpo social. Chegando-se a este patamar de intelecção, não é difícil perceber que a Democracia é o único valor que perpassa os poros todos da axiologia constitucional (valor subjacente a tudo o mais), no sentido de que: a) enquanto processo ou via de formação e deliberação de norma jurídico-primária (Democracia Formal), compreende e legitima a produção em si de todas as leis em sentido material, sejam quais forem os conteúdos dessas leis; b) enquanto fim ou objetivo de toda norma jurídico-primária mesma (Democracia Substancial), incorpora a positivação de valores que se marquem por uma densa vertente popular (tanto no campo institucional como na área das franquias individuais e dos direitos sociais)” (BRITTO, Carlos Ayres. Op. cit., pp. 183-185). No mesmo contexto: “Tudo isto justifica, a meu ver, uma redefinição de conceito de ‘democracia’. Chamarei democracia substancial ou social o ‘Estado de direito’ dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais; e democracia formal ou política o ‘Estado político representativo’, isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade” (Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 694).*

participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício”⁷⁴.

O Estado Democrático de Direito, fundado no princípio da soberania popular, apresenta as seguintes características principais: a) sua criação e regulamentação por uma Constituição; b) realização de eleições periódicas pelo povo; c) observância do império da lei; d) os cidadãos devem possuir obrigações junto ao Estado e este frente aos primeiros; e) possibilidade dos cidadãos, detentores de direitos sociais e políticos, oporem-se ao modo como o Estado esteja sendo conduzido; f) o Estado deve desenvolver-se satisfatoriamente e buscar alcançar justiça social, erradicando a miséria e não permitindo discriminações; g) o poder político deverá ser exercido, em parte, pelo povo diretamente e, parcialmente, por órgãos estatais independentes e autônomos; h) as funções estatais deverão ser exercidas com regularidade, probidade e de forma comedida, de modo que uma não se sobreponha às outras e que haja um rígido controle sobre elas⁷⁵.

Como salienta José Afonso da Silva: “A tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”⁷⁶.

⁷⁴ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 119-120.

⁷⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1992, p. 56-57. Devemos reconhecer que esse rol de características do Estado Democrático de Direito encontra pequenas variações de acordo com a doutrina analisada, não se apresentando como algo estanque e unívoco. Poderíamos, por exemplo, tê-lo trazido da forma seguinte (dentre outras possíveis): a) Sua criação e regulamentação por uma Constituição; b) O desenvolvimento da democracia sob os aspectos formal e substancial; c) Estabelecimento de um sistema de direitos fundamentais que sejam efetivamente exercitáveis para a consagração da dignidade da pessoa humana; d) Busca pela Justiça Social; e) Divisão de Poderes; f) Observância do princípio da legalidade; g) Segurança jurídica. Apreciando o modelo democrático de Estado Ana Cláudia Bastos de Pinho, escreve: “Numa visão garantista, claro está que o papel do Estado Social e Democrático de Direito é, ao mesmo tempo, abster-se de violar direitos individuais (garantia liberal – negativa) e lançar-se ao desafio de realizar programas sociais com o fim de minimizar as desigualdades (garantia social – positiva). O poder fica, assim, limitado, quer por meio das proibições (os órgãos de poder não podem intervir indiscriminadamente; o uso da força é restrito), quer por meio das obrigações (normas de mandato direcionadas aos poderes públicos, determinando o que devem fazer). Nesse jogo de equilíbrio, o papel da democracia é fundamental, tanto sob o prisma formal ou político, como sob o aspecto material ou substancial” (Op. cit., p. 47).

⁷⁶ Op. cit., p. 122.

Assim, sem embargo da relevância do aspecto formal, a perspectiva substancial de democracia é imprescindível para a concretização e o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

1.6.1. Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988

A Constituição de 1988, ao prever que a República Federativa do Brasil constitui-se como Estado Democrático de Direito, trouxe no artigo 1º como seus fundamentos a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

Realçando o aspecto democrático do modelo de Estado brasileiro o parágrafo único do artigo 1º do Texto Constitucional proclama que: *“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”*.

Ademais, o artigo 3º da Constituição apresenta os objetivos fundamentais da República brasileira, que são: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Dessa forma, verifica-se que o caminho indicado pelo constituinte passa por todas as exigências estruturais de um Estado Democrático de Direito, devendo a atuação estatal, nas três esferas do poder, primar pelo atendimento a esses anseios, para que esse modelo de Estado saia da previsão meramente formal e ganhe a materialidade suficiente para a promoção de uma verdadeira justiça social.

CAPÍTULO 2 – BEM JURÍDICO PENAL

2.1. Introdução

O bem jurídico exerce uma função de extrema relevância no sistema punitivo de determinado Estado, pois “*se situa na fronteira entre a política criminal e o direito penal*”⁷⁷, realizando a tarefa de unir a dogmática penal (teoria do delito) e a política criminal (realidade social)⁷⁸.

Política criminal é expressão de sentido multifário que implica em conceito extremamente complexo, como salienta Paulo Vinicius Sporleder de Souza:

“A doutrina jurídico-penal tem-se preocupado com a disciplina da política criminal nos últimos anos. Vem entendendo que esta – sendo parte da política social e da política jurídica geral – na função de combater a criminalidade, a fim de controlá-la reduzindo-a a níveis toleráveis para que seja possível a convivência pacífica em sociedade, procura revelar e sugerir caminhos ao direito criminal no sentido de melhorar e racionalizar as estratégias de prevenção e repressão do crime”⁷⁹.

Vista em seu sentido estrito, ou seja, sob uma diretriz de medidas pertencentes exclusivamente ao Direito Penal, a política criminal pode ser vista com “*a política jurídica no âmbito da justiça criminal*” ou “*a obtenção e realização de critérios diretivos no âmbito da justiça criminal*”⁸⁰.

⁷⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª ed., Rio de Janeiro, Revan, 2007, p. 95.

⁷⁸ No sentido de que a doutrina do bem jurídico aparece nesse contexto de aproximar a política criminal da dogmática penal, Luiz Régis Prado relata: “*O seu surgimento produz-se por razões de natureza política e dogmática. No primeiro aspecto, vem a ser quase uma consequência necessária das transformações econômicas e políticas da época (uma nova concepção de Estado). Do ponto de vista doutrinário, justifica-se a introdução do conceito de bem jurídico por sua utilidade para servir como termo de referência de fatos ofensivos e porque, devido à sua maior amplitude, pode ser aplicado do delitos religiosos e contra os costumes*” (*Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 26). A respeito da relevância do bem jurídico para o Direito Penal, Polaino Navarrete afirma: “*sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito*” (POLAINO NAVARRETE, M. *El Bien Jurídico em el Derecho Penal*. Sevilha, Public de la Universidad, 1974, p. 21-22, *apud*, PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 18).

⁷⁹ *Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana. Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Supra-individuais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 25-26.

⁸⁰ ZIPF, H. *Introducción a la política criminal*. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Jaén: Edersa, 1979, *apud* SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Op. cit., p. 29.

Considerando-se que a política criminal deve guiar não só o legislador no momento de elaborar a norma penal, mas, também, os operadores do direito durante a vigência da lei penal e sua aplicação ao caso concreto, podem ainda ser apontadas as concepções extra-sistemática e intra-sistemática de política criminal.

Extra-sistemática é a política criminal que se situa no campo legislativo, e que se apresenta sob três variantes: 1. política criminal legislativo-dogmática - busca adequar a teoria do delito e criar, extinguir, modificar ou substituir tipos penais -; 2. política criminal penológica - preocupa-se com a sanção penal, ou seja, com aspectos ligados à pena e à medida de segurança -; 3. política criminal processual - tem por escopo aprimorar o sistema processual penal -.

Por outro lado, intra-sistemática é a política criminal ligada ao “*sistema do direito criminal propriamente dito, sendo a ele imanente*”⁸¹, e, diz respeito ao Direito Penal vigente. Comporta uma subclassificação entre política criminal processual (relacionada ao processo criminal), executória (atrelada à execução penal) e dogmática (é a própria dogmática penal).

Importante destacar que “*toda política criminal intra-sistemática pode repercutir numa política criminal extra-sistemática e vice-versa, sendo isso o ideal que se busca, pois só assim a ciência criminal pode progredir como um todo*”⁸².

Portanto, a construção e o aperfeiçoamento do Direito Penal dependem da política criminal que se vai adotar dentro de determinado Estado, e, para tanto, a definição e delimitação dos bens que serão objeto de tutela penal aparecem como imprescindíveis.

Nilo Batista aponta quais são as funções que o bem jurídico exerce no Direito Penal:

“O Bem jurídico cumpre, no direito penal, cinco funções: 1ª axiológica (indicação das valorações que presidiram a seleção do legislador); 2ª sistemático-classificatória (como importante princípio fundamentador da construção de um sistema para a ciência do direito penal

⁸¹ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Op. cit., p. 32.

⁸² SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Op. cit., p. 33.

e como o mais prestigiado critério para o agrupamento de crimes, adotado por nosso código penal); 3ª exegética (ainda que não circunscrito a ela, é inegável que o bem jurídico, como disse Aníbal Bruno, é 'o elemento central do preceito', constituindo-se em importante instrumento metodológico na interpretação das normas jurídico-penais); 4ª dogmática (em inúmeros momentos, o bem jurídico se oferece como uma cunha epistemológica para a teoria do crime: pense-se nos conceitos de resultado, tentativa, dano/perigo, etc); 5ª crítica (a indicação dos bens jurídicos permite, para além das generalizações legais, verificar as concretas opções e finalidades do legislador, criando, nas palavras de Bustos, oportunidade para 'a participação crítica dos cidadãos em sua fixação e revisão')”⁸³.

Além disso, importa asseverar que um sistema punitivo é construído com base em princípios e esse sistema vai servir a uma determinada forma de Estado. O Direito Penal detém ideologia, que está a serviço do modelo de sociedade que se pretende conceber.

Em um Estado Totalitário a preocupação maior está em tentar incriminar todos os comportamentos que atentam contra valores inerentes ao próprio Estado, e, dessa forma, as liberdades públicas são preocupações secundárias.

Por outro lado, em um Estado Democrático de Direito, a liberdade é a regra e, portanto, há preocupação em tutelar as garantias individuais, assim como, valorizar o pluralismo e a tolerância. Dessa maneira, só devem ser punidas aquelas condutas que realmente se afigurem como imprescindíveis para a manutenção da paz social.

Assim sendo, pode-se constatar que dependendo do modelo de Estado adotado, o sistema punitivo vai considerar determinado bem como de relevância ou não para o Direito Penal. Para se constituir uma determinada forma de Estado, é necessário verificar quais são os valores que serão comuns, pois, é com base neles que será arquitetado todo o sistema punitivo.

De acordo com o “*caput*” do artigo 1º da Constituição Federal, o Brasil é um Estado Democrático de Direito, donde se conclui que as liberdades e garantias individuais ganham prevalência na estruturação do seu sistema punitivo, que deve respeitar, primordialmente, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana⁸⁴.

⁸³ BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 96-97.

⁸⁴ Sobre o tema dignidade da pessoa humana como princípio fundamental adotado pela Constituição de 1988, veja-se SARLET, Ingo Wolfgang (*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na*

Ademais, deve-se registrar que a implementação dos direitos sociais, também, aparece como uma das preocupações do Estado Democrático, pois essa tarefa é fundamental para que haja redução das desigualdades econômico-sociais, com escopo de se promover uma real justiça social.

Ainda a título introdutório, os bens jurídicos podem ser classificados de acordo com os seguintes critérios: 1) quanto ao seu titular – “*individuais*” (vida, integridade física, honra, liberdade, patrimônio), “*coletivos*” (incolumidade pública, meio ambiente, fé pública, paz pública), e “*estatais*” (administração pública, administração da justiça, estabilidade política, estabilidade do sistema tributário e financeiro); 2) quanto à percepção: “*concretos*” (vida, integridade física, patrimônio) e “*abstratos*” (incolumidade pública, fé pública, paz pública); 3) quanto à natureza: *naturais* (vida, integridade física, liberdade) e “*normativos*” (patrimônio, administração pública, estabilidade do sistema tributário e financeiro); 4) quanto aos seus elementos: “*bens de origem real*” (vida, integridade física, saúde) e “*de origem ideal*” (honra, sentimento religioso)⁸⁵.

2.2. Evolução da concepção de bem jurídico

A definição do bem jurídico-penal estabelece um limite material ao poder de punir do Estado, “*pois impede que se estabeleçam delitos e penas que não tenham em sua estrutura de base a proteção a um bem jurídico*”⁸⁶. A doutrina do bem jurídico

Constituição Federal de 1988. 6ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, pp. 71-72): “*Inspirando-se – neste particular – especialmente no constitucionalismo lusitano e hispânico, o Constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-a, pela primeira vez – consoante já reiteradamente frisado – à condição de princípio (e valor) fundamental (artigo 1º, inciso III). Aliás, a positivação na condição de princípio jurídico-constitucional fundamental é, por sua vez, a que melhor afina com a tradição dominante no pensamento jurídico-constitucional luso-brasileiro e espanhol, apenas para mencionar os modelos mais recentes e que têm exercido – ao lado do paradigma germânico – significativa influência sobre a nossa própria ordem jurídica*”.

⁸⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

⁸⁶ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 39. Realçando a importância do bem jurídico para o Direito Penal, Francisco de Assis Toledo sintetiza: “*a idéia de ‘bem jurídico’ se coloca no centro do problema penal, impondo-se como critério limitador, fundamental, na formação do ilícito penal*” (*Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 18).

surgiu com o movimento iluminista⁸⁷, em função da necessidade dogmática vivida dentro do liberalismo, e foi fundada pela doutrina alemã.

Antes do iluminismo, “*vivia o Direito Penal verdadeira situação anárquica, com definições dos delitos feitas de forma indeterminada*”⁸⁸. Num movimento reacionário aos arbítrios cometidos durante o regime absolutista, os iluministas pretenderam “*traçar limites definidos para o exercício do jus puniendi estatal, firmando, pois, um conceito material de delito*”⁸⁹.

2.2.1. A concepção de Feuerbach

Foi Johann Anselm Ritter Von Feuerbach quem, no final do século XVIII e início do século XIX, pela primeira vez, trouxe a idéia de bem jurídico - embora não tenha se utilizado de tal expressão -. Formulou sua teoria dos direitos subjetivos pautando seu pensamento na teoria do contrato social.

Os homens, devido à insegurança social, decidem se organizar em sociedade e atribuir ao Estado a tarefa de conservação da nova ordem. Assim, diante do fim a que se destinava o Estado, este somente poderia intervir, penalmente, quando fosse praticado um crime contra o direito de algum cidadão.

⁸⁷ Sobre o iluminismo e sua influência para o Direito Penal, Luiz Regis Prado destaca: “*mais que uma corrente de idéias, vem a ser uma atitude cultural e espiritual de grande parte da sociedade da época, cujo objetivo é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os seus aspectos. É, por assim dizer, produto do embate de duas linhas bem distintas: o racionalismo cartesiano e o empirismo inglês. Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva*” (Op. cit., p. 24).

⁸⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual: Interesses Difusos*. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, v. 3, p. 37.

⁸⁹ *Ibidem*. Nesse trabalho de frear o arbítrio estatal, não podemos esquecer da obra de Cesare Bonesana, “*Dos Delitos e das Penas*”, que conseguiu reproduzir objetivamente todo o pensamento dos enciclopedistas e inaugurou o período humanitário no Direito Penal ao pugnar pela proporcionalidade na aplicação da pena, além de sustentar a necessidade de tratamento isonômico na aplicação da lei penal e de estabelecer os contornos do princípio da legalidade penal nos moldes em que o concebemos até a atualidade (apesar de ter sido previsto pela primeira vez em 1215 na Magna Carta imposta ao Rei João Sem Terra da Inglaterra, o princípio da legalidade penal foi aperfeiçoado no trabalho de Cesare Bonesana, passando, a partir de então a ganhar a feição trazida nas mais diversas constituições do pós guerra).

“Aquele que viola a liberdade garantida pelo contrato social e pelas leis penais pratica um ‘crimen’. Por fim, crime é, em sentido amplo, uma lesão prevista numa lei penal, ou uma ação contrária ao direito do outro, cominada na lei penal”⁹⁰.

Feuerbach demonstrou que em todo preceito penal há um direito subjetivo, do particular ou do Estado, como objeto de tutela. Quando o direito subjetivo era violado entrava o Direito Penal. O crime seria *“a violação de um direito subjetivo variável, de acordo com a alteração da espécie delitiva e pertencente à pessoa (física ou jurídica) ou ao Estado. A ação delitiva deve contrariar um direito subjetivo alheio”⁹¹.*

A teoria de Feuerbach acabou sendo objeto de críticas. Dentre estas a principal dizia respeito ao fato de que mesmo não violando direitos subjetivos algumas ações continuavam sendo punidas, como as que representavam crimes contra a honestidade e, também, as que compunham as denominadas infrações policiais⁹².

Com base nos preceitos do iluminismo, percebe-se que Feuerbach opõe-se às concepções teológicas de delito que marcaram o *“ancien regime”*, construindo um conceito no qual o crime deixa de ser considerado como agressão a Deus, representado na pessoa do monarca, e passa a ser visto como um atentado contra a sociedade. Consequentemente, a pena perde seu caráter expiatório e reveste-se de um caráter retributivo.

O pensamento de Feuerbach influenciou o Código Penal da Baviera, de 1813, onde fica clara a intenção de abster o Direito Penal de atuar em face de comportamentos contrários à religião ou à moral, marcando a separação do direito e da moral.

⁹⁰ FEUERBACH, *Tratado de Derecho Penal*, p. 64, *apud* PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 25.

⁹¹ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 24.

⁹² Sobre estas infrações Renato de Mello Jorge Silveira pondera que: *“Ainda que não lesionassem direitos subjetivos, Feuerbach entendia ser justificável uma punição, já que tais condutas colocavam em perigo a ordem e a seguridade social. Desta feita, tanto as lesões a direitos quanto a manutenção dessa ordem e seguridade poderiam ser entendidas como socialmente danosas”* (Op. cit., p. 38). Sobre a crítica feita à teoria de Feuerbach, Paulo Vinicius Sporleder de Souza prevê: *“Por outro lado, a única crítica que pode ser cogitada em desfavor de FEUERBACH diz respeito às ações que simplesmente não violavam direito subjetivo algum, mas que, mesmo assim, foram defendidas pelo autor como sancionáveis penalmente. Classificados como subespécies de crimes, as denominadas ‘Polizeivergehen’ (infrações de polícia) eram instrumentos considerados por FEUERBACH como hábeis a serem utilizados pelo legislador mesmo que não afetassem direitos subjetivos quaisquer, desde que pusessem em perigo a ordem e a segurança jurídica”* (Op. cit., p. 46-47).

2.2.2. O pensamento de Birnbaum

A visão contratualista sustentada por Feuerbach acabou sendo revista por J. F. M. Birnbaum, a quem é atribuída a paternidade da teoria do bem jurídico penal⁹³. Em 1834 na Alemanha, Birnbaum publicou seu famoso artigo sobre a tutela da honra, intitulado “*Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*”, e que promoveu uma mudança radical na ciência penal.

Birnbaum rechaçou a tese de que o delito é a lesão de um Direito, pois o Direito não pode ser diminuído nem subtraído. Isso pode ocorrer apenas com o que é objeto de um direito, isto é, um bem que juridicamente nos pertence e que nasce da própria natureza ou pelo resultado do desenvolvimento social.

A conduta criminosa não deveria lesionar “*direitos*”, mas, sim, lesionar “*bens*”. Dessa forma, em sentido contrário ao entendimento de Feuerbach, Birnbaum admitia a punição de comportamentos contrários à religião e à moral, situando os bens jurídicos para além do Direito e do Estado.

Sua tese fundamenta-se na idéia da “*natureza das coisas*”, situando-se no campo fático, concreto e real, acentuando a intersubjetividade para os objetos do mundo exterior⁹⁴. Passa a ser fundamental para obtenção da tutela penal a existência de um bem fixado no mundo do ser ou da realidade, de relevância para a pessoa ou para a coletividade, e que possa ser objeto de lesão por um comportamento delitivo.

Assim, Birnbaum classificou as condutas criminosas em “*delitos de lesão natural*” e “*delitos de lesão social*”. Os primeiros tratavam de lesões aos bens que pertenciam aos homens por natureza, ao passo que os “*delitos de lesão social*” refletiam aquelas condutas violadoras de bens providos do desenvolvimento da sociedade burguesa.

⁹³ “*Em verdade, Birnbaum não chega a utilizar-se da expressão ‘bem jurídico’, mas, sim, de uma série de outras expressões de tipo descritivo, as quais se identificam com Esso conceito. Entretanto, graças a tais formulações é que lhe foi atribuída a paternidade da idéia de ‘bem jurídico’*” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 41).

⁹⁴ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Op. cit., p. 49.

As modificações trazidas pelas idéias de Birnbaum propiciaram um terreno fértil para o desenvolvimento de questões dogmáticas relacionadas aos crimes de lesão e de perigo, aos institutos da consumação e da tentativa e à separação dos bens em individuais e supra-individuais - chamados por ele de “*bens comuns*”-.

Não há na doutrina entendimento unívoco sobre como se efetivou essa mudança verificada entre as idéias oriundas do pensamento iluminista e a tese de Birnbaum. Alguns entendem que a transição foi feita de forma natural, ou seja, o pensamento de Birnbaum foi consequência normal do liberalismo defendido e concretizado pelos iluministas. Para outros, entretanto, não haveria qualquer liame entre as idéias do iluminismo e perspectiva apresentada por Birnbaum.

“Conforme a primeira opinião, a teoria do bem jurídico foi uma consequência natural da vertente sistemática e liberal do movimento filosófico-iluminista, no sentido da determinação de um conceito material de crime. Já, segundo os demais, em especial Amelung, inexistiria qualquer continuidade entre os ideários iluministas e a proposição de Birnbaum. Isso se daria, tendo em vista que a situação da criação da teoria do bem jurídico põe-se, claramente, em oposição à concepção de crime como violação de direitos subjetivos”⁹⁵.

A despeito dessa divergência, não se pode olvidar que a teoria de Birnbaum forneceu “*bases sólidas para que as posteriores investigações envolvendo o objeto de tutela jurídico-penal pudessem aprimorá-la, como de fato ocorreu especialmente pelas contribuições de Binding e Liszt*”⁹⁶.

2.2.3. A teoria de Binding

Com o surgimento da Escola Positivista, a proposição formulada por Birnbaum adquiriu “*contornos mais precisos quanto à sua delimitação conceitual e terminológica*”⁹⁷. Nesse contexto do positivismo e sob o prisma da evolução do conceito de bem jurídico penal, destaca-se a concepção trazida por Karl Binding, em 1872, na primeira edição de sua obra “*Die Normen und ihre Uebertretung*”.

⁹⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 41.

⁹⁶ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Op. cit., p. 55.

⁹⁷ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Op. cit., p. 55.

Depurando o conceito de bem jurídico de Birnbaum e optando por um positivismo normativista, Binding concebeu-o como “*estado valorado pelo legislador*”, sustentando que caberia à norma jurídica definir o bem jurídico. O delito, portanto, consistia na lesão de um direito subjetivo do Estado - ofensa ao direito de obediência estatal -, havendo compatibilidade entre a norma e o bem jurídico, sendo aquela a única e decisiva fonte de revelação deste.

Na sua concepção, bem jurídico era tudo aquilo que o legislador assim definiu, ou seja:

“(...) tudo o que aos olhos do legislador tem valor como condição de uma vida saudável dos cidadãos; tudo que não constitui em si um direito, mas apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção íntegra e sem perturbações ela (a comunidade jurídica) tem, segundo o seu juízo, interesse, e em cuja salvaguarda perante toda lesão ou perigo indesejado, o legislador se empenha através das normas”⁹⁸.

Era necessária, pois, uma absoluta congruência entre a norma e o bem jurídico que deveria por ela ser objeto de tutela. “*O bem jurídico se identifica com o sentido e o fim das normas penais, sendo uma vinculação prática da norma*”⁹⁹. O indivíduo ao praticar um delito “*cumpra justamente aquilo que se expressa na lei penal, e que a norma quer que se omita, tratando-se de normas proibitivas. Por assim dizer, ele, ao cometer um crime, age conforme a norma e contrário à lei*”¹⁰⁰.

Portanto, a partir da concepção de Binding o conteúdo do crime adquire uma dimensão formal, cabendo com exclusividade à lei definir e ao mesmo tempo criar o bem que será objeto de tutela penal.

Sua tese foi absolutamente decisiva para a afirmação da teoria do bem jurídico na senda penal, porém, apresentou uma falha ao deixar de acoplar ao conceito condições legitimadoras do poder punitivo. No futuro, os ensinamentos de Binding acabariam por

⁹⁸ BINDING, Karl. *Die normen und ihre Uebertretung*, p. 353-354, *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 65, *apud* SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Op. cit., p. 56-57.

⁹⁹ ANGIONI, F. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Chiarella: Sassari, 1980, *apud* PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 28.

¹⁰⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 43.

influenciar outras correntes, dentre as quais se destacou a Escola de Kiel na Alemanha, da qual se falará adiante.

2.2.4. As considerações de Liszt

O autor que melhor trabalhou a idéia de bem jurídico penal foi Franz Von Liszt. Dentro da mesma linha positivista, mas de fundo naturalístico-sociológico, Liszt se insurge contra o excesso de formalismo enraizado no positivismo formal-normológico de Binding. Repudiando o *“tratamento científico formal da norma, origina-se a dimensão material do conceito de injusto penal e o bem jurídico desenvolve toda sua capacidade de limite à ação legiferante, com os estudos de Franz Von Liszt”*¹⁰¹.

Sofrendo as influências dos ensinamentos de Rudolph Von Ihering e *“fundamentando a sua tese do objeto de tutela jurídico-penal em aspectos pré-jurídicos (e não puramente formais), Liszt é o primeiro autor a construir um sistema político-criminal legislativo-dogmático crítico em torno da noção de bem jurídico”*¹⁰².

Para ele, o bem jurídico não estava atrelado a uma opção do Estado ou da norma jurídica. Ele transcendia a isso e estava vinculado ao interesse humano protegido. *“Todo direito existe para o homem. Tem por objeto a defesa dos interesses da vida humana (Lebensinteressen)”*¹⁰³.

Esse interesse humano é o que legitimava o bem jurídico a ser tutelado. Nem sempre a Constituição e a legislação seriam suficientes para eleger todos os bem jurídicos. Na sua visão a norma jurídica não cria o bem jurídico, apenas o encontra.

¹⁰¹ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 29-30.

¹⁰² SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Op. cit., p. 59-61. Mais adiante, nesta mesma obra, e citando os ensinamentos de Liszt (em *La Idea de fin en el derecho penal*. Trad. E. Aimone Gibson. México, Universidad Nacional Autónoma de México/Universidad de Valparaíso de Chile, 1994, p. 89), Paulo Vinicius Sporleder de Souza explica o que vem a ser esse sistema político-criminal legislativo dogmático: *“A partir destas análises, Liszt desenvolve ainda o relevante critério político-criminal legislativo-dogmático da necessidade de tutela penal, princípio este suscitado em linhas gerais por Beccaria. Conforme expressamente ressalta o autor, ‘deve-se recorrer com a pena naqueles casos em que certos bens jurídicos necessitam proteção contra determinadas perturbações, e recorre-se a ela na forma e grau necessários para a proteção destes bens jurídicos contra estes delitos’”* (Op. cit., p. 63-64).

¹⁰³ LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª ed. Trad. Luis Jimenez de Asua. Madrid, Editora Reus S.A., 1999, t. II, p. 06. Tradução livre do autor.

“Nós chamamos bens jurídicos aos interesses protegidos pelo Direito. Bem jurídico é o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. A ordem jurídica não cria o interesse, o cria a vida; mas a proteção do Direito eleva o interesse vital a bem jurídico. A liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência eram interesses vitais, como os direitos de autor e inventor, muito antes de chegar a estar garantidos pela Constituição contra as intromissões arbitrárias do poder do Estado, ou pelas leis penais, contra as violações procedentes dos indivíduos. A necessidade cria a defesa e com a mudança dos interesses varia o número e a espécie dos bens jurídicos”¹⁰⁴.

Liszt se ocupou de colocar a ciência penal como centro ao redor do qual gravitam todas as outras ciências dedicadas ao estudo do delito. Dessa maneira, pôde realizar a distinção entre uma ciência de caráter normativo que apresenta o método dogmático - lógico-dedutivo - e as outras ciências, dentre as quais se destaca a Política Criminal.

O bem jurídico estaria, portanto, no limite entre o Direito Penal e a Política Criminal. Estas considerações feitas por Liszt permitiram que ele introduzisse a distinção entre a ilicitude formal - violação da norma jurídica - e ilicitude material - lesão ou perigo de lesão a interesses juridicamente protegidos.

Concluindo, segundo Liszt, bem jurídico é um bem ou interesse vital do Homem ou da sociedade, que é reconhecido e tutelado pelo Direito, e não simplesmente um bem da ordem jurídica.

2.2.5. O neokantismo e o bem jurídico

Em função da inexistência de um conceito material de bem jurídico capaz de controlar a atuação do legislador, no início do século XX, nasceu o neokantismo sustentando uma concepção metodológica ou teleológico-metodológica de bem jurídico.

Explicando o que veio a ser essa teoria, Luiz Regis Prado pondera:

“Essa doutrina – referida a valores e fins – fundamenta o conceito de ciência do espírito no método e não no objeto, como o historicismo, dando lugar a uma filosofia axiológica. O neokantismo engendra duas escolas: a

¹⁰⁴ Ibidem. Tradução livre do autor.

Escola de Marburgo (Cohen, Notarp, Stammler) e a Escola Subocidental alemã ou de Baden (Windelband, Rickert, Lask, Radbruch)”¹⁰⁵.

Dentro de uma visão espiritualista, o bem jurídico passa a ser idealizado de acordo com a “*ratio legis*” da norma jurídica, o que propicia sua conversão em simples método interpretativo.

Assim, o bem jurídico é compreendido “*como um valor cultural, sendo que ‘sua característica básica é, pois, a referência do delito do mundo ao valorativo, em vez de situá-lo diretamente no terreno do social’*”¹⁰⁶. Também nessa esteira, Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya, expõem:

“Esta concepção despoja o bem jurídico do núcleo material do injusto, constituindo só um princípio metodológico para a interpretação dos tipos penais. Em resumo, o bem jurídico ficava reduzido a uma categoria interpretativa, simples ratio legis dos preceitos particulares, com o qual perdia sua função garantista e sua incidência no âmbito da dogmática”¹⁰⁷.

O neokantismo busca a equiparação entre valor e fim, abrindo mão da finalidade “*garantista liberal do bem jurídico, centrando sua atenção no rendimento teleológico do conceito, ou seja, em sua capacidade de criação de um critério de interpretação a partir de seu fim (valor) protegido*”¹⁰⁸.

Destarte, sob a ótica neokantiana bem jurídico é “*um valor, abstrato, de cunho ético-social, tutelado pelo tipo legal*¹⁰⁹: ‘*valor ideal da ordem social juridicamente protegido*’”¹¹⁰.

¹⁰⁵ Op. cit., p. 31.

¹⁰⁶ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 31.

¹⁰⁷ Op. cit., p. 45. “*Com o neokantismo, porém, se inaugura já uma outra fase de evolução política, onde a medida individual cede lugar a posições ou situações preferenciais. Elimina-se definitivamente o sujeito e se trabalha com a noção de totalidade, decorrente de um puro juízo normativo, aparentemente neutro, mas em geral, de perfil autoritário, que obtém seu coroamento com a definitiva substituição da noção material de bem, pelo de valores ético-sociais (ontologismo). (...) Com tal postura, a noção de bem jurídico perde substancialidade. A proteção de valores ético-sociais nada mais é do que a incriminação da antisociabilidade, daí não ser incoerente que seus adeptos venham a conceituar o bem jurídico como um estado social, ou seja, uma determinada ordem, que se impõe como bem vital do indivíduo e da comunidade*” (TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 178).

¹⁰⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 48.

¹⁰⁹ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 32.

¹¹⁰ JESCHECK, H. *Tratado de Derecho Penal*. P.G. Trad. Mir Puig e Munõz Conde. Barcelona, Bosch, p. 351, v.1, *apud* PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 32.

2.2.6. A Escola de Kiel

Com o surgimento, em 1935 na Alemanha, da Escola ou Tendência de Kiel, que deu base ao regime nacional-socialista¹¹¹, passou-se a apregoar que crime era toda e qualquer violação de um dever de obediência ao Estado. A lesão do dever, por conseguinte, passa a ser reconhecida com conteúdo material do injusto, contestando-se assim toda a evolução apresentada até aquele momento pela teoria do bem jurídico.

A Escola de Kiel afastou, “*num primeiro momento o dogma do bem jurídico por ser incompatível com as diretrizes do Estado totalitário, para admiti-lo posteriormente, quando perdeu sua identidade e não passava de instrumento inócuo*”¹¹². Expondo os dogmas da Escola de Kiel, Heleno Cláudio Fragoso explica:

*“O direito penal da vontade (Willensstrafrecht), que esta Escola fundou, afirmava que a teoria do bem jurídico era consequência do liberalismo do século XIX, incabível num estado autoritário, em que o crime é essencialmente violação de um dever de obediência ao Estado. Tratava-se de um processo de subjetivação do direito penal, no qual se atribuía à vontade a primazia na elaboração doutrinária, de sorte que o bem jurídico aparecia como um aspecto materialista, absolutamente secundário”*¹¹³.

¹¹¹ Miguel Reale Júnior ao analisar ideologia nazista explica que: “*Segundo a visão da vida nazista, sua Weltanschauung – o indivíduo amorfo, burguês e conservador, deveria ser superado pela compreensão orgânica da realidade. A espinha dorsal da vida social é a Volksgemeinschaft, na qual se insere o indivíduo. O povo se forma como raça, sendo a nação alemã o povo da raça germânica. O povo engendra uma unidade incidível, historicamente constituída, da qual a raça é o elemento catalisador. Os indivíduos se organizam de modo coordenado, formando uma coletividade concreta, possuindo a mesma raça, o mesmo sangue, participando de um mesmo espírito objetivo. (...) A coletividade como realidade concreta, quando formada por indivíduos da mesma raça e sangue, que participam de um mesmo espírito objetivo, vem a constituir a comunidade do povo (Volksgemeinschaft) que é conduzido pelo Führer. O direito é função e resultado da Volksgemeinschaft, como instrumento através do qual o espírito objetivo, atuante do organismo real do povo, ordena a vida coletiva. A vida da comunidade não é limitada pelas leis, pois o direito está além das leis positivas, como expressão da comunidade. Desse modo, a um caso concreto pode ser aplicada uma solução não normativa, mas jurídica, derivada do ordenamento concreto. A função jurisdicional se confunde com a criatividade do direito. O direito é um sistema de leis que ordena a vida da comunidade do povo, sendo as leis o espelho do espírito que caracteriza essa mesma comunidade. O Führer, como condutor da comunidade e encarnação do espírito objetivo que caracteriza o povo, tem o poder de dizer o direito*” (Teoria do Delito. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 23-24).

¹¹² PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 33. Segundo Winfried Hassemer, a teoria da proteção dos bens jurídicos penais “*foi preparada em meio a longas discussões na Ciência do Direito Penal sobre o conceito e a função do bem jurídico e foi interrompida pelos nazistas, que, naturalmente, não estavam interessados em uma discussão geral em torno da realidade do autor e da vítima na justiça penal*”. (Introdução aos Fundamentos do Direito Penal. Trad. da 2ª ed. Alemã, por Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 55-56).

¹¹³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 41.

Os alemães Gallas, Dahm, Klee, Siewert, Schaffstein, Hans Frank, foram os principais representantes da Escola de Kiel.

George Dahm e Friedrich Schaffstein constroem o delito tomando por base o Direito Penal do autor – “*Taterstrafrecht*” - ou Direito Penal da vontade – “*Willensstrafrecht*” -. Assim, “*a essência do delito não é apreciada na incidência típica sobre bens jurídicos, mas sim constituída pelo espírito reprovável do autor que viola os sentimentos e valores coletivos da comunidade*”¹¹⁴. Destarte, considera-se o autor em vez de sua conduta para efeito de proteção penal.

Discorrendo sobre a teoria de Schaffstein, Paulo Vinicius Sporleder de Souza registra:

*“Para Schaffstein, o interesse do legislador em proteger certos bens jurídico-penais não pode ser apreciado de forma autônoma, pois aquele vem limitado ou completado pela relevância de outros fatores preponderantes e transcendentais. Assim, embora não negando que constitui tarefa essencial do ordenamento jurídico-penal proteger certos valores relevantes da sociedade, Schaffstein não considera admissível que o dogma da tutela de bens jurídico-penais seja o único Leitmotiv do legislador penal para a criação das figuras delitivas, pois junto a este aspecto existem outras questões relacionadas ao pensamento nacional-socialista que conduzem a uma necessária revisão histórico-dogmática daquela categoria. Ademais, diferentemente da sistemática clássica, que, assentada nos esquemas jurídico-naturais do Iluminismo, entendia o conteúdo do delito como ofensa ao objeto jurídico protegido, o pensamento nacional-socialista do direito penal estabelece como pedra básica a idéia do delito como violação de um dever (Pflichtverletzung)”*¹¹⁵.

A respeito do pensamento de Dahm, mais uma vez Paulo Vinicius Sporleder de Souza relata:

“Por outro lado, entende Dahm que a noção de direito deve ser compreendida, como ordenamento da vida do povo, uma realidade sentimental interna. O direito “não consiste num mero aglomerado de normas nem numa forma exterior do ser social, senão um ordenamento realista, vital e interno. Direito e vida não constituem conceitos contrapostos; direito é a realidade plena de sentido, não empírica. A sociedade não aparece regrada de fora; ela própria é portadora de sua própria lei. Resulta errôneo, por conseguinte, todo pensamento que estabelece como base o dualismo de valor e realidade, de dever-ser e ser. O delito não integra somente uma oposição à lei formal, mas também um ataque contra a ordem fundamental do povo, assim como contra a moral do mesmo e a lei interna da comunidade. Representa uma oposição ao ordenamento autoritário estabelecido através do Estado, e, com isso, à lei

¹¹⁴ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Op. cit., p. 96.

¹¹⁵ *Idem*, p. 96-97.

interior da nação. A natureza do injusto não pode ser vista no contraste de interesses e de objetos de tutela, senão na rebelião contra a comunidade e a sua lei interna”. Este retrocesso do fato ao autor e do tipo à vontade corresponde a uma maneira de pensar que não vê a essência do delito na violação de um ordenamento externo e de singulares bens jurídicos, mas sim na própria desagregação da sociedade desde dentro”¹¹⁶.

Na visão de Gallas, tal modificação metodológica apresenta feição ideológica. Se por um lado a categoria bem jurídico surge atrelada ao modo de pensar individualista-liberal, “o ideal nacional-socialista do direito penal determina-se agora mediante a unidade entre a comunidade e seus membros”¹¹⁷.

Segundo a concepção de Gallas, “a essência do delito baseia-se no caráter perturbador da coletividade e não mais em ataques a bens juridicamente protegidos, pois nem todos tipos do Código Penal, então vigente naquela época, ofendiam necessariamente bens jurídicos”¹¹⁸.

Cumprido destacar, ainda dentro do ideal de Direito Penal que prevaleceu durante o nazismo na Alemanha, a figura de Edmund Mezger. Segundo Francisco Muñoz Conde, Mezger foi:

“(…) um dogmático importante durante o nacional-socialismo (...), suas sisudas elucubrações se encaminharam a partir de 1933 a configurar e interpretar o Direito Penal segundo os postulados nazistas. Assim, por exemplo, desde um primeiro momento, ocupou-se de demonstrar que a única fonte do Direito Penal e a única base de todas as elucubrações não podiam ser outras que a vontade do Führer”¹¹⁹.

Na visão de Mezger, portanto, não existiam mais limites à intervenção do Estado no Direito Penal do que a simples vontade do ditador. Aliás, na ideologia nazista a lei era a vontade do Führer, tendo em vista que “sendo um ato do Führung (poder do Führer) e este constituindo uma atribuição pessoal do Führer, acaba sendo poder pessoal do chefe ditar a lei como fonte de direito”¹²⁰.

¹¹⁶ *Idem*, p. 97-98.

¹¹⁷ *Idem*, p. 98.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ MUNÓZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo – Estudos Sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo*. 4ª ed. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 80.

¹²⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. *Op. cit.*, p. 25.

Por conseguinte, também para Mezger, o Direito Penal não deveria lastrear a sua atuação tomando por base o resultado, mas sim a vontade do agente. Novamente, Francisco Munõz Conde referindo-se à Mezger expõe:

*“Sua paixão pelas novas propostas jurídicas do nacional-socialismo chega a tanto que, apesar de ter sido dito muitas vezes o contrário, Mezger propõe idéias muito próximas ao Direito Penal da vontade, tão representativo do regime nazista e dos penalistas mais afins a ele, como eram os integrantes da ‘Escola de Kiel’ (Dahm e Schaffstein)”*¹²¹.

Nesse sentido, o crime tentado deveria ser punido como crime consumado, com base na simples vontade do agente. Aliás, foi Mezger quem concebeu a idéia de crime de perigo abstrato, conceito desenvolvido em larga escala pelos seguidores da Escola de Kiel.

Além disso, durante o regime nacional-socialista era permitida a analogia em Direito Penal, inclusive para criar condutas puníveis, além do que a interpretação da norma penal foi completamente alterada para permitir sua aplicação segundo o “*são sentimento*” do povo alemão. “*A analogia é adotada segundo a idéia de que deve ser punível toda a ação de acordo com o pensamento fundamental de uma lei penal, por ser esta expressão do querer comunitário*”¹²².

O princípio da legalidade – “*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*” – é “*substituído por uma concepção material, segundo a qual a configuração do delito depende do espírito da lei ou do são sentimento do povo, como o que se consagra o princípio nullum crimen sine poena*”¹²³.

A Escola de Kiel ainda exerce influência no Direito Penal. Alguns dispositivos do nosso ordenamento penal refletem a tendência de punir a tentativa da mesma forma que o crime consumado, como, por exemplo, o artigo 352 do Código Penal (Evasão mediante violência contra a pessoa: “*Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa*”); e os artigos 309 (“*Votar ou tentar votar mais de uma vez, ou em lugar de*

¹²¹ Op. cit., p. 82.

¹²² REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 25.

¹²³ *Ibidem*.

outrem”), 312 (“Violar ou tentar violar o sigilo do voto”) e 317 (“Violar ou tentar violar o sigilo da urna ou dos invólucros”), do Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65).

A doutrina do bem jurídico também foi contestada na Itália por Francesco Antolisei, para o qual a função do ordenamento jurídico não era somente conservar e defender determinados bens ou interesses jurídicos. O direito apresentava, além desta função conservativa, também uma função propulsora ou evolutiva¹²⁴.

2.2.7. As teorias contemporâneas

Com o encerramento da Segunda Guerra Mundial, ressurgiu a preocupação com o conceito de bem jurídico na tentativa de se buscar, como fizeram Birnbaum e Liszt, limites ao direito de punir do Estado. Retoma-se, portanto, “a idéia de que o bem jurídico-penal estaria vinculado a uma garantia do homem”¹²⁵.

Nesse momento do pós-guerra, Hans Welzel modificou completamente a maneira como se compreendia o bem jurídico até então. Para ele, o bem jurídico situava-se além do Direito e do Estado, podendo ser definido “como ‘todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões’, mas com vistas em toda ordem jurídico-social”¹²⁶.

Welzel desenvolveu a teoria finalista preconizando uma tutela penal pautada em valores elementares de natureza ético-social, que têm origem na “consciência jurídica

¹²⁴ Heleno Cláudio Fragoso ao apresentar a seqüência do pensamento de Antolisei nas suas obras, observa que: “O trabalho em que ANTOLISEI melhor expõe seu pensamento sobre o assunto é o citado ‘Il problema del bene giuridico’, publicado pela primeira vez em 1940 e recolhido em seus *Scritti di Diritto Penale* (1955, p. 97). Em seu *Manuale di Diritto Penale* (1955, p. 123) manifesta-se com maior sobriedade, repetindo que a teoria do bem jurídico teve importância exagerada, pois não se trata de conceito decisivo na interpretação, já que em vários crimes é tutelado o mesmo bem. Que de maior valor é a indagação quanto ao escopo ou ratio da incriminação. Na valoração do crime outros elementos são considerados, inclusive a qualidade do dever violado. Afirma que a super-valorização do dano individual é expressão de tendências conservadoras da doutrina e que ainda mais deve diminuir a importância do bem jurídico no futuro”. Nessa mesma direção: “Pretendendo negar que o bem jurídico constitua sempre o objeto específico do crime, já que o crime seria antes de tudo desobediência a um imperativo de lei (crimes de pura desobediência), acaba-se num verdadeiro processo de formalização do direito penal, mesmo que se afirme querer fazer dogmática penal ‘realista’” (BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal. Versão portuguesa do original do italiano Diritto Penale (Parte Generale)*. Campinas, Red Livros, p. 161).

¹²⁵ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 148.

¹²⁶ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*, p. 5. *apud* PONTE, Antonio Carlos da. Op. cit., p. 148.

existente formando o substrato ético-social positivo das normas jurídico-penais, cuja incumbência reside, portanto, na garantia do respeito a tais valores”¹²⁷.

A posição sustentada por Welzel relativiza a relevância da atividade de “*proteção de bens jurídicos*”, pois, no seu entender, a função primordial do Direito Penal:

“não é a atual proteção de bens jurídicos (...). Mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência (observância) dos valores do ato [Aktwerte] da consciência jurídica”. (...) “só assegurando os elementares valores sociais de ação se pode lograr uma proteção dos bens jurídicos realmente duradoura e eficaz. (...) Missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos mediante a proteção dos elementares valores de ação ético-sociais”¹²⁸.

Atualmente, as teorias dominantes buscam “*fundamentar o bem jurídico desde a política criminal. Ou seja, se vincula à teoria do bem jurídico com os fins do ordenamento jurídico-penal e com os fins do Estado*”¹²⁹. Nessa diretriz, apresentam-se duas orientações: a sociológica e a jurídico-constitucional.

Na visão sociológica destacam-se os posicionamentos de Knut Amelung e Winfried Hassemer. Para Amelung, o Direito Penal deve ser fundado com vistas a um conceito de “*danosidade social*”, portanto, o bem jurídico está constituído por essa “*danosidade social*”. Segundo Hassemer, “*se deve definir o bem jurídico de um modo genérico como ‘interesse humano necessitado de proteção jurídico-penal’*”¹³⁰.

¹²⁷ POLAINO NAVARRETE, M. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal*. Sevilla: Anales de la Universidad Hispalense/Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, p. 226-227, *apud* SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Op. cit., p. 100.

¹²⁸ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 11 ed. Trad. Bustos Ramirez/S. Yáñez Perez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 3-5 *apud* SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Op. cit., p. 100-101.

¹²⁹ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. op. cit., p. 48-49.

¹³⁰ HASSEMER, Winfried e MUNÓZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho Penal*. p. 112. *apud* BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. op. cit., p. 52. Acerca das concepções de Hassemer e Amelung, Juan Bustos Ramírez expõe: “(...) é o caso de Amelung e de Hassemer. Mas para o primeiro, conquanto os bens jurídicos surgem da vida social, são de caráter funcional ao sistema, isto é, qualquer coisa pode adquirir o caráter de bem jurídico, com o qual o conceito perde toda significação, pois segundo isso não pode implicar limite algum. Para o segundo, em contrapartida, os bens jurídicos têm que ser considerados desde um ponto de vista político criminal geral, mas com isso regressa em grande parte aos limites já propostos em relação com o critério da necessidade da intervenção, com o qual jurídico como tal, perde sua significação própria. Em todo caso, ambos autores têm o mérito de ter reiniciado com grande profundidade o caminho assinalado por von LISZT”. (*Introducción al Derecho Penal*. 3ª ed., Bogotá, Temis, 2005, p. 31-31). Tradução livre do autor.

Na versão jurídico-constitucional, destacam-se alguns autores, como Jorge de Figueiredo Dias, Márcia Dometila Lima de Carvalho e Claus Roxin. Todos eles defendem que é a norma constitucional e não a norma penal que determina quais são os bens jurídicos objetos de tutela penal.

Jorge de Figueiredo Dias “*tenta ver na Constituição um padrão de referência da valoração social a respeito dos seus interesses e nesse filtro tenta embasar sua seleção de bens jurídicos*”¹³¹.

Márcia Dometila Lima de Carvalho, sustentando a necessidade de extrair do texto constitucional os bens que demandam tutela no campo penal, assegura:

*“Pois bem, partindo-se de que a Lei Maior traz em si os princípios máximos de justiça, que se quer impor, qualquer ofensa a bem jurídico, protegido penalmente, terá que ser cotejado com os princípios constitucionais. Deixa, assim, a ofensa aos citados bens, de ter relevância penal, se os princípios constitucionais não restarem por ela arranhados”*¹³².

Claus Roxin fundamenta o Direito Penal a partir da concepção de bem jurídico e partindo da Constituição assinala que:

*“O ponto de partida correto consiste em reconhecer que a única restrição previamente dada para o legislador se encontra nos princípios da Constituição. Por tanto, um conceito de bem jurídico vinculante político criminalmente só pode se derivar dos encargos, definidos na Lei Fundamental, de nosso Estado de Direito baseado na liberdade do indivíduo, através dos quais se lhe marcam seus limites à postura punitiva do Estado”*¹³³.

Esse parece ser o critério mais adequado na eleição do bem jurídico penal, ou seja, para justificar a atuação do Direito Penal o bem jurídico deve ser avaliado à luz da Constituição Federal, a qual funcionará não apenas como limite, mas como fundamento do Direito Penal.

¹³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. p. 62-82. apud BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. Ob. cit., p. 49.

¹³² CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 33.

¹³³ *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid, Civitas, 2006, p. 55-56.

Essa relação entre bem jurídico penal e Constituição, faz com que a lei penal sofra determinadas limitações, mas, em outras situações, passe por revisões visando a uma tutela mais eficiente em relação a determinados bens jurídicos. Esse processo de avaliação constitucional do Direito Penal pode acarretar a despenalização de determinados comportamentos, a incriminação de novas condutas e uma exacerbação ou redução da resposta penal para outras.

Apesar de existirem críticas à adoção desse caminho, a razão está com Antonio Carlos da Ponte quando afirma:

“É muito mais útil um bem jurídico-penal ligado à Constituição, que por sua vez deve estar fundada em direitos e garantias fundamentais, do que simplesmente abandonar essa postura em respeito ao acolhimento de conceitos vagos, impassíveis de individualização”¹³⁴.

Por tudo o que foi exposto, pode-se conceituar o bem jurídico penal como todo bem ou interesse de relevância jurídico-penal, avaliado e delimitado de acordo com os valores e princípios consagrados na Constituição Federal, e para os quais os outros ramos do Direito são insuficientes para promover uma tutela satisfatória.

Após esse breve esboço sobre o surgimento e a evolução da concepção e do conceito de bem jurídico penal, resta apreciá-lo à luz do Texto Constitucional.

2.3. Bem jurídico penal e Constituição Federal

Como dito acima, o critério de aferição do bem jurídico de acordo com a Constituição Federal é considerado no presente estudo o método adequado para a cunhagem dos valores primordiais que deverão ser levados à tutela penal.

Ademais, a averiguação do bem jurídico sob o crivo do texto constitucional, propicia uma adequada avaliação da incidência do Direito Penal na proporção exata para uma efetiva proteção de tais valores, bem como justifica a imposição de certos limites no atuar do legislador penal.

¹³⁴ PONTE, Antonio Carlos da. Op. cit., p.151.

Repisa-se, portanto, que esse processo de leitura constitucional do Direito Penal pode redundar na descriminalização de determinados comportamentos, na incriminação de outros na exacerbação ou na redução da reprimenda penal para outras condutas delitivas¹³⁵. Portanto, a Constituição pode ser vista não somente como limite, mas também como fundamento do Direito Penal.

Enaltecendo esse duplo papel – limite e fundamento – da Carta Magna sobre o Direito Penal, Maria da Conceição Ferreira da Cunha sustenta que ao mesmo tempo em que a Constituição contempla os princípios fundamentais de defesa do sujeito frente ao poder do Estado, em outros momentos, preocupa-se:

“com a defesa activa do indivíduo e da sociedade em geral, e tendo em conta que os direitos individuais e os bens sociais, para serem efectivamente tutelados, podem não se bastar com a mera omissão estadual, não devendo ser apenas protegidos face a ataques estaduais, mas também face a ataques de terceiros, ela pressupõe (e impõem) uma actuação estadual no sentido protector dos valores fundamentais (os valores que ela própria, por essência consagra)”¹³⁶.

Se o constituinte por um lado buscou estabelecer uma série de garantias e liberdades ao cidadão, colocando o Direito Penal na condição de “*ultima ratio*” para determinados assuntos – levando-se em conta o modelo de Estado Democrático de Direito – não se pode olvidar, por outro lado, que no corpo da Constituição há um conjunto de matérias onde a atuação do Direito Penal é imprescindível.

¹³⁵ “Se o movimento descriminalizador é legítimo, relativamente a condutas insignificantes ou nenhuma lesividade social e constitucional, notadamente àqueles valores inerentes ao Estado Democrático e Social de Direito, afigura-se indiscutível a necessidade de redimensionar a tutela do Direito Penal, ou seja, torná-lo inflexível relativamente à macrocriminalidade, à criminalidade do colarinho branco, enfim, àquela fatia da delinquência que, efetivamente, é lesiva e impede a implementação dos princípios e direitos sociais, bem como dos objetivos da República, configurados na Constituição” (SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Perspectivas (re) legitimadoras*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 207).

¹³⁶ *Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto, Universidade Católica Portuguesa, Editora Porto, 1995, p. 273. Neste mesmo trabalho, mais adiante, a autora reforça tal concepção ao colocar que a “Constituição não deveria ser vista de forma unilateral, preocupada apenas com a defesa do indivíduo potencial criminoso (ou acusado de tal), mas também com as potenciais vítimas e com a defesa de toda a sociedade. Assim como teria legitimidade para conter o poder criminalizador, autorizando-o apenas à tutela de objectos legítimos, teria também legitimidade para lhe impor um âmbito mínimo irrenunciável de tutela” (Op. cit., p. 307).

Importante frisar que os textos foram transcritos de acordo com o português vigente em Portugal, por isso as palavras activa, efectivamente, actuação, protector e objectos, estão escritas de maneira diversa em relação à nossa língua portuguesa.

E, é dentro desse prisma dual que o presente trabalho se desenvolverá a partir de agora, dando-se ênfase ao atuar da ciência penal na seara dessas matérias que, obrigatoriamente, cobram um atuar firme e consistente do legislador, e que – por que não? – coloca o Direito Penal como “*prima ratio*”.

2.4. Bem jurídico penal difuso e coletivo

Neste tópico será analisada a concepção de bens difusos e coletivos, para que seja definida a forma de tutelá-los eficazmente na esfera penal. Como se verá adiante é inevitável que o Direito Penal se aperfeiçoe para que seja potencialmente capaz de auxiliar na preservação e proteção dos interesses transindividuais, adotando instrumentos diferenciados daqueles utilizados para a tutela de bens e interesses meramente individuais.

2.4.1. Definições de bens difusos e coletivos

Toda coisa material dotada de valor econômico, ou imaterial, mas que possua valor moral, constituindo objeto do direito, é denominada bem jurídico. Alguns bens jurídicos, todavia, não são identificados apenas de forma individualizada, pois pertencem à coletividade como um todo ou, ao menos, à determinada categoria de indivíduos. Estes bens são, respectivamente, os bens jurídicos difusos e os coletivos.

O bem jurídico difuso é o objeto de estudo e de trabalho do direito difuso. O artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor traz o conceito de interesses difusos como sendo “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Mais precisamente, bens jurídicos difusos são interesses que dizem respeito a um número indeterminado de pessoas, titulares de um objeto indivisível e que estão interligadas por um liame fático.

Portanto, interesses difusos são aqueles que possuem como características: 1) a indeterminabilidade de sujeitos; 2) a indivisibilidade do objeto; 3) a existência de um vínculo de fato. Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso:

“São interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização, necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço”¹³⁷.

Trata-se de um conjunto de interesses individuais, onde cada um dos elementos do grupo indeterminado e indeterminável de pessoas possui o seu interesse, mas que guardam pontos comuns entre si, sendo certa a impossibilidade de se apontar a parcela do todo que pertenceria a cada um dos interessados.

Esses interesses para Hugo Nigro Mazzilli *“são como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas”¹³⁸*. O direito ao meio ambiente equilibrado¹³⁹ é exemplo de interesse difuso.

Os interesses coletivos, de outro modo, são definidos no artigo 81, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, como *“os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”*.

Sem embargo da definição legal, pode-se conceituar de forma mais completa os bens jurídicos coletivos, como os interesses que dizem respeito a um número determinado de indivíduos, pertencentes a um grupo, categoria ou classe, titulares de um objeto indivisível e que, por um vínculo de natureza jurídica, estão ligados entre si ou com a mesma parte contrária.

São características dos interesses coletivos: 1) a possibilidade de determinação dos sujeitos; 2) a indivisibilidade do objeto – ponto comum entre estes interesses e os

¹³⁷ *Interesses difusos – Conceito e Legitimação para Agir*. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1994. p. 114-115.

¹³⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 19ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 50-51.

¹³⁹ Segundo o artigo 225, *caput*, da Constituição Federal: *“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”*.

difusos -; 3) a existência de um vínculo jurídico entre os sujeitos – interesse coletivo em sentido estrito (exemplo: condôminos que contratam entre si o rateio das despesas de utilização do edifício) - ou entre as várias pessoas determináveis e a mesma parte contrária – interesse coletivo impróprio ou por extensão (exemplos: todas as pessoas que firmam contrato de seguro com uma mesma instituição financeira e que são vítimas de uma cláusula abusiva oriunda do respectivo contrato; todos os alunos de uma determinada escola que com esta firmaram contrato de fornecimento de serviço e que são vítimas da péssima qualidade de ensino).

2.4.2. Definição de bem jurídico penal difuso e coletivo

Bem jurídico penal difuso ou coletivo é todo aquele que possuindo as características – acima apontadas - inerentes aos interesses transindividuais, possui relevância na órbita penal e que encontra guarida, imediata ou mediata, nos princípios e valores consagrados na Constituição Federal. Como exemplos de bens jurídicos penais difusos – ou coletivos -, podem ser citados: o meio ambiente, o consumidor, o sistema informático, a ordem econômico-financeira, a ordem tributária, o patrimônio genético, dentre outros.

2.4.3. Os crimes de plástico

Levando-se em conta o momento em que a conduta passa a ter relevância para fins de tipificação pelo ordenamento jurídico-penal, os crimes podem ser divididos em crimes naturais e crimes de plástico.

Há condutas que no passado foram reprimidas independentemente da organização social concebida e que continuam e continuarão a ser objeto de criminalização, como, por exemplo, matar, roubar, furtar, estuprar etc. Esses comportamentos criminosos compõem os chamados crimes naturais, dentre os quais se encontram o homicídio, roubo, furto, estupro...

Dessa constatação, depreende-se que os crimes naturais sempre foram e continuarão a ser previstos nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Corroborando esse fato, Antonio Carlos da Ponte expõe:

“São os chamados crimes naturais, previstos no passado, sendo punidos hoje e, certamente, serão objeto de censura no futuro, posto que salvaguardam bens pessoais que interessam à sociedade como um todo. A obediência ao comando legal é medida natural, assim como a punição ao infrator”¹⁴⁰.

Em contrapartida aos crimes naturais, aparecem os chamados crimes de plástico, que representam aqueles comportamentos perniciosos que somente são percebidos em um determinado contexto social, ou seja, são aqueles delitos em que o bem protegido pelo Direito Penal se justifica em um dado momento histórico, político e social (de acordo com os avanços tecnológicos, científicos, sociais...).

É o que se verifica em relação a certos interesses metaindividuais como a tutela do meio ambiente, do consumidor, da informática, do patrimônio genético, dentre outros. Fazendo-se uso, mais uma vez, das lições de Antonio Carlos da Ponte:

“Contrapõem-se a esse modelo os crimes de plástico, que são condutas que apresentam um particular interesse em uma determinada época ou estágio da sociedade organizada, de acordo com as necessidades políticas do momento, tal como ocorre atualmente nos crimes contra as relações de consumo, os crimes contra o meio ambiente, os delitos informáticos, etc”¹⁴¹.

Assim, percebe-se que ao integrar a concepção de criminalidade plástica, a tutela do bem jurídico penal difuso – ou coletivo – é tema que está e continuará durante muito tempo em aberto. E que, como se verá adiante, exige uma leitura diferenciada de alguns institutos que compõem a ciência penal, apartando-a de uma visão puramente dogmática para demonstrar que o Direito Penal não busca apenas um fim em si mesmo.

Os delitos que ofendem os bens de natureza difusa e coletiva demonstram que o Direito Penal tradicional é insuficiente para tutelar satisfatoriamente tais interesses, havendo necessidade de adoção de uma política criminal diferenciada. Sobre essa tendência pondera Renato de Mello Jorge Silveira:

“A Política Criminal de hoje não mais pode ser comparada com a do passado, mesmo um passado recente. Os problemas da moderna criminalidade, bem como as alterações por que tem passado o mundo nos

¹⁴⁰ Op. cit., p. 37-38.

¹⁴¹ *Idem*, p. 38.

últimos anos, impõem uma reflexão profunda. As criminalidades econômicas e ecológicas, o contrabando de drogas, as lesões constatadas em diversos consumidores por falhas em produtos industrializados são apenas algumas facetas da nova criminalidade relativa aos interesses difusos, a qual necessita de respostas outras, que não somente as tradicionais”¹⁴².

Dessa forma, para combater de modo eficaz esses comportamentos que ofendem bens jurídicos difusos e coletivos, o Direito Penal precisa passar por uma remodelagem, abandonando-se certos preceitos do Direito Penal comum, que podem ser tidos como verdadeiros obstáculos à consecução de um Direito Penal capaz de equacionar, satisfatoriamente, esses problemas.

Há necessidade de que a norma penal seja ampla, exigindo complementação. Em outras palavras, é imprescindível a utilização de tipos penais abertos e normas penais em branco. A antecipação da tutela penal também se afigura como imprescindível, permitindo a punição de atos meramente preparatórios e a promoção da proteção penal para situações de mera colocação do bem em perigo. Nesse contexto, ganham relevância os crimes formais, os de mera conduta e os de perigo abstrato.

2.4.4. A necessidade de adaptação do Direito Penal para uma tutela efetiva dos bens difusos e coletivos

Como dito acima, o Direito Penal de cunho meramente dogmático é ferramenta inoperante para a salvaguarda dos bens difusos e coletivos, que exigem um arcabouço normativo jurídico próprio para o enfrentamento das condutas que lhe são danosas ou que simplesmente os expõem a perigo de dano.

Aliás, a tutela que se afigura necessária no caso de interesses metaindividuais é justamente a preventiva, pois, fica evidente que nessa área o escopo principal é evitar o dano ou a lesão ao bem jurídico. Para tanto o ordenamento jurídico precisa municiar o Direito Penal de “*armas*” próprias para que haja um combate veemente à criminalidade difusa e coletiva.

¹⁴² Op. cit., p. 168.

2.4.4.1. Princípio da legalidade, tipos penais abertos e normas penais em branco

Para falar sobre tipos penais abertos e normas penais em branco torna-se imprescindível trabalhar com o princípio da legalidade.

Apesar das diversas opiniões sobre a verdadeira origem do princípio da legalidade, o fato é que este se consagra definitivamente como aforismo político do movimento constitucionalista inspirado pelos ideais iluministas do século XVIII, iniciando seu processo de universalização com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, na França¹⁴³.

No início do século XIX, Feuerbach atribuiu-lhe o apotegma latino pelo qual foi mundialmente difundido: *“nullum crime e nulla poena, sine previa lege”*. *“Feuerbach também procura dar ao princípio em questão um fundamento jurídico vinculando-o a prevenção geral como fim da pena”*¹⁴⁴.

Na atual Constituição brasileira o princípio da legalidade em sua fórmula geral vem previsto no inciso II do artigo 5º: *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*. Todavia, sua vertente penal vem estabelecida no inciso XXIV do mesmo artigo 5º: *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*. Anteriormente o Código Penal, em seu artigo 1º, já trouxera redação muito similar à apresentada pelo constituinte no inciso XXXIV do artigo 5º em 1988.

¹⁴³ Da leitura da declaração fica nítida a preocupação com a legalidade no artigo 5 e, especificamente no campo penal, nos artigos 7 e 8. *“Art. 5. A lei não pode proibir senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo o que não é defeso em lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena”*. *“Art. 7. Ninguém pode ser acusado, detido ou preso, senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por ela prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou fazem executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas todo cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer incontinenti: ele se torna culpado em caso de resistência”*. *“Art. 8. A lei só poderá estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito, e legalmente aplicada”*.

¹⁴⁴ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 20.

O princípio em comento traduz a principal garantia penal de um ordenamento jurídico, “*posto que é estruturador do princípio da dignidade da pessoa humana e parâmetro indispensável ao sistema jurídico punitivo*”¹⁴⁵.

A legalidade não se confunde com a anterioridade. Esta é apenas um dos significados daquela. Pode-se afirmar que o princípio da legalidade apresenta três significados – ou sentidos – distintos: político, jurídico em sentido amplo e jurídico em sentido estrito.

Em seu principal significado, que é o político, a legalidade pode ser entendida como uma garantia do cidadão frente à atuação do próprio Estado. O significado jurídico em sentido lato – ou amplo - de legalidade impõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Finalmente, o significado jurídico em sentido estrito de legalidade (ou penal) traduz-se no princípio da anterioridade. Portanto, na essência, a anterioridade representa um dos significados da legalidade.

Vale esclarecer que é possível respeitar a anterioridade sem atentar contra a legalidade. Mas, não há como preservar a legalidade sem respeitar a anterioridade. As medidas de segurança são uma demonstração inequívoca de que é possível preservar a anterioridade sem observar a legalidade, porque as medidas de segurança, no Brasil, não têm um prazo máximo de duração, mas somente um prazo mínimo.

Para que seja observada a legalidade, a lei tem que ser certa, determinada e delimitada. As medidas de segurança são certas, determinadas, mas não são delimitadas. Portanto, elas não obedecem ao princípio da legalidade, por não possuírem prazo máximo de duração. Assim, conclui-se que as medidas de segurança, no sistema jurídico brasileiro, observam à anterioridade, mas não atendem à legalidade.

São efeitos da aplicação do princípio da legalidade: 1) a irretroatividade da lei penal – como regra a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o agente; 2) a exigência de lei escrita – deverá necessariamente existir lei escrita tratando das

¹⁴⁵ PONTE, Antonio Carlos da. Op. cit., p. 68.

infrações penais e de suas respectivas sanções; 3) a taxatividade – alguns autores inserem a taxatividade como um princípio, todavia, na essência a taxatividade é um dos efeitos – ou uma das características da legalidade. De acordo com a taxatividade, a lei penal precisa ser clara e objetiva, isto é, as normas penais incriminadoras não podem ser vagas e imprecisas.

A previsão “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*” aglutina várias formas do princípio da legalidade, como: “*nulla poena sine lege*”; “*nulla poena sine crimen*”; “*nullum crimen sine poena legali*”.

Ainda sobre o princípio da legalidade cumpre repisar que no âmbito dos interesses penais metaindividuais a taxatividade – que, como dito acima, é um dos efeitos ou características da legalidade – deve ser vista com moderação. Quando se fala na tutela de interesses difusos – ou coletivos – na esfera penal, fica complicado trabalhar com a idéia de taxatividade que foi concebida dentro de uma perspectiva de proteção de interesses penais individuais.

Por essa razão, é que a Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) trabalha basicamente com tipos penais abertos¹⁴⁶, porque não é possível descrever todos os comportamentos que traduzem um risco ou dano ambiental. Essa dificuldade de observância da taxatividade, também se dá em relação aos crimes contra o consumidor, ambientais, biogenéticos, dentre vários.

Não se pode olvidar, porém, que a não observância da taxatividade foi a estratégia utilizada para subverter a garantia da legalidade em estados de regimes totalitários, como ocorreu no Estado soviético e no Estado alemão nacional-socialista.

Portanto, a flexibilização da taxatividade somente pode ser admitida, em caráter notadamente excepcional, para tutela de interesses difusos – ou coletivos – em que seja necessário promover uma maior abertura no preceito primário da norma incriminadora,

¹⁴⁶ Tipos penais abertos são aqueles que dependem de interpretação e complemento do tipo incriminador por parte do magistrado. Não há ofensa ao princípio da legalidade, tendo em vista que a interpretação e o complemento são realizados pelo juiz e, necessariamente, obedecem a balizamentos.

cujo objetivo seja o de manter a norma atualizada e eficaz perante os mais diversos comportamentos nocivos a esses interesses.

Dessa maneira, quanto à criminalidade difusa – ou coletiva - a taxatividade não pode ser levada às últimas consequências, sob pena de tornar inviável a defesa dos bens metaindividuais na seara criminal. Destarte a utilização de tipos penais abertos é fundamental para se estabelecer uma proteção penal satisfatória no campo dos interesses difusos e coletivos.

Outra medida imprescindível para tornar o Direito Penal eficiente no combate a estes delitos é a utilização de normas penais em branco.

Normas penais em branco, ou “*cegas*”, são aquelas em que o preceito é indeterminado quanto ao seu conteúdo e nas quais só se fixa com precisão a parte sancionadora. Podem ser subdivididas em normas penais impropriamente em branco e normas penais em branco propriamente ditas.

Normas impropriamente em branco são aquelas que possuem fontes formais homogêneas na formação da lei, exemplo: o artigo 237¹⁴⁷, do Código Penal, cujo complemento (definição dos impedimentos matrimoniais) é retirado da lei civil. Por outro lado, normas em branco propriamente ditas, são aquelas que possuem fontes formais heterogêneas, posto que o órgão legiferante é diverso, como ocorre, por exemplo, com o artigo 28 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) – quem define o que são drogas é o Ministério da Saúde¹⁴⁸.

Verifica-se, portanto, que o complemento de uma norma penal em branco pode se dar por atos normativos diversos, como leis, decretos e portarias. Nesse diapasão, insta esclarecer que, quando o complemento for estável, ou seja, possuir caráter

¹⁴⁷ “Art. 237, CP. *Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta:*

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano”.

¹⁴⁸ Atualmente, a atribuição para relacionar as drogas que causem dependência física e psíquica é da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão vinculado ao Ministério da Saúde. Nesse sentido a Lei n. 11.343/06, apontou em seu artigo 66 a vigência da Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998, da SVS/MS (Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde).

permanente, se, esse complemento deixar de existir, não será mais possível falar em crime, pois o complemento terá retroatividade.

Já, se o complemento tiver caráter excepcional ou temporário, o que é relevante é a data do fato e, portanto, nesse caso, o complemento terá ultratividade, como ocorre com o previsto no artigo 2º, inciso VI¹⁴⁹, da Lei 1.521/51 (Crimes Contra a Economia Popular) – o comerciante que vende mercadoria por um preço acima da tabela, comete crime contra a economia popular.

Se depois da venda acima do preço tabelado, o tabelamento deixar de existir, como o complemento é temporário, terá ultratividade. Dessa forma, se o vendedor efetuou a venda acima do valor na época do tabelamento, o crime permanecerá.

Para Basileu Garcia as normas penais em branco, de certa forma, atentam contra o princípio da legalidade. Na sua visão:

“Por vezes, a lei penal, ao conceituar a infração, reporta-se a textos extra-penais, em vigor ou porvindouros, de cujo conteúdo ficam a depender os contornos e a própria existência da figura delituosa. Aí temos a chamada lei penal em branco, modalidade que, pela sua progressiva adoção, assume uma importância que de certo modo cerceia o império do princípio nullum crimen. Sim, porque surge tão difusa e imprecisa, em alguns casos, a complementação da norma penal, e obriga tão intrincadas averiguações para positivar-se a existência ou não do crime, que aquele dogma fundamental decai do seu valor como garantia contra imputações especiosas ou arbitrarias”¹⁵⁰.

Entretanto, com a devida “*venia*”, a norma penal em branco não ofende o princípio da legalidade, desde que o complemento da lei penal seja encontrado em outra fonte normativa, previamente determinada e conhecida.

Porém, é de se reconhecer que o complemento da norma penal em branco, normalmente, é temporário, devendo nesse caso ter aplicação ultrativa, mantendo a

¹⁴⁹ “Art. 2º, Lei n. 1.521/51. São crimes desta natureza: (...)”

VI – transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado, assim como não manter afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes”; (...)

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de dois mil a cinquenta mil cruzeiros”.

¹⁵⁰ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4ª ed. São Paulo, Max Limonad, s/d, v. I, Tomo I, p. 154.

conduta, no futuro, como criminosa, o que sedimenta um desdobramento diferenciado no tratamento dessa lei penal no tempo, como ocorre com as leis temporárias e excepcionais.

Retornando-se à questão da proteção de bens difusos e coletivos na seara penal, a utilização da técnica da norma penal em branco apresenta-se como via adequada e necessária a ser utilizada, pois permite que a norma seja atualizada mais celeremente, propiciando um aprimoramento normativo capaz de acompanhar a evolução da criminalidade transindividual.

Defendendo a utilização das normas penais em branco no que concerne à tutela do meio ambiente, Cándido Conde-Pumpido Tourón, apresenta quatro indagações e respectivas respostas, capazes de justificar essa exigência:

“1. Por que se protege penalmente o meio ambiente? Por razões constitucionais (é um imperativo do art. 45.3 da Constituição Espanhola) e por razões sociais (existe uma acoçadora demanda social) e por razões dogmáticas (cumpre os três requisitos do princípio de intervenção mínima: é um bem jurídico digno de proteção penal, necessitado de proteção penal e suscetível de proteção penal); 2. O que se protege mediante essas sanções penais? Um bem jurídico autônomo: o meio ambiente ou equilíbrio dos sistemas naturais. Autônomo tanto a respeito dos bens jurídicos tradicionais como da normativa ou atuação administrativa; 3. Quando se deve proteger penalmente? Conforme o princípio de intervenção mínima, nos casos de agressões mais graves quando seja conveniente a utilização de sanções privativas de liberdade que, conforme a Constituição Espanhola, não podem ser impostas pela Administração; e 4. Como se tutela? Mediante a utilização de duas técnicas específicas: a técnica dos delitos de perigo e a técnica de reenvio à normativa administrativa. Esta última é necessária por razões de unidade do ordenamento jurídico, certeza ou segurança jurídica e eficácia”¹⁵¹.

Assim, o uso do mecanismo da norma em branco é indispensável para pavimentação de um caminho seguro na tarefa de proteger os bens jurídicos supra-individuais de relevo para Direito Penal.

¹⁵¹ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. *Complementaridad de la tutela penal e la administrativa sobre el medio ambiente. Problemas que suscita desde las perspectivas do derecho penal*”, em *Las fronteras do código penal de 1995 e el derecho administrativo sancionador*, em Cuadernos de derecho judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, p. 440-441, *apud*, BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Op. cit.*, p. 113.

2.4.4.2. Antecipação da tutela penal

Para que a proteção a ser dada pelo ordenamento jurídico no campo dos interesses penais difusos e coletivos seja eficiente, faz-se, também, necessário, muitas vezes, antecipar a aplicação da norma penal. Essa exigência impõe-se em função da obrigação de evitar que o dano ocorra, ou seja, a tutela fornecida deve ser preferencialmente a preventiva.

Assim sendo, para que haja essa antecipação da tutela o Direito Penal já precisa se apresentar quando do momento de preparação do ilícito penal. Sabe-se que o “*iter criminis*” apresenta quatro etapas: 1) cogitação - fase interna -; 2) preparação; 3) execução; 4) consumação; - essas últimas três etapas compõem a fase externa do itinerário do crime -. Das quatro etapas, a primeira – cogitação - não traz qualquer relevância penal, ao passo que as duas últimas – execução e consumação – certamente exigem o atuar do Direito Penal.

No que concerne à etapa preparatória, como regra, a ciência penal não intervém nesse momento, salvo quando a lei penal trazer a tipificação do próprio ato preparatório, como se verifica, por exemplo, com os delitos de “*petrechos para falsificação de moedas*”¹⁵² - que seria ato preparatório do crime de “*moeda falsa*”¹⁵³ - e de “*simulação de autoridade para celebração de casamento*”¹⁵⁴ - que seria preparação do crime de “*simulação de casamento*”¹⁵⁵ -.

É dentro dessa vertente de tipificação de atos preparatórios que se propõe trabalhar o Direito Penal na proteção dos bens jurídicos difusos e coletivos, buscando uma atuação prospectiva, que permita a salvaguarda de tais bens antes da produção do dano.

¹⁵² “Art. 291, CP. Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa”.

¹⁵³ “Art. 289, “caput”, CP. Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa”.

¹⁵⁴ “Art. 238, CP. Atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, se o fato não constitui crime mais grave”.

¹⁵⁵ “Art. 239, CP. “Simular casamento mediante engano de outra pessoa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, se o fato não constitui elemento de crime mais grave”.

Deve-se esperar a devastação da Mata Atlântica para que a norma penal possa incidir, ou será que a mera prática de atos que possam desencadear tal processo não é suficiente para permitir a aferição de responsabilidade penal? É evidente que o melhor é optar pela preservação do patrimônio ambiental. Para tanto, a norma penal deve estar apta a atuar para preservá-lo, o que somente será viabilizado se a proteção for dada preventivamente.

Se o que está a reclamar a atuação do legislador penal é um bem jurídico individual, tradicional, a antecipação da tutela penal é medida que descarrila da linha de um Direito Penal a ser modulado de acordo com a forma democrática de Estado.

Entretanto, se o que está em foco é a proteção de um bem transindividual, não há como prescindir da utilização deste expediente. E, ao escolher esse caminho o legislador não estará aderindo a um Direito Penal de cunho totalitário. Em função da inquestionável relevância dos bens difusos e coletivos, é que esta postura se justifica.

2.4.4.3. Crimes de perigo abstrato

Se analisado sob o prisma da lesão ou mera ameaça de lesão ao bem jurídico, os crimes podem ser classificados em crimes de dano e de perigo. Estes se subdividem em crimes de perigo concreto e de perigo abstrato.

O crime de dano pode ser definido como aquele que, para sua consumação, impõe a ocorrência de uma efetiva lesão ao bem jurídico. Nesse caso, a não produção da lesão pode caracterizar o “*conatus*” ou, simplesmente, um irrelevante penal. Como exemplos de crimes de dano, encontram-se: o roubo, o furto, o dano, a lesão corporal e o homicídio.

Ao revés, crime de perigo é aquele que para se consumir se contenta com a mera colocação do bem jurídico numa situação de risco, ou seja, é aquele cuja consumação exige apenas que o bem seja exposto a uma situação de perigo de dano. Três são as teorias que buscam fornecer o conceito de perigo: teoria subjetiva, teoria objetiva, teoria objetivo-subjetiva (híbrida). Segundo Julio Fabbrini Mirabete:

“Três são as correntes a respeito da conceituação do perigo. Na primeira, subjetivista, entende-se que o perigo é mera criação do espírito do homem, simples prognóstico da ocorrência de uma lesão. Os objetivistas, porém, consideram o perigo um trecho da realidade, um estado de fato concreto, real. Na terceira corrente (objetivo-subjetivista), o perigo é considerado como uma realidade que exige um juízo mental para a apuração de sua existência”¹⁵⁶.

Assim sendo, de acordo com a teoria subjetiva (Janka, Von Buri, Finger) que vem calcada num conceito positivista-naturalístico, o perigoso existe na mente humana que possui uma visão *“subjetiva, não real, do mundo, baseando-se, através da experiência, na possibilidade ou na probabilidade de ocorrência de produção de um resultado lesivo. Destarte, mediante um juízo subjetivo ex ante, poder-se-ia vislumbrar a existência de um perigo”¹⁵⁷.*

Na precisa lição de Néelson Hungria:

“A teoria subjetiva (Janka, Von Buri, Finger) sustenta que o perigo não é senão uma idéia, um ens imaginationis, nada tendo de objetivo: é uma hipótese, não um fato; uma abstração subjetiva, não uma entidade concreta. Na realidade dos fenômenos, não há lugar para o perigo objetivo, isto é, para a possibilidade ou probabilidade do fenômeno: ou êste acontece, e era desde o princípio possível, embora fosse julgado impossível; ou não acontece, e então era ab initio impossível, ainda que fosse julgado possível. Há sempre, desde o surgir da condição inicial, a certeza absoluta de que o fenômeno terá ou não de verificar-se. Não há fenômenos possíveis ou prováveis, impossíveis ou improváveis, mas apenas fenômenos necessários ou não necessários. Possibilidade e probabilidade não são mais que um fruto da nossa ignorância ou da imperfeição da natureza humana, um produto da limitação do nosso espírito, que não consegue abranger tôdas as causas de um fenômeno”¹⁵⁸.

A teoria objetiva (Von Kries, Binding, Merkel, Oppenheim, Hälschner, Von Liszt, Rocco, Jannitti di Guyanga, Rastiglia, Florian) por sua vez, parte da premissa que alguns comportamentos têm, de uma forma geral, a capacidade de ser perigosos. A periculosidade não decorreria de uma abstração, mas, sim, da constatação de que *“atendendo-se a múltiplas circunstâncias concorrentes, verificada seria a probabilidade de lesão”¹⁵⁹.*

¹⁵⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Especial*. 24ª ed. São Paulo, Atlas, p. 93, v II.

¹⁵⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 92.

¹⁵⁸ HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 2ª ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 1953, p. 357-358, v. V.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 93.

Fazendo-se uso novamente do magistério de Néelson Hungria:

“Diverso é o ponto de vista da teoria objetiva (Von Kries, Binding, Merkel, Oppenheim, Hälschner, Von Liszt, Rocco, Jannitti di Guyanga, Rastiglia, Florian): o perigo é um trecho da realidade. Existe uma possibilidade ou probabilidade objetiva (segundo um cálculo estatístico, fundado na experiência ou observação sistemática dos fatos) e, portanto, um perigo objetivo. Se, em certas circunstâncias, um fenômeno pode ocorrer ou falhar, significa isto que o fenômeno existe na ordem externa das coisas, na possibilidade ou probabilidade objetiva do mundo cósmico, ou seja, que o fenômeno possível ou provável tem uma existência objetiva. O que impede o advento do fenômeno são, in concreto, condições ulteriores às que tendiam necessariamente a produzi-lo; mas a superveniência dessas condições impeditivas não exclui que o perigo tenha existido. Perigo é, portanto, segundo os objetivistas, um estado de fato que contém as condições (incompletamente determinadas) de um evento lesivo (Von Kries)”¹⁶⁰.

Sintetizando a distinção entre as duas teorias, Renato de Mello Jorge Silveira aponta:

“Subjetivamente, o perigo nada mais é do que uma representação mental, um ens imaginationis, não presente no plano concreto. Não tem ele, enquanto fruto da mente, existência real, nada mais sendo do que expectativa subjetiva de um evento que não se deseja. Objetivamente, contudo, é tido como ens reale, presente, pois, no mundo quotidiano. O prognóstico de uma danosidade não depende da apreciação subjetiva valorativa. Existindo, já goza ele de autonomia suficiente para uma apreciação penal”¹⁶¹.

Na atualidade o conceito de perigo decorre de uma fusão desses conceitos, apresentando uma formação híbrida. Se há uma probabilidade de ocorrer um dano, baseado nas circunstâncias do que normalmente acontece, a valoração a ser dada é de que o perigo está presente. Explicando de outra forma:

“Modernamente, ambas as concepções se fundiram. Passou-se a admitir que o perigo tem sempre um quid de objetivo e uma parcela de subjetividade: o juízo probabilístico de superveniência do dano, com base naquilo que costuma acontecer (quod plerumque accidit). Do conceito de dano e do de probabilidade, chega-se ao de perigo. Perigo é a probabilidade de dano. É o dano em potencial. Mas o perigo, embora de certa forma alicerçado na realidade objetiva, deve ser avaliado subjetivamente, por meio de um juízo probabilístico. Completa-se, assim, a noção de perigo por um momento subjetivo. O juízo de probabilidade é resultado de um silogismo, em que a premissa maior é representada por aquilo que sói acontecer (conhecimento nomológico), e a premissa menor, pelo caso concreto (conhecimento ontológico). Destarte, uma dose de veneno costuma matar (conhecimento nomológico); p. ex., Tício ministrou uma taça de veneno a

¹⁶⁰ Op. cit., p. 359.

¹⁶¹ Op. cit., p. 93.

Caio (conhecimento ontológico); logo, Tício provavelmente matará Caio”¹⁶².

Superada a discussão a respeito da conceituação de perigo, passa-se à apreciação das espécies de crime de perigo. Como apontado acima, os crimes de perigo podem ser subdivididos em crimes de perigo concreto e de perigo abstrato.

Crime de perigo concreto é aquele que exige a comprovação de que a conduta praticada foi apta a colocar o bem jurídico em situação efetiva de risco, ou seja, é aquele cuja situação de perigo precisa ser comprovada no caso concreto.

A lei exige de forma expressa que o comportamento realizado pelo agente seja capaz de provocar uma situação de perigo real. “*O perigo só é reconhecível por uma valoração subjetiva da probabilidade de superveniência de um dano*”¹⁶³.

Como exemplos de crimes de perigo concreto podem ser destacados: “*perigo de contágio venéreo*”¹⁶⁴, “*perigo de contágio de moléstia grave*”¹⁶⁵, “*perigo para a vida ou saúde de outrem*”¹⁶⁶, “*abandono de incapaz*”¹⁶⁷, “*exposição ou abandono de recém-nascido*”¹⁶⁸, “*maus-tratos*”¹⁶⁹, “*incêndio*”¹⁷⁰, “*explosão*”¹⁷¹, “*uso de gás tóxico*”

¹⁶² COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 9ª ed. Revista e Atualizada. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 69.

¹⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 15ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 254, v. 1.

¹⁶⁴ “Art. 130, ‘caput’, CP. Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado: Pena - detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa” (...).

¹⁶⁵ “Art. 131, CP. Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

¹⁶⁶ “Art. 132, ‘caput’, CP. Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, se o fato não constitui crime mais grave” (...).

¹⁶⁷ “Art. 133, ‘caput’, CP. Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos” (...).

¹⁶⁸ “Art. 134, ‘caput’, CP. Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos” (...).

¹⁶⁹ “Art. 136, ‘caput’, CP. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa” (...).

¹⁷⁰ “Art. 250, ‘caput’, CP. Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa” (...).

ou asfixiante”¹⁷², “inundação”¹⁷³, “perigo de inundação”¹⁷⁴, “desabamento ou desmoronamento”¹⁷⁵, “participação em competição não autorizada – racha”¹⁷⁶, “direção sem habilitação”¹⁷⁷, “tráfego em velocidade incompatível com a segurança”¹⁷⁸, etc.

Os crimes de perigo abstrato ou presumido são aqueles em que o perigo não precisa ser demonstrado. A simples prática da conduta tipificada já é considerada como suficiente para constatação da situação de perigo a que o bem fica exposto.

Diante de um comportamento potencialmente danoso e de periculosidade social reconhecida, a lei presume-o perigoso. No perigo abstrato há uma previsão “*juris et de jure*” do perigo, não se exigindo a prova do perigo real. Na lição de Pierpaolo Cruz Bottini:

“O crime de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Trata-se de prescrição normativa cuja

¹⁷¹ “Art. 251, ‘caput’, CP. Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa” (...).

¹⁷² “Art. 252, ‘caput’, CP. Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, usando de gás tóxico ou asfixiante:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa” (...).

¹⁷³ “Art. 254, CP. Causar inundação, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, no caso de dolo, ou detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, no caso de culpa”.

¹⁷⁴ “Art. 255, CP. Remover, destruir ou inutilizar, em prédio próprio ou alheio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”.

¹⁷⁵ “Art. 256, ‘caput’, CP. Causar desabamento ou desmoronamento, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa” (...).

¹⁷⁶ “Art. 308, Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro). Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada:

Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”.

¹⁷⁷ “Art. 309, Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro). Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:

Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, ou multa”.

¹⁷⁸ “Art. 311, Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro). Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano:

Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, ou multa”.

*completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto*¹⁷⁹.

São exemplos de crime de perigo abstrato: “*fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfíxiante*”¹⁸⁰, “*subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento*”¹⁸¹, “*difusão de doença ou praga*”¹⁸², “*quadrilha ou bando*”¹⁸³, “*posse irregular de arma de fogo de uso permitido*”¹⁸⁴, “*porte ilegal de arma de fogo de uso permitido*”¹⁸⁵, “*disparo de arma de fogo*”¹⁸⁶, “*pose ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito*”¹⁸⁷, “*embriaguez ao volante*”¹⁸⁸, o crime previsto no artigo 63, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90)¹⁸⁹, dentre outros.

¹⁷⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 111.

¹⁸⁰ “Art. 253, CP. Fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfíxiante, ou material destinado à sua fabricação: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

¹⁸¹ “Art. 257, CP. Subtrair, ocultar ou inutilizar, por ocasião de incêndio, inundação, naufrágio, ou outro desastre ou calamidade, aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento, ou impedir ou dificultar serviço de tal natureza: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

¹⁸² “Art. 259, ‘caput’, CP. Difundir doença ou praga que possa causar dano a floresta, plantação ou animais de utilidade econômica:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa” (...).

¹⁸³ “Art. 288, CP. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único: A pena aplica-se em dobro se a quadrilha ou bando é armado”.

¹⁸⁴ “Art. 12, Lei n. 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento). Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”.

¹⁸⁵ “Art. 14, ‘caput’, Lei n. 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento). Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa” (...).

¹⁸⁶ “Art. 15, ‘caput’, Lei n. 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento). Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa” (...).

¹⁸⁷ “Art. 16, ‘caput’, Lei n. 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento). Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa” (...).

¹⁸⁸ “Art. 306, ‘caput’, Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro). Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Como mencionado no item 2.2.6 do presente trabalho o crime de perigo abstrato foi concebido por Edmund Mezger, sendo desenvolvido em larga escala pelos seguidores da Escola de Kiel.

Talvez em função dessa origem associada à corrente penal que deu sustentação ao regime nacional-socialista é que tal modalidade delitiva tenha posteriormente ficado estigmatizada como instrumento a ser abominado por um Direito Penal que queira estar em consonância com o modelo democrático de Estado.

Nesse sentido, há uma tendência na doutrina pátria em considerar o crime de perigo abstrato como inconstitucional, tomando-se por fundamento que, segundo o princípio da ofensividade - a configuração da infração penal depende da comprovação de que a conduta do agente foi apta a causar, de fato, algum perigo ou ameaça a bens ou interesses alheios. Caso tal situação não seja demonstrada o fato não teria qualquer relevância para o Direito Penal.

Todavia, a idéia que se pretende aqui desenvolver, é exatamente a antítese desse raciocínio, pois, a despeito da origem dos crimes de perigo abstrato ter se dado na ótica de um Estado totalitário, não se pode dizer que são incompatíveis com um Direito Penal de feição democrática.

O que se propugna, pelo contrário, é que a utilização dos crimes de perigo abstrato é necessária para viabilizar a proteção de determinados bens jurídicos difusos e coletivos.

Para tutela de interesses meramente individuais, a utilização de crimes de perigo abstrato realmente se afigura como dispensável, tendo em vista que nesse aspecto o Direito Penal deve ser utilizado apenas em caráter excepcional, quando os demais ramos do direito se demonstrarem inócuos para proteger o bem ou interesse.

Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor” (...).

¹⁸⁹ “Art. 63, ‘caput’, Lei n. 8.078/90. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade:

Penas – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa” (...).

Entretanto, na seara dos bens e interesses supra-individuais o crime de perigo abstrato pode ser um mecanismo valioso na busca por uma proteção veemente, tendo em vista que, muitas vezes, deixar para punir a conduta apenas quando verificado o dano ou quando demonstrado que dela decorreu uma situação de perigo real ao bem jurídico, pode frustrar a preservação deste.

Assim, não há como dizer que todo crime de perigo abstrato afronta a constituição. O princípio da lesividade, como será proposto “*a posteriori*” no item 4.5.2., deve ser utilizado dentro de uma ótica de proteção de bens notadamente individuais, onde o Direito Penal deve ser colocado como “*ultima ratio*” no papel de fornecer a devida tutela ao bem jurídico.

Já quanto aos delitos que atingem ou põem em risco os bens metaindividuais os crimes de perigo abstrato é sim ferramenta válida dentro de um Estado Democrático de Direito, uma vez que não há como abrir mão deles para que seja dada a máxima proteção a bens de tamanha magnitude.

CAPÍTULO 3 - MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

3.1. Introdução

Os mandados constitucionais de criminalização impõem uma relação entre a Constituição e o Direito Penal visando à proteção de determinados bens jurídicos, considerada como tutela de “*fins*”¹⁹⁰.

Visam nesse escopo vincular o legislador penal impondo-lhe a obrigação de legislar a respeito de certas matérias. Nesse contexto não têm o condão de definir a conduta incriminada, mas apenas exigem o atuar do legislador no campo penal, fixando-lhe os limites mínimos de sua atuação.

Portanto, os mandados de criminalização, ou as ordens constitucionais de criminalização, são determinações contidas no próprio Texto Constitucional e que impõem ao legislador a necessidade de incriminação e de enfrentamento satisfatório de determinados comportamentos, vale dizer, reclamam a aplicação do Direito Penal na busca da devida tutela dos bens jurídicos que são objetos destes mandados.

Do ponto de vista histórico, em conformidade com o que sustenta Luiz Carlos dos Santos Gonçalves¹⁹¹, pode-se apontar que já no século XVIII, a Constituição norte-americana de 1787, ao estabelecer a competência do Congresso, previu no seu corpo dois mandados expressos de criminalização, relacionados à punição dos falsificadores de títulos públicos e da moeda corrente dos Estados Unidos e dos atos de pirataria cometidos em alto mar e das infrações aos direitos das gentes - artigo 1º, Seção 8, (6) e (10) -.

Não se pode olvidar que estes dispositivos nasceram com o intuito de “*circunscrever as competências reservadas dos Estados. Sem embargo, dão concretude*”

¹⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra, Coimbra, 2001, p. 47-48, apud FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Norma Penais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 69.

¹⁹¹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Coleção Fórum de Direitos Fundamentais. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2007, p. 141.

ao reconhecimento, constitucional, de que a criminalização daqueles comportamentos era necessária”¹⁹².

Esses comandos constitucionais de penalização, atualmente, encontram-se no bojo de algumas Constituições européias como as da Alemanha¹⁹³, Espanha¹⁹⁴, Itália¹⁹⁵, França¹⁹⁶ e da própria Comunidade Européia¹⁹⁷. Seguindo essa tendência, alguns países

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949, determina de forma expressa a penalização da guerra de agressão, nos seguintes termos:

“Art. 26. 1. São inconstitucionais os atos que sejam suscetíveis de atentar contra a convivência pacífica entre os povos e sejam realizados com essa intenção, em especial aqueles que se destinem a uma guerra de agressão. Esses atos deverão ser penalizados”.

¹⁹⁴ A Constituição da Espanha, de 27 de dezembro de 1978, prevê mandados de criminalização relacionados à proteção do meio ambiente (artigo 45. 1), do patrimônio histórico cultural (artigo 46) e aos abusos de órgãos públicos nas hipóteses em que a restrição de liberdades fundamentais é permitida para a investigação de bandas armadas ou elementos terroristas (artigo 55. 2):

“Art. 45. 1. Todos têm o direito a desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, bem como o dever de conservá-lo. 2. Os poderes públicos velarão pela utilização racional de todos os recursos naturais, com o fim de proteger e melhorar a qualidade da vida e defender e restaurar o meio ambiente, apoiando-se na indispensável solidariedade coletiva. 3. Para quem violar o disposto no apartado anterior, nos termos que a lei fixar se estabelecerão sanções penais ou, se for o caso, administrativas, bem como a obrigação de reparar o dano causado”. Tradução livre do autor.

“Art. 46. Os poderes públicos garantirão a conservação e promoverão o enriquecimento do patrimônio histórico, cultural e artístico dos povos da Espanha e dos bens que o integram, qualquer que seja seu regime jurídico e sua titularidade. A lei penal sancionará os atentados contra este patrimônio”. Tradução livre do autor.

“Art. 55. 2. Uma lei orgânica poderá determinar a forma e os casos em que, de forma individual e com a necessária intervenção judicial e o adequado controle parlamentar, os direitos reconhecidos nos artigos 17, parágrafo 2, e 18, parágrafos 2 e 3, podem ser suspensos para pessoas determinadas, em relação às investigações correspondentes à atuação de bandas armadas ou elementos terroristas. A utilização injustificada ou abusiva das faculdades reconhecidas em dita lei orgânica produzirá responsabilidade penal como violação dos direitos e liberdades reconhecidos pelas leis”. Tradução livre do autor.

¹⁹⁵ O artigo 13 da Constituição da Itália, de 22 de dezembro de 1947, dispõe:

“Art. 13. (...) É punida toda a violência física e moral sobre as pessoas sujeitas de qualquer modo a restrições em sua liberdade. A lei estabelecerá os limites máximos da detenção preventiva”.

¹⁹⁶ A Constituição da França, de 4 de outubro de 1958, no seu Título X, prevê a responsabilidade na órbita penal dos agentes do governo:

“TÍTULO X – Da responsabilidade penal dos membros do Governo.

Art. 68-1. Os membros do Governo serão responsáveis penalmente pelos atos cometidos no exercício de suas funções e tipificados como delitos no momento em que os cometeram (...)”.

¹⁹⁷ Segundo Luciano Feldens (Op.cit., p. 85), “a recente Constituição Européia, sob cuja normatividade encontram-se vinte e cinco países, apontou expressamente para a possibilidade da adoção de ‘regras mínimas’ atinentes à definição de infrações penais enquadráveis naquilo que denomina ‘criminalidade particularmente grave’”.

“Art. III-271º. 1. A lei-marco européia pode estabelecer regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão trans-fronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infrações, ou ainda da especial necessidade de combatê-las, assente em bases comuns. São os seguintes os domínios de criminalidade em causa: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de drogas e de armas, lavagem (branqueamento) de capitais, corrupção, contrafação de moeda, criminalidade informática e criminalidade organizada”.

da América do Sul, como Argentina e Chile – além do Brasil -, preveem obrigações de criminalização nos seus respectivos Textos Constitucionais¹⁹⁸.

¹⁹⁸ A Constituição da Argentina prevê mandados de criminalização em relação à contratação de escravatura, à sedição, à usurpação de poderes, aos atos de força contra a ordem institucional e o sistema democrático, à traição à Nação (artigos 15, 22, 29, 36, 119):

“Art. 15. (...) *Todo contrato de compra e venda de pessoas é um crime do qual serão responsáveis os que o celebrarem, e o escrivão ou funcionário que o autorize*” (...). Tradução livre do autor.

“Art.22. (...) *Toda força armada ou reunião de pessoas a qual se atribua os direitos do povo e peticione em nome deste, comete delito de sedição*” (...). Tradução livre do autor.

“Art. 29. *O Congresso não pode conceder ao Executivo, nem às Legislaturas provinciais, aos governadores de província, faculdades extraordinárias, nem a soma do poder público, nem lhes outorgar submissões ou supremacias pelas quais a vida, a honra ou as fortunas dos argentinos fiquem a mercê de governos ou pessoa alguma. Atos desta natureza levam consigo uma nulidade insanável, e sujeitarão aos que os formulem, consintam ou assinem, à responsabilidade e pena dos infames traidores da pátria*” (...). Tradução livre do autor.

“Art. 36. *Esta Constituição manterá seu império ainda quando se interromper sua observância por atos de força contra a ordem institucional e o sistema democrático. Estes atos serão insanavelmente nulos. Seus autores serão passíveis da sanção prevista no artigo 29, inabilitados a perpetuidade para ocupar cargos públicos e excluídos dos benefícios do indulto e da comutação de penas. Terão as mesmas sanções aqueles que, como consequência destes atos, usurparem funções previstas para as autoridades desta Constituição ou as das províncias, os quais responderão civil e penalmente por seus atos. As ações respectivas serão imprescritíveis*” (...). Tradução livre do autor.

“Art. 119. *A traição contra a Nação consistirá unicamente em tomar armas contra ela, ou em se unir a seus inimigos lhes prestando ajuda e socorro. O Congresso fixará por uma lei especial a pena deste delito; mas ela não passará da pessoa do delinqüente, nem a infâmia do réu se transmitirá a seus parentes de qualquer grau*”. Tradução livre do autor.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves afirma que: “A Carta Argentina contém outros mandados de criminalização em razão do reconhecimento de hierarquia constitucional para diversos Tratados, Declarações e Convenções que enumera, artigo 22, entre eles, a Convenção sobre a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial; a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher; a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis. Considerando que todos esses instrumentos internacionais trazem ordens de criminalização é possível dizer que, embora mediatamente, são normas constitucionais” (Op. cit., p. 143). Neste sentido o artigo 22, da Constituição Argentina dispõe:

“Art. 22. (...) *nas condições de vigência, tem hierarquia constitucional, não derogam artigo algum da primeira parte desta Constituição e devem entender-se complementares dos direitos e garantias por ela reconhecidos. Só poderão ser denunciados, em seu caso, pelo Poder Executivo Nacional, prévia aprovação das duas terceiras partes da totalidade dos membros da cada Câmara*” (...). Tradução livre do autor.

A respeito da Constituição do Chile, novamente Luiz Carlos dos Santos Gonçalves registra que: “A Constituição Chilena de 1980, com a reforma de 2000, trouxe também comandos de criminalização. Destaca-se a ordem para que a lei defina as condutas de terrorismo, artigo 9º, que deverão ser consideradas crimes comuns e não políticos e não poderão ser indultadas. Outro aspecto digno de nota é que, ao determinar que a violação da vida privada e pública, da honra da pessoa e de sua família sejam consideradas delitos, quando praticadas por meios de comunicação, a Constituição Chilena estabelece que eles poderão eximir-se da responsabilidade se demonstrarem a verdade da imputação, salvo se ela constituir também delito de injúria a particulares. Ou seja: trata-se de uma hipótese de exclusão de ilicitude penal trazida por uma Carta Constitucional”. Preceituam, respectivamente, os artigos 9, 19, Nº 4 e Nº 7, e 32, 22º, que:

“Art.9. (...) *Uma lei de quórum qualificado determinará as condutas terroristas e sua penalidade (...). Os delitos a que se refere o inciso anterior serão considerados sempre comuns e não políticos para todos os efeitos legais e não procederá a respeito deles o indulto particular, salvo para comutar a pena de morte pela de prisão perpétua*” (...). Tradução livre do autor.

“Art.19 Nº 4. *O respeito e proteção da vida privada e pública e à honra da pessoa e da sua família. A infração deste preceito, cometida através de um meio de comunicação social, e que consista na imputação de um fato ou ato falso, ou que cause injustificadamente dano ou descrédito a uma pessoa ou*

A Constituição brasileira de 1988, seguindo essa diretriz, trouxe diversos mandados de criminalização que serão oportunamente enfrentados.

Assim, os mandados de criminalização visam a estabelecer determinados bens em que o legislador não tem outra opção senão tutelá-los na senda penal. Deve-se registrar, porém, que essas obrigações de penalização não limitam o legislador infraconstitucional, que pode estabelecer outros bens como passíveis de tutela penal, desde que sejam avaliados em conformidade com os valores e princípios consagrados na Constituição.

“A criminalização há de fazer-se tendo por fonte principal os bens constitucionais, ou seja, aqueles que, passados por um filtro valorativo do legislador constitucional são postos como base e estrutura jurídica da comunidade. E, embora o legislador criminal possa tutelar com suas sanções bens não previstos constitucionalmente, só o pode fazer desde que não viole os princípios básicos das constituições”¹⁹⁹.

Como apregoa Luciano Feldens

“A Constituição da República Federativa do Brasil oferece um extenso rol de mandados expressos de penalização. Inicia por fazê-lo no artigo 5º, inciso XLI ao expressar que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”²⁰⁰.

De certo, a previsão é notadamente genérica, motivo pelo qual o citado autor revela a seguir que deve haver *“algumas considerações. Sob a perspectiva do bem tutelado, confere legitimidade à instituições de tipos penais que visem a coibir condutas que, em tese, revela aludida discriminação atentatória”²⁰¹.*

Assim, pode-se até questionar se toda violação a direitos fundamentais deve ser criminalizada – embora deva ser punida – mas, se assim o fizer, os direitos enumerados como fundamentais revestem-se, ainda, da chancela de mandados de criminalização e,

sua família, será constitutiva de delito e terá a sanção que determine a lei. Com tudo, o meio de comunicação social poderá excepcionar-se provando ante o tribunal correspondente a verdade da imputação, a não ser que ela constitua por si mesma o delito de injúria a particulares. (...)

Nº 7. Não poderá impor-se a pena de confisco de bens, sem prejuízo do confisco nos casos estabelecidos pelas leis; mas dita pena será procedente a respeito das associações ilícitas”. (...) Tradução livre do autor.

“Art. 32, 22º (...) Os Ministros de Estado ou funcionários que autorizarem ou derem curso a gastos que contravenham o disposto nesse número serão responsáveis solidária e pessoalmente de seu reintegro; e culpados do delito de malversação de bens públicos”. Tradução livre do autor.

¹⁹⁹ LUISI, Luiz. Op. cit., p. 174.

²⁰⁰ FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 80.

²⁰¹ *Ibidem*.

consequentemente, por reclamarem a proteção criminal, devem afastar medidas despenalizadoras, sob pena de imprimir o juízo de que o legislador infraconstitucional não atendeu aos reclamos da Constituição.

3.2. Eleição dos mandados de criminalização

Márcia Dometila Lima de Carvalho foi a primeira, no Brasil, a desenvolver essa concepção de mandados de criminalização, embora não com essa nomenclatura. Fazendo uma abordagem muito crítica da sociedade brasileira, a autora trabalha com o critério de justiça social para determinar as obrigações constitucionais de criminalização:

“Significa, isto, que a superioridade normativa no Direito Constitucional delimita o que deve ser considerado delito pelo Direito Penal, e, mais ainda, que na tipificação delitual o acento deve ser dirigido para a proteção do valor constitucional maior, ou seja, para a justiça sócia”²⁰².

E mais adiante arremata: *“Por outro lado, obedecendo-se ao necessário processo de penalização, tipifica-se todo fato grave, fomentador da injustiça social, que a Constituição pretende eliminar”²⁰³.*

Por sua vez, Luciano Feldens adota o critério dos direitos fundamentais para determinar os mandados de criminalização. Nesse sentido, propugna:

“Passamos a perceber, pois, uma situação de intrínseca conexão entre o dever de prestação normativa em matéria penal e o tema da prospecção objetiva dos direitos fundamentais, haja vista a exigência que se impõe ao Estado de protegê-los (o que eventualmente apenas poderá vir a ocorrer de forma satisfatória quando aludida proteção normativa se verifique por meio de leis penais)”²⁰⁴.

Mas, qual o melhor critério? O significado é o mesmo? Na realidade o significado não é o mesmo. Justiça social comporta uma leitura mais ampla. Para realizar a justiça social é necessário respeitar as garantias individuais que formam a sua base. Entretanto, por vezes, para se promover a justiça social é necessário flexibilizar determinadas garantias individuais.

²⁰² CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Op. cit., p. 47.

²⁰³ *Idem*, p. 48.

²⁰⁴ FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 73.

Exemplificando, a aplicação de pena privativa de liberdade, a quebra do sigilo fiscal, bancário ou telefônico, dentre outras providências, são instrumentos relevantes para promover justiça social, mas que atingem direitos fundamentais como liberdade, privacidade, intimidade...

Se o caminho adotado for simplesmente o dos direitos fundamentais, o campo é mais seguro. Mas, nesse caso, a idéia de mandados implícitos perde a relevância; assim melhor é definir os mandados de criminalização sob a ótica da justiça social.

“A eleição dos mandados de criminalização está muito mais ligada à Justiça Social, do que a proteção absoluta a direitos e garantias individuais, em face de uma justificativa que nos parece simples: sem proteção aos direitos e garantias individuais, considerados de forma ampla, não há Justiça Social, ainda que seja possível o respeito absoluto aos direitos e garantias individuais sem Justiça Social”²⁰⁵.

Nesse prisma, pode-se destacar, por exemplo, que nos crimes contra a ordem tributária a democracia como um todo é atingida, pois ao deixar de recolher determinado tributo o sujeito inviabiliza a educação, a saúde... É impossível atingir a idéia de um Estado Democrático de Direito sem que haja uma distribuição equitativa de renda.

A eleição de um mandado de criminalização leva em conta, ainda, motivações históricas e sociais. Na Espanha, por exemplo, há mandados explícitos de criminalização em relação à proteção do meio ambiente²⁰⁶, do patrimônio histórico, cultural e artístico dos povos da Espanha²⁰⁷, e aos abusos de órgãos públicos nas hipóteses em que a restrição de liberdades fundamentais é permitida. Também a título exemplificativo, na Alemanha a Lei Fundamental de 1949 determina a penalização dos atos que se destinem a uma guerra de agressão²⁰⁸.

No Brasil, os fatores históricos e sociais também são preponderantes para aferição dos mandos de criminalização. É o que se verifica na nossa Carta Política

²⁰⁵ PONTE, Antonio Carlos da. Op. cit., p. 164-165.

²⁰⁶ Vide nota de rodapé n. 194, p. 94.

²⁰⁷ Vide nota de rodapé n. 194, p. 94.

²⁰⁸ Vide nota de rodapé n. 193, p. 94.

quanto ao combate ao racismo²⁰⁹, à tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ao terrorismo e aos crimes hediondos²¹⁰, à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático²¹¹, à retenção dolosa do salário dos trabalhadores²¹², às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente²¹³, e ao abuso, violência e exploração sexual de criança ou adolescente²¹⁴.

A Constituição de 1988 indica claramente nos artigos 1º²¹⁵ e 3º²¹⁶ quais são os fundamentos dos mandados de criminalização no sistema jurídico brasileiro. Portanto, para eleição de uma obrigação constitucional de penalização, há necessidade de que o bem ou interesse carecedor de tutela decorra dos fundamentos ou dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Dessa forma, quando se fala, por exemplo, em proteção da criança e do adolescente, está se falando em tutela da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), cidadania (art. 1º, II, CF), entre outros fundamentos.

²⁰⁹ “Art. 3º, CF. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

“Art. 5º, CF. (...) XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

²¹⁰ “Art. 5º, CF. (...) XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

²¹¹ “Art. 5º, CF. (...) XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

²¹² “Art. 7º, CF. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) X – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”.

²¹³ “Art. 225, CF. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de repara os danos causados”.

²¹⁴ “Art. 227, CF. (...) § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

²¹⁵ “Art. 1º, CF. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”.

²¹⁶ “Art. 3º, CF. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

3.3. Mandados de criminalização expressos (ou explícitos)

Os mandados de criminalização podem ser classificados em explícitos (expressos) e implícitos. Os mandados explícitos de criminalização são aqueles facilmente perceptíveis conquanto definidos de forma clara e expressa pelo legislador constituinte.

Podem ser identificados nos artigos 5º, incisos XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático); 7º, inciso X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores); 225, § 3º (condutas e atividades lesivas ao meio ambiente); 227, § 4º (abuso, violência e exploração sexual de criança ou adolescente).

3.3.1. O cumprimento dos mandados expressos de criminalização pelo legislador ordinário

O presente tópico tem por escopo analisar os dispositivos legais que procuram dar vazão aos mandados de criminalização previstos expressamente na Constituição de 1988, apontado, ao final de cada consideração a respeito das respectivas previsões legais, se aquela dada obrigação constitucional de criminalização foi ou não satisfatoriamente cumprida pelo legislador ordinário.

3.3.1.1. Racismo

O combate ao racismo constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, IV, CF) e um dos princípios das relações internacionais do nosso país (art. 4º, VIII, CF), além do que, o racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5º, XLII, CF).

No que concerne à imprescritibilidade do delito ora apreciado, embora esta previsão tenha sido estipulada pelo próprio constituinte originário, que levou em conta razões históricas para estabelecer esse tratamento draconiano, tal postura deve ser

criticada à luz de um sistema punitivo que pretenda ser compatível com a feição democrática de Estado.

Prescrição é instituto criado para combater a inércia estatal na apuração e punição das infrações penais e que não deve ser atrelado à impunidade. Não faz sentido que, dentro de um Estado Democrático de Direito, qualquer conduta criminosa, por mais grave e repugnante que se apresente, seja submetida à possibilidade de resposta penal sem qualquer limitação temporal, vez que justiça realizada de forma absolutamente intempestiva, na essência, nada mais é do que uma forma de injustiça.

Basta que o legislador estabeleça prazos prescricionais dilatados, como, aliás, já o faz no artigo 109 do Código Penal²¹⁷, para que o “*jus puniendi*” estatal seja preservado. Agora, admitir que uma infração penal permaneça potencialmente passível de sanção a qualquer tempo, sem qualquer interregno prescricional, é medida desarrazoada para um Direito Penal de vertente democrática.

Destarte, mesmo tendo sido construção normativa erigida pelo próprio constituinte originário, a imprescritibilidade imposta ao crime de racismo – e, também, à ação de grupo armado contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, da qual se falará nas próximas linhas – é medida odiosa que não encontra guarida em qualquer sistema punitivo que se intitule democrático.

Superada a questão da imprescritibilidade e debuxando comentários a respeito do pleno cumprimento do mandado de criminalização atinente ao racismo, cumpre

²¹⁷ “Art. 109, CP. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze) anos; II – em 16 (dezesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze); III – em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito); IV – em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro); V – em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) anos ou, sendo superior, não excede a 2 (dois); VI – em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano”. O caput e o inciso VI, do artigo 109, do Código Penal, tiveram suas redações modificadas pela Lei n. 12.234, de 05 de maio de 2010. O texto apresentado acima já está atualizado de acordo com a referida lei, que, alterou também a redação do § 1º, e revogou o § 2º, ambos do artigo 110, do Código Penal. Segue redação do novel artigo 110, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.234/10: “Art. 110, CP. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. § 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. § 2º (Revogado)”.

certificar que é a Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, modificada pela Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997, que busca atendê-lo. Dividida em 22 artigos (os arts. 2º, 15, 17 e 19, foram vetados), descreve diversas condutas decorrentes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (art. 1º).

Na quase totalidade das condutas, prevê impedimentos ou restrições ao exercício de direitos oriundos de discriminações estabelecidas em função desses motivos (raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional). A única conduta que se destaca dessa perspectiva, é aquela descrita no artigo 20, que dispõe:

“Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos, propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I – o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II – a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido”.

Não se pode negar que a Lei n. 7.716/89 foi um avanço em relação à Lei “Afonso Arinos” (Lei n. 1.390/51), vez que aquela elevou à categoria de crimes comportamentos que esta considerava apenas como contravenções penais, bem como tipificou novas condutas discriminatórias.

Entretanto, segundo o disposto no inciso IV do artigo 3º da Carta Política de 1988, no Brasil não se admite qualquer forma de discriminação, e, portanto, é forçoso concluir que a lei se apresenta como insuficiente em relação à tutela exigida pelo constituinte para erradicação do racismo, pois não abrangeu, por exemplo, o preconceito decorrente de doença, opção sexual, condição social ou econômica, que no máximo podem configurar crimes contra a honra.

Ademais, as penas privativas de liberdade estabelecidas para os delitos, em boa parte dos casos não ultrapassam o patamar de quatro anos de reclusão (é o que ocorre nos arts. 5º, 8º, 9º, 10, 11, 12, e, 20, “*caput*”, que possuem penas de um a três anos de reclusão; e nos arts. 13 e 14, que têm suas penas variáveis de dois a quatro anos de reclusão), situação que possibilitará, muitas vezes (desde que observados os demais requisitos do art. 44, CP), a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Mesmo para as condutas que possuem penas de prisão mais severas, como ocorre nos artigos 3º, 4º, 20, §§ 1º e 2º (dois a cinco anos de reclusão) e nos artigos 6º e 7º (três a cinco anos de reclusão), a resposta penal ainda se afigura tímida, ficando aquém da expectativa criada pelo constituinte, que inclusive previu a imprescritibilidade do crime de racismo.

Importante destacar, também, que o crime de racismo apresenta-se como afronta à dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF), e à igualdade, prevista no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

Destarte, conclui-se que o mandado de criminalização atinente ao racismo, até o presente momento, foi atendido apenas parcialmente pelo legislador infraconstitucional.

3.3.1.2. Crimes hediondos e assemelhados

O inciso XLIII do artigo 5º do Texto Constitucional determina que, são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a tortura, o tráfico de drogas, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos.

Tortura, tráfico de drogas e terrorismo são crimes assemelhados – ou equiparados – a hediondos. Já os crimes hediondos são aqueles definidos no artigo 1º, da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, quais sejam: homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente; homicídio qualificado; latrocínio; extorsão qualificada pela morte; extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; estupro; estupro de vulnerável; epidemia com

resultado morte; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; genocídio.

Apesar da divisão entre hediondos e assemelhados a hediondos, de acordo com o mandado de criminalização contido no inciso XLIII do artigo 5º da Carta Política, todos eles devem receber o mesmo tratamento.

3.3.1.2.1. Crimes hediondos

Crime hediondo, no Brasil, não é o que no caso concreto se mostra repugnante, asqueroso, depravado, horrível, sádico, cruel, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execução, ou pela finalidade do agente, mas sim aquele definido taxativamente pelo legislador ordinário.

Sob a ótica doutrinária, existem três critérios de fixação dos chamados crimes hediondos. São os critérios legal, judicial ou misto. Entende-se por critério “*legal*” aquele em que o próprio legislador diz quais são os delitos que ele considera hediondos, de forma taxativa.

Diferentemente, o critério “*judicial*” autoriza ao magistrado, em virtude da gravidade objetiva do fato, ou pela maneira de execução do delito, considerar no caso concreto a infração penal como hedionda, por ter causado intensa repulsa à sociedade. Sendo essa a conclusão, o juiz poderá aplicar a este delito todas as consequências penais e processuais penais advindas do reconhecimento da hediondez.

Segundo o critério “*misto*”, que conjuga ambos os critérios anteriores, ao legislador compete definir um rol exemplificativo de crimes hediondos, permitindo ao magistrado, em virtude da gravidade objetiva do delito, atribuir a outros delitos o caráter hediondo. Porém, o legislador brasileiro optou pelo critério legal.

O artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.072/90, inicia o rol dos delitos hediondos com o crime de homicídio, que, segundo o legislador, somente será dotado de hediondez quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio – ainda que cometido por um só agente -, ou quando for qualificado.

Vale dizer que na redação originária da Lei n. 8072/90, essas condutas não constavam da relação dos crimes hediondos, situação que perdurou até o advento da Lei n. 8.930, de 6 de setembro de 1994, diploma que modificou a Lei dos Crimes Hediondos para inserir tais crimes no rol do artigo 1º desta, e retirar do mesmo o delito de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270 c.c art. 285, CP).

Ocorre que o legislador não definiu o que vem a ser atividade típica de grupo de extermínio, e nem “*como uma só pessoa pode praticar atividade própria de grupo*”²¹⁸. Melhor seria se tivesse inserido o homicídio doloso, salvo quando privilegiado, no catálogo dos delitos hediondos.

E mais, pelos critérios adotados pelo legislador, praticar homicídio contra uma só pessoa mediante envenenamento configura crime hediondo, porém, como assinala Antonio Carlos da Ponte, “*colocar veneno na caixa d’água de uma determinada cidade e provocar a morte de vários moradores não caracterizaria conduta marcada pela hediondez. Difícil compreender a lógica concebida*”²¹⁹.

Quanto aos crimes de “*latrocínio*”²²⁰, “*extorsão qualificada pela morte*”²²¹, “*extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada*”²²², “*estupro*”²²³, “*estupro de*

²¹⁸ PONTE, Antonio Carlos da. (Op. cit., p. 155).

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ “Art. 157, CP. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. (...)”

§ 3º (...); se resulta morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa”.

²²¹ “Art. 158, CP. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. (...)”

§ 2º Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior”.

²²² “Art. 159, CP. Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Se o seqüestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o seqüestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos.

§ 2º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 16 (dezesesseis) a 24 (vinte e quatro) anos.

§ 3º Se resulta morte:

Pena – reclusão, de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos” (...).

²²³ “Art. 213, CP. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

vulnerável”²²⁴, “epidemia com resultado morte”²²⁵ e “genocídio”²²⁶, é de se reconhecer que o legislador andou bem em prevê-los entre as condutas gravadas pela hediondez.

Todavia, no que tange ao crime de “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais”, a crítica deve novamente ser pontuada.

De acordo com o inciso VII-B, do artigo 1º, da Lei n. 8.072/90, são consideradas hediondas as condutas descritas no artigo 273, “caput”, e § 1º, § 1º A, § 1º B, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 9.677, de 2 de julho de 1998, cuja redação é a seguinte:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”.

²²⁴ “Art. 217-A, CP. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (Vetado.)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”.

²²⁵ “Art. 267, CP. Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro”.

²²⁶ O crime de genocídio vem previsto nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956, cuja redação é a seguinte:

“Art. 1º. Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo; Será punido: com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a; com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b; com as penas do art. 270, no caso da letra c; com as penas do art. 125, no caso da letra d; com as penas do art. 148, no caso da letra e”.

“Art. 2º. Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior: Pena – metade da cominada aos crimes ali previstos”.

“Art. 3º. Incitar, direta e publicamente, alguém a cometer qualquer dos crimes de que trata o art. 1º: Pena – metade das penas ali cominadas.

§ 1º A pena pelo crime de incitação será a mesma de crime incitado, se este se consumar.

§ 2º A pena será aumentada de um terço, quando a incitação for cometida pela imprensa”.

“Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A. Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B. Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no §1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I – sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

II – em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;

III – sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;

IV – com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;

V – de procedência ignorada;

VI – adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

§ 2º (...).”

A crítica se assenta no disposto no § 1º-A, tendo em vista que, por vezes, o princípio da proporcionalidade acabará sendo violado. A pena de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão e a natureza hedionda da conduta poderão ser proporcionais, dependendo do que for falsificado, corrompido, adulterado ou alterado, como, por exemplo, um medicamento que auxilia no tratamento do câncer. Entretanto, se a conduta recair sobre um cosmético sem qualquer relevância, como, por exemplo, um batom, haverá desproporcionalidade na resposta penal.

Sabe-se, também, que as alterações promovidas para inserção do homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio, de homicídio qualificado e da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, foram frutos de episódios emblemáticos que repercutiram na mídia: o assassinato de uma jovem atriz que atuava na maior empresa de televisão do país; e o escândalo das “pílulas de farinha”, que decorreu do fato de que muitas mulheres, embora tivessem tomado corretamente o anticoncepcional, acabaram engravidando em função da falsificação na composição das pílulas.

Em ambos os acontecimentos, em função da comoção social e do escândalo deflagrado na imprensa, o Congresso Nacional se apressou em aprovar no afogadilho, as

Leis 8.930/94 e 9.695/98, atuando de forma descuidada em relação à temática tão relevante dos mandados de criminalização²²⁷.

Percebe-se, pois, que uma matéria tão relevante, como a definição dos crimes hediondos, infelizmente, foi tratada de maneira açodada pelo legislador. Melhor seria se o critério utilizado fosse o judicial, o qual possibilitaria que o magistrado diante da gravidade ou não do fato no caso concreto pudesse sopesar se o delito deveria ser ou não gravado como hediondo.

Com essa permissão, outras infrações graves como o racismo, a corrupção em grande escala na administração pública, a corrupção eleitoral, por exemplo, poderiam receber a marca da hediondez na situação concreta. Todavia, não é o que acontece, pois o critério adotado na definição de crime hediondo foi o legal.

Por fim, é necessário salientar que a Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, alterou os incisos V e VII do artigo 1º da Lei n. 8.072/90, para adaptar a redação desta em relação à nova diretriz adotada no Título VI da Parte Geral do Código Penal, que cuida dos “*crimes contra a dignidade sexual*”.

De acordo com essa nova realidade, entre outras alterações feitas nos crimes contra a dignidade sexual - antes denominados “*crimes contra os costumes*” -, compete, nesse momento, destacar que o artigo 214 do Código Penal, que previa o crime de atentado violento ao pudor, considerado até então como crime hediondo, foi revogado pela Lei n. 12.105/09.

Entretanto, não se pode incidir no equívoco de dizer que se operou “*abolitio criminis*” em relação às condutas previstas anteriormente como atentado violento ao

²²⁷ Com absoluta razão, Antonio Carlos da Ponte, ao comentar tais alterações, expõe sua crítica nos seguintes termos: “*Interessante observar que a modificação foi provocada pelo assassinato de uma atriz, ligada a grande mídia, que causou sensível comoção. A técnica empregada pelo legislador foi a pior possível, ao não inserir o homicídio como crime hediondo, mas apenas o homicídio qualificado e o homicídio simples, quando praticado em ‘atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente’.* (...) *A modificação introduzida demonstra ausência de critério e o modo absolutamente inconstitucional como um mandado de criminalização pode ser tratado, servindo como objeto de manipulação momentânea por parte de um legislador ordinário despreparado, preocupado em combater a criminalidade por meio de medidas paliativas e eleitoreiras, não políticas de Estado*” (Op. cit., p. 155-156).

pudor. O que houve, foi que o legislador optou por descrever as condutas que configuravam o atentado violento ao pudor no novel artigo 213 do Código Penal, que passou a admitir não apenas a conjunção carnal, mas qualquer ato libidinoso praticado com violência ou grave ameaça como comportamento típico do crime de estupro.

Extinguiu-se, portanto, a divisão existente até o advento da Lei n. 12.015/09, entre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, para se estabelecer em um único tipo penal as condutas criminosas que antigamente levavam à separação dos delitos.

Outra modificação trazida pela Lei n. 12.015/09, que interessa ao presente trabalho, foi aquela que implicou a criação do chamado estupro de vulnerável. Na essência, o legislador extraiu as hipóteses antes definidas como violência presumida (no revogado art. 224, CP), fez pequenas adaptações na redação e as estabeleceu diretamente em um tipo penal autônomo (art. 217-A, CP), passando a prever uma pena mais severa [8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão] do que aquela aplicável ao crime de estupro do artigo 217 do Código Penal [6 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão].

Disto decorre que se o agente praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos, ou com pessoa que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, consolidada estará a conduta descrita no artigo 217-A do Código Penal – estupro de vulnerável -, com pena mais gravosa do que a do estupro.

Assim, além da resposta penal se apresentar mais forte, quando da prática do estupro de vulnerável não será mais necessário promover uma adequação típica mediata, pois o enquadramento da conduta será feito diretamente no artigo 217-A do Código Penal.

3.3.1.2.2. Tráfico de drogas

O constituinte de 1988 teve absoluta preocupação com o crime de tráfico de drogas, optando por mencioná-lo nos seguintes dispositivos constitucionais: artigo 5º,

incisos XLIII²²⁸ e LI²²⁹, artigo 144, § 1º, inciso II²³⁰, e artigo 243²³¹. Atualmente, a lei que trata dos delitos relacionados às drogas é a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, que substituiu a Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

A Lei n. 11.343/06 fez, como poucas vezes se verificou no trabalho do legislador brasileiro, uma opção muito clara por um sistema punitivo. A partir do advento da lei, ao usuário de drogas não se pode mais aplicar uma pena privativa de liberdade, não podendo em hipótese alguma ser levado à prisão²³².

²²⁸ “Art. 5º, CF. (...) XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

²²⁹ “Art. 5º, CF. (...) LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso, de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

²³⁰ “Art. 144, CF. (...) § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (...) II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência” (...).

²³¹ “Art. 243, CF. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializado no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias”.

²³² Nesse sentido, o art. 28, da Lei n. 11.343/06, prevê:

“Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I – admoestação verbal; II – multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado”.

Por outro lado, em relação ao traficante, a postura do legislador foi diametralmente oposta, com o agravamento da reprimenda penal e a criação de novas figuras delitivas, como a prevista no artigo 36²³³ da lei, que pune mais severamente o chamado “*capitalista da droga*”. O legislador, também, tratou com diferença a questão do plantio para uso próprio²³⁴ e do traficante não habitual²³⁵.

Apesar da questão do usuário de drogas não ter conexão com o mandado de criminalização em análise, pois este se refere ao delito de tráfico, mas sempre no afã de fazer a leitura adequada do Direito Penal no Estado Democrático de Direito – objetivo principal do presente trabalho - insta esclarecer que não houve “*abolitio criminis*” na conduta daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas, para consumo pessoal.

A conduta era considerada crime à luz da Lei n. 6.368/76 (artigo 16), e continua sendo sob a égide da Lei n. 11.343/06 (artigo 28). A diferença está na resposta penal dada à prática da infração penal, que, atualmente, não pode mais ser a pena privativa de liberdade.

Também, não há que se falar em “*despenalização*”, pois são estabelecidas penas no artigo 28, ainda que não privativas de liberdade. Caso contrário, chegar-se-ia à conclusão de que toda vez que não houver pena de prisão haverá “*despenalização*”. E como ficam as penas de multa e as restritivas de direitos? Não são penas? Portanto, “*data venia*”, o termo “*despenalização*” não tem qualquer conteúdo jurídico-científico, não podendo prosperar tal entendimento.

A criação de um sistema punitivo não exige sempre a imposição de pena privativa de liberdade. Pode-se, muito bem, construir um sistema punitivo sem necessidade de pena de prisão. Hodiernamente, a pena tem que ter um caráter

²³³ “Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa”.

²³⁴ Vide a redação do § 1º, do art. 28, da Lei n. 11.343/06, exposta na nota de rodapé supra.

²³⁵ “Art. 33, § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

retributivo, intimidatório, mas, também, de reinserção social. A pena que não se preocupa com reinserção social deixa de ser pena e passa a ser mera vingança.

É certo que a Lei de Introdução ao Código Penal, no seu artigo 1º²³⁶, prevê que ao autor de um crime deve ser imposta pena de reclusão ou de detenção. Porém, essa leitura era válida quando o Código Penal entrou em vigor – em 1º de janeiro de 1942 -, levando em consideração a escola clássica - ou causalista – e com inspiração no Código Rocco – da Itália de 1937 -, de feição notadamente fascista.

Com a Reforma Penal de 1984 – introduzida pela lei n. 7.209/84, houve um rompimento com a escola clássica. A reforma tomou por base o direito alemão inspirado na teoria finalista, que adota dois conceitos analíticos de crime – o bipartido e o tripartido. Ademais, a nossa legislação penal jamais previu o conceito analítico de crime.

Outrossim, é importante mencionar nesse contexto de alterações promovidas no ordenamento penal brasileiro, o advento da Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998, que estabeleceu as penas restritivas de direito da forma como se encontram no nosso Código Penal.

Não se deve esquecer, ainda, que a Constituição de 1988 ao tratar das penas estabeleceu, dentre outros dispositivos, que:

“Art. 5º, XLVI - 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.*

Art. 5º, XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;*
- b) de caráter perpétuo;*
- c) de trabalhos forçados;*
- d) de banimento;*
- e) cruéis”.*

²³⁶ “Art. 1º, CP. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente, com a pena de multa; contravenção a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

Assim sendo, desde que não aquelas penas vedadas expressamente no inciso XLVII, do artigo 5º, da nossa Carta Política, outras podem ser validamente estabelecidas em atenção ao que dispõe o inciso imediatamente anterior (XLVI, art. 5º), que preceitua: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, **entre outras**, as seguintes” (grifos nossos).

É nítida a possibilidade estatuída pelo constituinte de serem inseridas novas formas de pena no ordenamento jurídico brasileiro, desde que observadas as vedações já apreciadas, e que se insiram no contexto de Estado Democrático de Direito, com respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, valor máximo consagrado no Texto Constitucional.

Como se não bastasse, o artigo 28 está elencado no Capítulo III da Lei de Drogas, denominado “*Dos Crimes e Das Penas*”. Quisesse o legislador ter promovido “*abolitio criminis*”, ou, a “*despenalização*” do comportamento delitivo, não teria se utilizado destas expressões para nomear o apontado capítulo.

Ante tais argumentos, deve-se repisar a título conclusivo que a conduta descrita no artigo 28, da Lei n. 11.343/06, a despeito de posições em sentido contrário²³⁷ - no

²³⁷ Em sentido contrário ao ponto de vista sustentado no presente estudo: “A nova Lei de Drogas, no art. 28, descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de infração penal porque de modo algum permite a pena de prisão. E sem pena de prisão não se pode admitir a existência de infração penal em nosso país” (GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Drogas Comentada*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 110). Há alguns julgados do STF e do STJ, afastando a alegação de descriminalização, mas acolhendo a expressão “*despenalização*”: “EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal (art. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas); natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “*Dos Crimes e das Penas*”, só a ele referentes (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “*reincidência*”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343/06, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de “*despenalização*”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis*”

sentido de que houve descriminalização ou “despenalização” -, é sim uma infração penal, como, aliás, já ocorria anteriormente, havendo apenas uma resposta penal diferenciada, que está em total consonância com o modelo democrático de Estado assumido pela Constituição de 1988²³⁸.

Voltando à questão do tráfico de drogas e do respectivo mandado de criminalização, pelo tratamento dado pelo legislador na Lei n. 11.343/06 e, também, na Lei n. 8.072/90, pode-se afirmar que o comando constitucional de criminalização foi satisfatoriamente cumprido pelo legislador ordinário.

O delito de tráfico vem descrito em diversos dispositivos da Lei n. 11.343/06. Não há qualquer dúvida de que os comportamentos tipificados nos artigos 33, “caput” e § 1º, 34 e 36, são assemelhados a hediondo.

(C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado (STF, 1ª T., RE 430105/RJ. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13-2-2007)”. “PENAL – Habeas corpus – art. 16, da Lei n. 6.368/76 (antiga Lei de Tóxicos) – Pena privativa de liberdade – Superveniência da Lei n. 11.343/06 – Crime de posse de substância entorpecente para consumo pessoal – Não incidência de pena privativa de liberdade – Ocorrência de despenalização – Novatio legis in melius – Retroatividade – I – Hipótese em que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 16, da Lei n. 6.368/76 (antiga Lei de Tóxicos) a uma pena privativa de liberdade (09 meses de detenção, em regime semi-aberto). II – A superveniência da Lei n. 11.343/2006, mais especificamente em seu art. 28 (posse de droga para consumo pessoal), contudo, ensejou verdadeira despenalização, “cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal” (cf. consignado no Informativo n. 456/STF, referente a questão no RE 430105/RJ, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence). III – Vale dizer, o crime de posse de substância entorpecente para consumo pessoal, em razão da lex nova, não mais está sujeito a pena de prisão, mas sim às seguintes penas: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28 e incisos, da Lei n. 11.343/06). IV – Dessa forma, tratando-se, ao menos neste ponto, de novatio legis in melius, deve ela retroagir (art. 5º, XL, da CF, e art. 2º, parágrafo único, do CP), a fim de que o paciente não mais se sujeite à pena de privação de liberdade. Writ concedido (STJ, 5ª T., HC 73432/MG, Min. Félix Fischer, j. 14-6-2007)”. Com a devida venia, não se pode concordar com tais posicionamentos.

²³⁸ “A lei NÃO DESCRIMINALIZOU NEM DESPENALIZOU a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal nem a transformou em contravenção. Houve alterações, abrandamento, como adiante se comentará, mas a conduta continua incriminada. A denominação do capítulo é expressa. As penas são próprias e específicas, mas são penas criminais. Não é porque as penas não eram previstas na Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, e, portanto, não se enquadram na classificação prevista em seu art. 1º que lei posterior, de igual hierarquia, não possa criar penas criminais ali não previstas. Desde que a pena não seja infamante, cruel ou perpétua, pode ser criada por lei e ter compatibilidade constitucional, causando estranheza interpretação que sustente que a lei não possa atribuir à conduta criminosa penas que não sejam a reclusão, a detenção, a prisão simples ou a multa, e que a natureza da infração, crime ou contravenção, seja ditada por lei ordinária (no caso decreto-lei com força de lei ordinária, como faz o Código Penal) e que lei mais recente não possa alterar. A observação é feita somente porque houve divulgação de opinião de que a lei teria descriminalizado ou despenalizado a conduta com esse argumento, mas que, data venia, não tem consistência jurídica” (GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada Lei 11.343/2006*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 44).

Os artigos 33, “*caput*”²³⁹ e § 1º²⁴⁰, e 34²⁴¹, da Lei n. 11.343/06, prevêm, com mínimas alterações, as figuras delitivas estabelecidas, respectivamente, nos artigos 12, “*caput*”²⁴² e §§ 1º²⁴³ e 2º, II²⁴⁴, e 13²⁴⁵, da Lei n. 6.368/76, e que já eram tidas como equiparadas aos crimes hediondos. Portanto, a interpretação a ser adotada deve ser a mesma. Já o artigo 36²⁴⁶, da Lei n. 11.343/06, criou a figura do capitalista da droga. Em

²³⁹ “Art. 33, ‘*caput*’, Lei n. 11.343/06. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”.

²⁴⁰ “Art. 33, § 1º, Lei n. 11.343/06. Nas mesmas penas incorre quem:

I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II – semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III – utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas”.

²⁴¹ “Art. 34, Lei n. 11.343/06. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa”.

²⁴² “Art. 12, ‘*caput*’, Lei n. 6.368/76. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa”.

²⁴³ “Art. 12, § 1º, Lei n. 6.368/76. Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I – importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada à preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II – semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica”.

²⁴⁴ “Art. 12, § 2º, Lei n. 6.368/76. Nas mesmas penas incorre, ainda, quem: (...)

II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica”.

²⁴⁵ “Art. 13, Lei n. 6.368/76. Fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa”.

²⁴⁶ “Art. 36, Lei n. 11.343/06. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, ‘*caput*’ e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa”.

seu texto fala dos artigos 33 “*caput*” e § 1º, e 34. Importante consignar que o artigo 36 não fala em finalidade econômica, em intenção de obter lucro.

Por vezes, o tráfico pode funcionar como um crime transnacional e, muitas vezes, deve ser combatido para a manutenção do próprio Estado, como ocorre, por exemplo, na Colômbia com as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). Portanto, a finalidade pode não ser o lucro, mas, por exemplo, desestabilizar um governo e até criar situações que possam permitir um golpe de estado.

É um crime assemelhado a hediondo porque, à luz da Lei n. 6.368/76 o financiador era denunciado por ser mandante do crime de tráfico (mandante da figura do antigo art. 12, Lei n. 6.368/76). O legislador, na Lei n. 11.343/06, pegou essa situação e transformou em um tipo penal autônomo com pena mais severa.

Todavia, o artigo 44²⁴⁷ da referida lei sugere que todos os crimes previstos nos artigos 33, “*caput*” e § 1º, e 34 a 37, são de tráfico de drogas, incluindo, além das disposições acima comentadas, as dos artigos 35 e 37.

Entretanto, essa não é a melhor interpretação a ser dada. Tomando-se por base uma comparação feita com o que ocorria quando da vigência da Lei n. 6.368/76, a conduta descrita nos artigo 35, não deve receber o tratamento dispensado aos crimes hediondos e assemelhados.

O artigo 35²⁴⁸ cuida da quadrilha ou bando destinado ao tráfico. Não se trata de crime assemelhado ao hediondo, pois deve ser dado o mesmo entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça quando

²⁴⁷ “Art. 44, Lei n. 11.343/06. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico”.

²⁴⁸ “Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei:
Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do *caput* deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei”.

da apreciação do artigo 14²⁴⁹ da Lei n. 6.368/76, que não era considerado como equiparado ao tráfico, para fins do tratamento destinado aos crimes hediondos e assemelhados²⁵⁰.

Já o artigo 37²⁵¹ criou um tipo penal autônomo para aquele que colabora como informante da quadrilha ou bando destinada à exploração do tráfico de drogas. Sob a vigência da Lei n. 6.368/76, o sujeito que colaborava como informante do tráfico era partícipe do próprio crime de tráfico. À luz da Lei n. 11.343/06, se assim agir, estará praticando o delito previsto no seu artigo 37.

E, esta infração penal, também, não deverá ser tratada como assemelhada ao crime hediondo, levando-se em conta que a danosidade social provocada é muito menor se comparada com as condutas que caracterizam a traficância de drogas propriamente dita. Basta verificar a pena imposta a cada um dos delitos para se comprovar o que se está sustentando.

²⁴⁹ “Art. 14. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 desta Lei:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa”.

²⁵⁰ “Esse delito não está entre os especificados na Lei n. 8.072/90, art. 2º, caput. Na execução da pena, não se impõe o regime integralmente fechado (Lei n. 8.072/90, art. 2º, § 1º)” (STF, HC 79.998-1-RJ, 2ª T., j. 28-3-2000, rel. Min. Nelson Jobim, DJU 4-8-2000, RT, 782/524). Nesse sentido, também, já havia se manifestado o STJ: “O crime de associação para o tráfico de entorpecentes, previsto no art. 14 da Lei n. 6.368/76, não é equiparado ao hediondo para os efeitos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, uma vez que tal delito tem tipificação própria e é autônomo em relação ao tráfico de entorpecentes. Assim, se o réu preenche todos os requisitos do art. 44 do CP, admite-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na forma do § 2º do citado dispositivo legal” (STJ, HC 14.321-RJ, 5ª T., j. 13-2-2001, rel. Min. Félix Fischer, DJU 19-3-2001, RT 790/577). “‘HABEAS CORPUS’. DIREITO PENAL. ARTIGO 14 DA LEI N. 6.368/76. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME NÃO EQUIPARADO AOS DE NATUREZA HEDIONDA. PROGRESSÃO DE REGIME. CABIMENTO. ‘WRIT’ CONCEDIDO. 1. É progressivo o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta pela prática do delito tipificado no artigo 14 da Lei de Tóxicos. 2 ‘Habeas corpus’ concedido” (STJ – 6ª T. – HC 42.107/SP – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – j. 18-8-2005 – DJ, 14-11-2005, p. 409). “PENAL E PROCESSO PENAL. ‘HABEAS CORPUS’ ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME TIPIFICADO NO ART. 14 DA LEI N. 6.368/76. NÃO INCLUSÃO NO ROL DOS DELITOS HEDIONDOS. REGIME PRISIONAL. PROGRESSÃO ADMISSÍVEL. O crime de associação para fins de tráfico de entorpecente é delito do autônomo, não sendo equiparado para os efeitos da lei a crime hediondo. Precedentes do STJ. ORDEM CONCEDIDA para retirar, em relação ao delito do art. 14, da Lei n. 6.368/76, a imposição do regime integralmente fechado para o cumprimento da sanção penal” (STJ – 6ª T. – HC 41.795/SP – Rel. Min. Paulo Medina – j. 31-8-2005 – DJ, 24-10-2005, p. 386).

²⁵¹ “Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa”.

Segundo o artigo 44, “*caput*”, da Lei n. 11.343/06, quando o agente for processado ou condenado pelos crimes dos artigos 33, “*caput*” e § 1º, 34 a 37, não terá direito ao *sursis*, à anistia, graça, ao indulto, à fiança e liberdade provisória e, em caso de condenação, o juiz não poderá substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Alguns pontos devem ser destacados em relação a estas vedações, especialmente, quanto à impossibilidade de liberdade provisória e conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Acerca da vedação à liberdade provisória, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo, em julgados recentes, que tal determinação ofende a Constituição, e, portanto, não deve ser interpretada de maneira cega, ou seja, o juiz ao analisar o caso concreto, deve verificar, de acordo com o artigo 312 do Código de Processo Penal, se há motivo ou não para manter o sujeito preso cautelarmente.

Caso não vislumbre qualquer razão para tanto, deve concedê-lo a liberdade provisória, protegendo-se assim os princípios constitucionais da presunção de não culpabilidade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana e devido processo legal²⁵².

A interpretação que vem sendo dada é a mesma que foi utilizada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3112-1, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 21 do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/03) que vedava liberdade provisória aos crimes de “*posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito*”, “*comércio ilegal de arma de fogo*” e “*tráfico internacional de arma*”.

No que diz respeito à impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o Pretório Excelso, também em decisões recentes, vem afastando tal vedação, por entender que ofende o princípio da individualização da pena²⁵³.

²⁵² Vide HC 100.745; HC 97976.

²⁵³ Vide HC 102.678; HC 93.857; HC 99.888.

O artigo 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/06, cuida do livramento condicional para os condenados por qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, “caput” e § 1º, 34 a 37. Desde que o sentenciado não seja reincidente específico terá direito ao livramento condicional, após o cumprimento de 2/3 da pena.

Destarte, com todas as observações supra exaradas, pode-se dizer que, a despeito da polêmica envolvendo os artigos 35 e 37, da Lei n. 11.343/06, o mandado de criminalização inerente ao crime de tráfico de drogas foi atendido suficientemente pelo nosso legislador.

3.3.1.2.3. Tortura

A Lei n. 9.455, de 07 de abril de 1997, acabou indo além das definições de tortura trazidas pela Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes²⁵⁴, adotada pela Resolução nº 39/46 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984 e regulamentada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991; pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura²⁵⁵, regulamentada pelo Decreto nº 98.386, de 09 de novembro de 1989; e pelo Tratado de Roma²⁵⁶, regulamentado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, que criou o Tribunal Penal Internacional.

²⁵⁴ “Art. 1º. Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram”.

²⁵⁵ “Art. 2º. Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. Não estarão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo”.

²⁵⁶ “Art. 7º, 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: (...) f) Tortura (...). 2. Para efeitos do parágrafo 1: (...); e) Por “tortura” entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle

A Lei n. 9.455/97 acabou ampliando o conceito de tortura que foi trazido por estes documentos internacionais, pois define como tortura atos que podem ser cometidos por quaisquer pessoas, e não apenas por agentes do Poder Público, tratando-se, assim, de crime comum.

Segundo o artigo 1º²⁵⁷ da lei em comento, diversas podem ser as formas de tortura: tortura-prova (inc. I, *a*); tortura-crime (inc. I, *b*); tortura-racismo (inc. I, *c*); tortura-castigo (inc. II); tortura daquele que está preso ou sujeito à medida de segurança (§ 1º); omissão do dever de evitar ou apurar a tortura (§ 2º); tortura qualificada pela lesão corporal de natureza grave ou gravíssima e tortura qualificada pela morte (§ 3º); tortura com causa de aumento de pena (§ 4º).

Além das disposições previstas na Lei n. 9.455/97, por ser crime assemelhado ao hediondo, aplica-se aos crimes de tortura o tratamento previsto na Lei dos Crimes Hediondos – Lei n. 8.072/90-. Dessa forma, é de se reconhecer que o mandado de

do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas”.

²⁵⁷ “Art. 1º, Lei n. 9.455/97. Constitui crime de tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

§1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos;

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos; se resulta morte, a reclusão é de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos

§ 4º Aumenta-se a pena de 1/6 (um sexto) até 1/3 (um terço):

I – se o crime é cometido por agente público;

II – se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior 60 (sessenta) anos;

III – se o crime é cometido mediante seqüestro.

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

§ 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

§ 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”.

criminalização atinente à tortura (art. 5º, XLIII, III, CF) foi plenamente atendido pelo legislador pátrio.

3.3.1.2.4. Terrorismo

Infelizmente, este pode ser apontado como exemplo típico de mandado de criminalização completamente ignorado pelo legislador. Embora a Constituição de 1988 tenha previsto expressamente que o terrorismo é crime equiparado aos hediondos (art. 5º, XLIII), e arrolado entre os princípios que regem o Brasil nas suas relações internacionais o repúdio ao terrorismo (art. 4º, VIII), o fato é que, não há no nosso país, até agora, qualquer lei cuidando de assunto de tamanha preocupação em todo o mundo.

Apesar da Lei de Segurança Nacional - Lei n. 7.170/83 – falar em “*atos de terrorismo*”, no seu artigo 20²⁵⁸, não há nesta lei definição do que é terrorismo e, tampouco quais são esses atos que o definiriam²⁵⁹.

Outras leis esparsas também citam o terrorismo como se já houvesse descrição típica do mesmo, como a Lei n. 8.078/90, no seu artigo 2º, *caput*²⁶⁰, e a Lei n. 9.613/98, que no seu artigo 1º, inciso II, prevê como um dos crimes primários à lavagem de dinheiro o terrorismo e seu financiamento. Entretanto, os dois casos não passam de menção ao terrorismo sem qualquer detalhamento a respeito do que consiste tal conduta.

²⁵⁸ “Art. 20, Lei n. 7.170/83. Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Parágrafo único. Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo”.

²⁵⁹ Nesse sentido, PONTE, Antonio Carlos da. (Op. cit., p. 154). Interessante a observação feita por Luiz Carlos dos Santos Gonçalves em relação ao artigo 15 da Lei n. 7.170/83: “O artigo 15, por sua vez, embora descrevendo a conduta de ‘sabotagem’, traz comportamentos que podem ser considerados terroristas” (Op. cit., p. 243). “Art. 15. Praticar sabotagem contra instalações militares, meios de comunicações, meios e vias de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, usinas, barragem, depósitos outras instalações congêneres. Pena – reclusão, de 3 a 10 anos. § 1º Se do fato resulta; a) lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade; b) dano, destruição ou neutralização de meios de defesa ou de segurança; paralisação, total ou parcial, de atividade ou serviços públicos reputados essenciais para a defesa, a segurança ou a economia do País, a pena aumenta-se até o dobro; c) morte, a pena aumenta-se até o triplo. § 2º Punem-se os atos preparatórios de sabotagem com a pena deste artigo reduzida de dois terços, se o fato não constitui crime mais grave”.

²⁶⁰ “Art. 2º, caput: Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...)”.

Cabe lembrar, ainda, que o Brasil é parte da Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas de 1997, promulgada pelo Decreto nº 4.394, de 26 de setembro de 2002, que no intuito de definir o terrorismo estabelece no seu artigo 2º:

“Art. 2º. 1. Comete um delito no sentido desta Convenção qualquer pessoa que ilícita e intencionalmente entrega, coloca, lança ou detona um artefato explosivo ou outro artefato mortífero em, dentro ou contra um logradouro público, uma instalação estatal ou governamental, um sistema de transporte público ou uma instalação de infra-estrutura: a) Com a intenção de causar morte ou grave lesão corporal; ou b) Com a intenção de causar destruição significativa desse lugar, instalação ou rede que ocasione ou possa ocasionar um grande prejuízo econômico. 2. Também constitui delito a tentativa de cometer qualquer dos delitos enumerados no parágrafo 1. 3. Também constitui delito: a) Participar como cúmplice nos delitos enunciados nos parágrafos 1 ou 2; ou b) Organizar e dirigir outros na perpetração dos delitos enunciados nos parágrafos 1 e 2; ou c) Contribuir de qualquer outra forma na perpetração de um ou mais dos delitos enunciados nos parágrafos 1 ou 2 por um grupo de pessoas que atue com um propósito comum; essa contribuição deverá ser intencional e ocorrer seja com a finalidade de colaborar com a atividade ou o propósito delitiva genérico do grupo, seja com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o delito ou delitos de que se trate”.

Entretanto, não se trata de tipificação do crime de terrorismo, até porque se a convenção tivesse tipificado a conduta, haveria um enorme obstáculo a derribar, referente à implantação no sistema punitivo interno de uma norma penal incriminadora fruto de uma convenção internacional.

Outrossim, basta observar que no bojo desta Convenção existe a determinação para que cada Estado Parte tome as medidas necessárias para tipificar e punir adequadamente as condutas indicadas no seu artigo 2º. É o que se verifica nos seus artigos 4º e 5º, que prevêm respectivamente:

“Art. 4º. Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias para: a) Tipificar como crime, de acordo com sua legislação interna, os delitos indicados no artigo 2 desta Convenção; b) Punir esses delitos com penas adequadas, que levem em consideração a gravidade de sua natureza”.

“Art. 5º. Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias, inclusive, quando for o caso, a adoção de legislação interna, para garantir que atos criminosos compreendidos no âmbito desta Convenção, em especial os que pretendam ou tenham o propósito de criar um estado de terror na população em geral, em um grupo de pessoas ou em determinadas pessoas, não se possam, em nenhuma circunstância, justificar por considerações de natureza política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa ou de qualquer natureza semelhante e sejam apenados de forma consistente com sua gravidade”.

Da apreciação destes dispositivos vem à baila a seguinte questão: Os mandados de criminalização podem decorrer de tratados, convenções ou pactos internacionais?

Longe do objetivo de perscrutar o tema, que envolve enorme controvérsia sobre a natureza das normas decorrentes de tratados, convenções e pactos internacionais, o que demandaria um trabalho apartado da presente pesquisa, mas somente a título de levantar alguns pontos que compõem o debate, deve-se “*ad initio*” verificar o conteúdo do § 3º do artigo 5º da Constituição, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, e que dispõe: “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*”.

Em relação à Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas que é de 15 de dezembro de 1997, e que foi introduzida no ordenamento jurídico interno pelo Decreto n. 4.394, de 26 de setembro de 2002, cabe verificar se mesmo tendo sido aprovada com quórum diverso do fixado no § 3º do artigo 5º da “*Lex Mater*”, é possível admitir que suas normas tenham caráter constitucional, ou, se devem ser vistas apenas como normas infraconstitucionais.

Para parcela da doutrina, os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos devem ser recebidos com status de norma constitucional, ainda que aprovados antes da Emenda Constitucional n. 45 com quórum diferenciado²⁶¹.

Assim sendo, mesmos os tratados e convenções que foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro antes da Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004),

²⁶¹ Nesse sentido: PIOVESAN, Flávia. *Reforma do Judiciário e Direitos Humanos*. In: André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (Coord.), *Reforma do Judiciário*. São Paulo, Método, 2005, p. 67. Sobre o assunto consultar na mesma obra o posicionamento, em igual sentido, de FRANCISCO, José Carlos. *Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais*. Op. cit., p. 99. Vide também: PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. In: *Temas de Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo, Max Limonad, 2003, p. 44-56; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, p. 51/77, 2006; LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Barueri, Manole, 2005, p. 16-18.

independentemente, do fato das respectivas aprovações terem sido dadas por outro quórum que não o qualificado, têm força de norma constitucional.

Quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal é de se reconhecer que, recentemente, surgiu um movimento no sentido de se começar a admitir a prevalência da posição doutrinária acima exposta.

A nossa Corte Suprema no passado, por diversas vezes, havia perfilado o entendimento de que os tratados e convenções internacionais ao ingressarem no ordenamento jurídico situam-se no mesmo patamar hierárquico das leis ordinárias²⁶².

Decisões mais recentes começaram a atribuir aos tratados e convenções internacionais o caráter de “*supralegalidade*”, isto é, não obstante serem considerados infraconstitucionais, não podem situar-se no mesmo nível das leis ordinárias, devendo, pois ocuparem um lugar especialmente reservado a eles. Assim, ao mesmo tempo em que não podem afrontar a Constituição, não devem, porém, ser colocados ao lado das leis ordinárias, devendo, pois, ficar acima destas²⁶³.

E, como citado acima, atualmente há um redirecionamento dentro do Supremo Tribunal Federal para admitir que os tratados que foram aprovados antes da inserção do § 3º no artigo 5º da Carta Magna, e que versem sobre direitos humanos, tenham natureza de norma constitucional, passando a integrar o chamado bloco de constitucionalidade²⁶⁴.

Se, realmente, essa for a posição a ser seguida em relação aos documentos internacionais que versem sobre direitos humanos aprovados antes da Emenda n. 45/04, e, também, considerando-se que os tratados e convenções sobre direitos humanos aprovados pós Reforma do Judiciário com o quórum qualificado do § 3º do artigo 5ª da

²⁶² Foi no RE nº 80.004/SE, julgado em 01/06/77, que pela primeira vez o STF adotou a orientação de que os tratados e convenções internacionais estariam no mesmo nível hierárquico das leis ordinárias. Embora o relator do respectivo acórdão, o então Min. Xavier de Albuquerque, baseado na jurisprudência antecedente, tenha votado pela prevalência dos tratados e convenções internacionais sobre a legislação infraconstitucional, prevaleceu a tese contrária. Posteriormente vários outros julgados acolheram a mesma posição. Nesse sentido, vide HC nº 72.131/RJ; ADI nº 1.480-3/DF; RE nº 206.482-3/SP; HC nº 81.319-4/GO.

²⁶³ Vide RE 466.343-1/SP.

²⁶⁴ A respeito dessa nova visão ver o julgamento dado no HC 87.585-8/TO.

Constituição, passam a ter status de normas constitucionais, a questão da possibilidade desses instrumentos internacionais estabelecerem mandados de criminalização poderá ser ao menos colocada em pauta.

Mas outros obstáculos podem surgir. Será que todos os Estados-parte cumpririam essas ordens de criminalização? Caso não cumprissem haveria como obrigá-los a fazê-lo? Na prática haveria efetiva vinculação? Enfim, a questão é extremamente delicada e como não há intenção de esquadrihar todo o assunto, mas somente promover uma reflexão sobre o tema, por ora basta.

Isso, porém, não afeta em hipótese alguma a constatação da existência, no Brasil, de mandado de criminalização em relação ao terrorismo, tendo em vista que ele está previsto expressamente da Constituição.

Destarte, a despeito da discussão acima posta, o que deve ficar registrado é que a ordem constitucional de criminalização atinente ao terrorismo, até o presente momento, está sendo completamente ignorada pelo legislador brasileiro.

3.3.1.3. Ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático

A ação de grupos armados, civis ou militares, contra a Ordem Constitucional e o Estado Democrático, pode ser aferida de conduta prevista na Lei de Segurança Nacional – Lei n. 7.170/83²⁶⁵, e não se confunde com o terrorismo. Importante destacar que esta lei não foi totalmente recepcionada pela Constituição de 1988²⁶⁶.

²⁶⁵ “Artigo 1º, Lei n. 7.170/83. Esta lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão: I - a integridade territorial e a soberania nacional; II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União”.

²⁶⁶ A respeito da recepção apenas parcial da Lei n. 7.170/83 pela Constituição de 1988, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves explica: “Duas dessas características apontadas – a motivação plural e a defesa da democracia – servem de lastro para nossa conceituação de que a Lei de Segurança Nacional, nº 7.170/83 não foi integralmente recepcionada pela Carta Constitucional de 1988. Embora ele mencione que seu objetivo é tutelar a integridade territorial e a soberania nacional, o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito, bem como a pessoa dos Chefes dos Poderes da União (artigo 1º), o modo de descrição dos crimes ecoa o regime militar que, ilegitimamente, tomou o poder para si e só foi de todo superado com a Constituição de 1988. A Lei nº 7.170/83 não é a lei de segurança do Estado Democrático de Direito, que a nova Carta instituiu e que merece ser protegido por legislação adequada” (Op. cit., p. 242).

Definindo no que consiste a previsão do artigo 5º, inciso XLIV, da Constituição, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves esclarece que o dispositivo permite a punição “*das ‘quarteladas’, dos ‘pronunciamentos’, dos ‘golpes’ civis ou militares, ou seja, da tentativa de tomar o poder pela força, ao invés de pelo voto*”²⁶⁷.

Tratam-se, portanto, de “*ações voltadas contra a sede, pessoas e instituições governamentais, com o objetivo de empolgar o aparato do governo estatal*”²⁶⁸. Por outro lado, quanto ao terrorismo, pondera o mesmo autor:

*“Já a violência que caracteriza o terrorismo não se restringe aos políticos, forças armadas ou policiais que dão sustentação a um regime ou a um governo; pode alcançar quaisquer pessoas. E, tampouco, se restringe a objetivos políticos em sentido estrito, pois sua motivação pode ser ampla, incluindo valores morais, religiosos e raciais, e até aqueles usualmente vinculados à criminalidade organizada”*²⁶⁹.

Não se pode olvidar que a Constituição estabeleceu, além do não cabimento de fiança, a imprescritibilidade em relação à ação de grupo armado contra a Ordem Constitucional e o Estado Democrático. Sobre a crítica em relação à imprescritibilidade consultar o item 3.3.1.1. que trata do racismo.

Em função da recepção apenas parcial da Lei n. 7.170/83 pela Constituição de 1988, há necessidade de que a matéria seja tratada adequadamente pelo legislador, razão pela qual, o mandado de criminalização constante do artigo 5º, inciso XLIV, da Carta Política, ainda não foi plenamente respeitado.

3.3.1.4. Retenção dolosa de salário dos trabalhadores

Embora o inciso X do artigo 7º, da Constituição de 1988, ao prever como direito social dos trabalhadores a “*proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa*”, tenha sido muito transparente ao determinar o mandado de penalização, o legislador ainda está em débito com tal determinação.

²⁶⁷ Op. cit, p. 240.

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ *Ibidem*.

O Título IV, da Parte Geral, do Código Penal (artigos 197 a 207), não possui nenhum dispositivo capaz de encampar todas as condutas daquele que retém dolosamente o salário do trabalhador.

É sabido que, para alguns doutrinadores, a retenção dolosa do salário, caracteriza o crime de apropriação indébita, descrito no artigo 168²⁷⁰ do Código Penal. “*Data venia*”, a questão não pode ser vista apenas dentro dessa visão simplista.

Nem sempre o sujeito que retém o salário do trabalhador tem o dolo de apropriar-se do mesmo. Pode, por exemplo, ter, unicamente, a intenção de prejudicar o trabalhador, sem que, contudo, demonstre qualquer intuito de apropriar-se do respectivo numerário.

Dessa forma, a retenção dolosa de salário deve ser objeto de um tipo penal autônomo que seja capaz de abranger outras situações que não a mera apropriação indébita.

Medida que pode auxiliar na resolução do problema é a confecção de um tipo penal que possibilite a utilização de interpretação analógica. Com a inserção de uma cláusula geral ao final da definição de algumas hipóteses casuísticas apresentadas expressamente pelo legislador, dar-se-á certa elasticidade à norma penal incriminadora aumentando sua potencialidade para incidir sobre outras condutas que se apresentem como semelhantes àquelas previamente definidas no tipo penal.

Em função da ausência de um tipo penal próprio e suficiente para abarcar todas as hipóteses de retenção dolosa de salário, é forçoso reconhecer que o respectivo mandado de criminalização ainda não foi suficientemente atendido.

²⁷⁰ “Art. 168. *Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:*
Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

No sentido de que a retenção dolosa de salário mínimo caracteriza apropriação indébita, ver José Afonso da Silva: “(...) e do inciso X do mesmo artigo, que prevê a proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; (...). A segunda parte do dispositivo já define com crime retenção dolosa do salário, o que nos termos da legislação penal vigente, caracteriza apropriação indébita” (Op. cit., p. 293-294).

3.3.1.5. Crimes ambientais

A cautela em proteger o meio ambiente é cristalina na Carta Política. É direito de todos que haja um *“meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”* (art. 225, caput, CF).

Assim sendo, segundo dispõe o mandado de criminalização que consta do § 3º do artigo 225 da Constituição: *“as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”*. A preocupação do constituinte na tutela do meio ambiente foi tamanha, que previu a responsabilidade dos infratores nas áreas criminal, administrativa e cível.

Dando cumprimento ao aludido mandado de criminalização surgiu a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que passou a ser denominada de *“Lei de Crimes Ambientais”*. Apesar de algumas críticas existentes em relação à lei²⁷¹, levando-se em conta o avanço promovido em comparação com o que existia até então em termos de responsabilidade penal ambiental, no geral, pode-se afirmar que o legislador adimpliu com a obrigação constitucional de penalização.

Questão que é objeto de acalorada discussão em sede doutrinária envolve a possibilidade ou não de responsabilização criminal da pessoa jurídica por práticas nocivas ao meio ambiente.

A análise deve começar pelo itinerário apontado pela Lei Magna, onde o constituinte sinalizou, no § 3º do seu artigo 225, para a possibilidade de responsabilizar

²⁷¹ Entendendo que em alguns pontos a Lei 9.605/98 deixou a desejar no cumprimento do mandado de criminalização, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves diz: *“Por outro lado, a Lei nº 9.605/98 se omitiu em oferecer proteção penal itens expressamente relacionados pela Constituição, no artigo 225, como necessárias à proteção ambiental, como os relativos à proteção da biodiversidade e à manipulação genética (parágrafo 1º, inciso II) e à exigência de relatório de impacto ambiental (parágrafo 1º, inciso IV). É certo que o artigo 60 da Lei nº 9.605/98 fala em: (...). Trata-se de proteção insuficiente (crime considerado de menor potencial ofensivo) e indireta, posto que considera a exigência de estudo prévio de impacto ambiental apenas como uma das condições para a concessão de licença ou autorização dos órgãos ambientais”* (Op. cit., p. 293-294).

penalmente as pessoas jurídicas pelas condutas e atos lesivos ao meio ambiente. Seguindo na apreciação da questão, ainda sob o enfoque normativo, o artigo 3º da Lei n. 9.605/98, em consonância com a norma constitucional, definiu:

*“Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.
Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato”.*

Aqueles que sustentam a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica apontam como argumentos favoráveis os seguintes:

I. A própria Constituição permite que isso ocorra, não só no artigo 225, § 3º, mas também no artigo 173, § 5º, que está inserido na disciplina da Ordem Econômica e Financeira. Além do que, como trazido logo acima, o artigo 3º da Lei n. 9.605/98 segue também essa diretriz;

II. Há mandado de criminalização expresso no sentido de criminalizar as condutas lesivas ao meio ambiente, desvelado pela função protetiva de direitos fundamentais, não havendo justificativa para tolher a responsabilização penal da pessoa jurídica. Se a Constituição, explicitamente, assinalou nessa direção, não se pode interpretar a Lei Maior a partir da lei ordinária²⁷²;

III. A maioria dos crimes contra o meio ambiente é cometida pelas corporações e essa modalidade delitiva se efetiva de maneira diferenciada, uma vez que, em regra, o criminoso age em nome e por conta da empresa e a conduta vem para beneficiá-la²⁷³;

IV. Pode ser aplicada a teoria da realidade, segundo a qual, a pessoa jurídica pode praticar crimes, sendo a sua vontade representada pela soma das vontades dos

²⁷² Nesse caminho, encontra-se a posição de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (Op. cit., p. 288-289).

²⁷³ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente – Doutrina, Jurisprudência, Glossário*. 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 779. Acompanhando esse posicionamento: “Os maiores poluidores e degradadores do meio ambiente, via de regra, são as indústrias que lançam resíduos sólidos, gasosos ou líquidos no solo, no ar atmosférico e nas águas, causando danos irreversíveis ao lençol freático, ao ar, à terra, à flora e à fauna. (...) Foi com base na necessidade de se proteger amplamente o meio ambiente que o legislador inseriu a responsabilidade penal da pessoa jurídica em nosso sistema jurídico a despeito da resistência doutrinária penal” (SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela Penal do Meio Ambiente*. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 53-54).

sócios ou dirigentes. A vontade da empresa é diferenciada das vontades das pessoas naturais que a constituíram, mas existente.

Se o ordenamento jurídico reconhece a vontade da pessoa jurídica para celebrar contratos e outros negócios jurídicos, conferindo a ela patrimônio divorciado do patrimônio das pessoas físicas que a constituem, por que este reconhecimento não pode ser utilizado para promover sua responsabilização criminal? Embora se afirme comumente que a pessoa moral não atue propriamente com dolo ou culpa, faltando-lhe, portanto, vontade própria, poder-se-ia, nesse campo, admitir a responsabilidade objetiva²⁷⁴.

V. Quanto à finalidade preventiva da pena, esta não se afigura como óbice à punição penal da pessoa jurídica, pois é sobre os seus dirigentes e administradores que incidirá o caráter preventivo da pena;

VI. Não há que se falar, também, em afronta ao princípio da personalidade da pena (pessoalidade ou responsabilidade pessoal) - segundo o qual a pena não pode passar da pessoa do sentenciado -, pois os efeitos irradiados sobre outras pessoas decorrerão apenas dos efeitos indiretos da pena.

Além do mais, quando da imposição de pena à pessoa física, os familiares do condenado, como os filhos, por exemplo, também são atingidos reflexamente pela sanção penal²⁷⁵. Da mesma forma, a pena eventualmente aplicada à empresa afetará de modo indireto os sócios que não concordaram com a prática criminosa.

Caso seja admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, nos termos do artigo 3º da Lei n. 9.605/98, dois pressupostos devem estar presentes para que isso se efetive: a) que a conduta delituosa tenha sido praticada em seu benefício ou interesse; b) que a decisão de praticá-la tenha partido de seu representante.

²⁷⁴ Nessa perspectiva: "(...); b) ainda que não tivesse vontade própria, passível de reconhecimento através do dolo e da culpa, é preciso destacar existem casos de responsabilidade objetiva, no direito penal, inclusive de pessoa física, como se dá no contexto da embriaguez voluntária, mas não preordenada" (...). (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 839).

²⁷⁵ *Ibidem*.

Para aqueles que não admitem a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, pautados no brocardo “*societas delinquere non potest*” (a pessoa jurídica não pode delinquir) e, principalmente, levando em conta a estrutura do Direito Penal, as objeções apresentadas são as seguintes:

I. Somente os comportamentos humanos podem ser tidos como conduta do ponto de vista jurídico-penal. Não há como se falar em ação ou omissão delituosa da pessoa jurídica, pois esta não realiza atividade finalística²⁷⁶.

Além do que, não há como se apurar a presença do elemento subjetivo – dolo ou culpa – da pessoa jurídica, havendo, pois, violação do princípio da culpabilidade, remanescendo apenas a responsabilidade no plano objetivo. A empresa não tem vontade de delinquir, portanto, qualquer possibilidade de responsabilização criminal passa pela responsabilidade objetiva.

II. A empresa não possui capacidade natural de ação, pois esta é conceituada como “*produto original do indivíduo*”, e, a pessoa jurídica só atua por meio de seus órgãos;

III. Deve-se aplicar a teoria da ficção, para a qual a pessoa jurídica é um conceito abstrato e deve ser vista somente como uma criação do Homem, de modo que, apesar da sua existência ficta, ela não é dotada de consciência e nem de vontade. Em sendo assim, eventuais infrações penais perpetradas devem ser imputadas aos respectivos dirigentes;

IV. A pessoa jurídica não apresenta culpabilidade, compreendida como “*o juízo de censura pessoal de realização do injusto típico, só pode ser endereçada a uma pessoa humana (culpabilidade de vontade)*”²⁷⁷. Portanto não é possível exigir da empresa a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento (imputabilidade), a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa;

²⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Ambiental*. 1ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 85.

²⁷⁷ *Ibidem*.

V. os fins da pena – retributivo, preventivo e de reinserção social – não podem ser perseguidos ante a pessoa jurídica. Assim como, na hipótese de responsabilização penal desta, a pena não incidirá, unicamente, sobre o autor do fato, mas sim sobre todos os seus membros.

Há, por conseguinte, manifesta ofensa ao princípio da personalidade da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLV²⁷⁸, da Constituição Federal, que não permite que a pena passe da pessoa do delinquente. A responsabilidade penal está intimamente ligada à pessoa do agente, não podendo em hipótese alguma atingir terceiros;

VI. O princípio da individualização da pena²⁷⁹, que encontra assento no artigo 5º, inciso XLVI, do Texto Constitucional, também resta comprometido sob a ótica da responsabilização penal da pessoa jurídica, tendo em vista que a dosimetria da pena fica circunscrita às consequências e à extensão dos prejuízos causados ao meio ambiente, o que não permite a adequada individualização da pena.

Embora o artigo 6º²⁸⁰ da Lei de Crimes Ambientais, busque delinear parâmetros para que seja realizada a individualização da pena, a referida previsão é insuficiente para atingir tal desiderato.

VII. Por derradeiro, cumpre destacar que, além das dificuldades enfrentadas no plano do Direito Penal, do ponto de vista processual penal a complicação também existe²⁸¹. Questões atinentes à realização da citação, do interrogatório, à

²⁷⁸ “Art. 5º, CF. (...) XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

²⁷⁹ Segundo Guilherme de Souza Nucci: “A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da ‘mecanizada’ ou ‘computadorizada’ aplicação da sanção penal, que prescindida da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto” (Individualização da pena. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 30).

²⁸⁰ “Art. 6º. Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará: I – a gravidade do fato do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde de pública e para o meio ambiente; II – os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; III – a situação econômica do infrator, no caso de multa”.

²⁸¹ Confirmando essa problemática, Antonio Carlos da Ponte escreve: “Tanto a Constituição Federal quanto a Lei nº 9.605/98 exteriorizam a possibilidade de prática de crime por parte da pessoa jurídica, com conseqüente punição adequada às suas características. Porém, não foi elaborado um sistema

individualização da conduta do agente no momento do oferecimento da denúncia, afiguram-se como barreiras de difícil transposição na análise da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Quem será citado em nome da empresa? O seu representante? E no interrogatório, quem será ouvido? O representante também? Mas, este será ouvido a que título? Como o representante do Ministério Público individualizará a conduta no momento de oferecer a inicial acusatória?

Ante todas as argumentações apresentadas no sentido favorável e no contrário à responsabilização da pessoa jurídica no âmbito penal, mais acertadas são aquelas que não admitem esta possibilidade. A responsabilidade penal da pessoa jurídica mostra-se como medida exagerada que não se coaduna com diversos preceitos do Direito Penal.

Cumpra consignar, por fim, que a inserção da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil se deu por influência do Direito francês. Atente-se, porém, que na França houve a edição da denominada Lei de Adaptação (Lei 92-1336/1992), que modificou institutos penais e processuais penais, adaptando-os para viabilizar a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, e no nosso país isso não se efetivou²⁸².

À guisa de fechamento do presente tópico deve ficar registrado que embora haja toda essa celeuma envolvendo a responsabilidade da pessoa jurídica na esfera penal, isso não pode levar ao equívoco de que o mandado de criminalização não exista em relação às infrações penais ambientais. Ele certamente existe e, sem embargo da polêmica exposta a pouco, vem sendo cumprido pela Lei n. 9.605/95.

3.3.1.6. Crimes contra a criança e o adolescente

Dentre as obrigações constitucionais de criminalização expressamente previstas na nossa “*Lex Mater*”, nesse momento, merece destaque a necessidade de combate e punição satisfatórios das condutas violadoras dos direitos da criança e do adolescente,

processual próprio a dar guarida a tal pretensão; o que não afeta a existência do mandado” (Op. cit., p. 157).

²⁸² Sobre o tema consultar: PRADO, Luiz Regis. *Crimes Contra o Ambiente*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 37.

em especial, daqueles comportamentos que impliquem abuso, violência e exploração de ordem sexual dos menores.

Note-se que para essas práticas criminosas, o legislador constituinte determina não só que exista uma punição, mas que esta seja “severa”, nos exatos termos do § 4º do artigo 227 do Texto Constitucional, que preceitua: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

Os direitos fundamentais à dignidade, à liberdade, à cidadania, são direitos que, evidentemente, alcançam a criança e o adolescente, e para que sejam devidamente protegidos e efetivados demandam a positivação de normas penais incriminadoras.

Em atendimento ao aludido mandado de criminalização, encontram-se no Código Penal os crimes de “estupro”²⁸³, “estupro de vulnerável”²⁸⁴, do artigo 218²⁸⁵, “satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente”²⁸⁶, “favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável”²⁸⁷;

²⁸³ “Art. 213, CP. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso
Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”.

²⁸⁴ “Art. 217-A, CP. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (Vetado).

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”.

²⁸⁵ “Art. 218, CP. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos”.

²⁸⁶ “Art. 218-A, CP. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos”.

²⁸⁷ “Art. 218-B, CP. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), as condutas descritas nos artigos 240²⁸⁸, 241²⁸⁹, 241-A²⁹⁰, 241-B²⁹¹, 241-C²⁹², 241-D²⁹³, 241-E²⁹⁴, 244-A²⁹⁵, 244-B²⁹⁶.

I – quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo;

II – o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verificarem as práticas referidas no caput deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento”.

²⁸⁸ “Art. 240, ECA. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracena.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:

I - no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;

II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou

III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento”.

²⁸⁹ “Art. 241, ECA. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa”.

²⁹⁰ “Art. 241-A, ECA. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa”.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;

II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.

§ 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo”.

²⁹¹ “Art. 241-B, ECA. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo.

§ 2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por:

I – agente público no exercício de suas funções;

II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo;

III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.

§ 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido”.

²⁹² “Art. 241-C, ECA. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Quanto aos delitos de estupro e estupro de vulnerável, pertinente consignar que ambos são considerados crimes hediondos em todas as suas formas, incidindo dessa feita, os dispositivos da Lei n. 8.072/90.

Ante os crimes supracitados, que visam à punição das condutas que configuram abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente, constata-se que o mandado de penalização constante do § 4º do artigo 227 da Carta Política, foi objeto de devida atenção por parte do legislador ordinário, restando plenamente atendido.

3.4. Mandados de criminalização implícitos

Os mandados implícitos de criminalização são aqueles que, muito embora não estejam expressamente previstos, podem ser extraídos da avaliação do Texto Constitucional como um todo, ou seja, da avaliação contextual dos valores consubstanciados ao longo da Constituição²⁹⁷.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo”.

²⁹³ “Art. 241-D, ECA. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir a criança a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita”.

²⁹⁴ “Art. 241-E, ECA. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.

²⁹⁵ “Art. 244-A, ECA. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do artigo 2º desta lei, à prostituição ou exploração sexual:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1º Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no caput deste artigo.

§ 2º Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento”.

²⁹⁶ “Art. 244-B, ECA. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Incorre nas penas previstas no caput deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet.

§ 2º As penas previstas no caput deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990”.

²⁹⁷ Sobre a existência e avaliação dos mandados implícitos de criminalização, Antonio Carlos da Ponte assevera que: “O reconhecimento dos mandados implícitos de criminalização sempre dependerá de uma análise contextual da Carta Magna; contudo, não pode se dar no campo meramente subjetivo, atrelado

Esses mandados implícitos de criminalização foram reconhecidos pela primeira vez em 1975 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. A Quinta Lei Para a Reforma do Código Penal Alemão (5. “*Gesetz zur Reform des Strafrechts*”), de 18 de junho de 1974, atribuiu nova redação ao parágrafo 218 do “*Strafgesetzbuch*”, promovendo a descriminalização parcial do aborto, por intermédio da chamada “*regra do prazo*”, ao permitir a interrupção da gravidez dentro dos três primeiros meses de gestação.

Posteriormente, essa matéria foi levada ao Tribunal Constitucional Federal, que declarou a inconstitucionalidade dessa disposição, porque havia um mandado de criminalização implícito na Constituição alemã, proclamando que:

“De outro lado, não convence a objeção de que não se possa deduzir de uma norma de direito fundamental garantidora de liberdade a obrigatoriedade do Estado de sancionar criminalmente. Se o Estado é obrigado, por meio de uma norma fundamental que encerra uma decisão axiológica, a proteger eficientemente um bem jurídico especialmente importante também contra ataques de terceiros, freqüentemente serão inevitáveis medidas com as quais as áreas de liberdade de outros detentores de direitos fundamentais serão atingidas”²⁹⁸.

Uma década depois, o Tribunal Constitucional espanhol trilhou caminho semelhante na STC 53/1985 ao declarar a inconstitucionalidade de projeto de lei que descriminalizava o aborto cometido em determinadas circunstâncias, em razão das exigências decorrentes do artigo 15 da Constituição espanhola²⁹⁹.

unicamente ao talante do intérprete. A eleição de critérios seguros mostra-se como imprescindível para que não haja violação ao corpo constitucional, sob o pretexto de preservá-lo. Sob tal ótica, justifica-se o reconhecimento de um mandado implícito, quando o bem protegido ou que se busca proteção, apesar de afigurar-se como preponderante dentro da ordem constitucional, não contar com previsão expressa e tampouco com a conseqüente proteção normativa; caso esta já se encontre no ordenamento, afigure-se como débil, insuficiente ou ineficaz. Em regra, situações extremadas justificarão seu reconhecimento” (Op. cit., p. 166).

²⁹⁸ MARTINS, Leonardo (*Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org. Leonardo Martins. Trad. Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Geraldês Ferreira. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 271).

²⁹⁹ A seguir trechos da referida decisão da Corte Constitucional da Espanha (STC 53/1985):

“(...) 3. Os direitos fundamentais não incluem somente direitos subjetivos de defesa dos indivíduos frente ao Estado e garantias institucionais, senão também deveres positivos por parte deste (vejam-se a respeito arts. 9.2, 17.4, 18.1 y 4.20.3 y 27 da Constituição). 4. Os direitos fundamentais são os componentes estruturais básicos, tanto do ordenamento jurídico objetivo quanto de cada um dos ramos que o integram, em razão de que é a expressão jurídica de um sistema de valores que, por decisão do constituinte, tem de informar o conjunto da organização jurídica e política; são como diz o art. 10 do C.E. O ‘fundamento da ordem jurídica e da paz social’. 5. Da obrigação da submissão de todos os poderes à Constituição não somente se deduz a obrigação negativa do Estado de não lesionar a esfera

Deve-se registrar também que na Itália, a Corte Constitucional foi instada a manifestar-se a respeito da (in) constitucionalidade do artigo 724 do Código Penal, que ao tipificar a blasfêmia, circunscreveu seu objeto à proteção da religião católica.

A inconstitucionalidade do aludido dispositivo foi arguida em face do art. 3º da Constituição italiana (além dos artigos 8º e 19, de maneira mais remota), que ao assegurar a igualdade absoluta dos cidadãos perante o legislador, sem qualquer possibilidade de discriminação em razão da religião adotada, não admitiria que se protegesse na seara penal somente o sentimento religioso católico e não o sentimento daqueles que compartilham de outras religiões.

Na *Sentenza* 14, de 27 de fevereiro de 1973, a Corte Constitucional da Itália, mesmo sem invalidar o referido artigo, considerou que para a plena aplicação do princípio constitucional de liberdade religiosa, o legislador deveria “*providenciar uma revisão da norma, para o fim de estender a tutela penal contra ofensas (ultraje) ao sentimento religioso dos indivíduos pertencentes a confissões religiosas diversas da católica*”³⁰⁰.

individual ou institucional protegida pelos direitos fundamentais senão também a obrigação positiva de contribuir à efetividade de tais direitos, e dos valores que representam, ainda que não exista uma pretensão subjetiva por parte do cidadão. Isso obriga especialmente ao legislador, quem recebe dos direitos fundamentais ‘os impulsos e linhas diretivas’, obrigação que adquire especial relevância ali onde um direito ou valor fundamental ficaria vazio de não se estabelecer os pressupostos para sua defesa. (...) 8. A proteção que a Constituição dispensa aos ‘nascituros’ implica para o Estado duas obrigações: a de abster-se de interromper ou de obstaculizar o processo natural de gestação, e a de estabelecer um sistema legal para a defesa da vida que suponha uma proteção efetiva da mesma e que, dado o caráter fundamental da vida, inclua também, como última garantia, as normas penais. Isso não significa que dita proteção tenha de revestir caráter absoluto; pois, como sucede em relação a todos os bens e direitos constitucionalmente reconhecidos, em determinadas hipóteses pode e ainda deve estar sujeita a limitações”. Tradução livre do autor.

Comentando a respeito da STC 53/1985, Luciano Feldens expõe: “*Na aludida sentença, o TC examinava a constitucionalidade do projeto do art. 417 bis, de reforma pontual do Código Penal, o qual estabelecia algumas hipóteses de não-punibilidade do aborto em determinadas circunstâncias (abortos chamados terapêutico, ético e eugenésico). Por maioria – houve vários votos particulares divergindo da decisão -, o Tribunal afirmou a inconstitucionalidade do projeto, assentando que ‘(...) o projeto de Lei Orgânica pelo qual se introduz o art. 417 bis do Código Penal é desconforme com a Constituição, não em razão das hipóteses em que declara não punível o aborto, senão por não cumprir em sua regulação exigências constitucionais derivadas do art. 15 da Constituição, que resulta por isso vulnerado, nos termos e com o alcance que se expressam no fundamento jurídico 12 da presente Sentença’ [STC 53/1985]”* (Op. cit., p. 96). Tradução livre do autor.

³⁰⁰ FELDENS, Luciano (Op. cit., p. 97).

No ordenamento jurídico brasileiro, pode-se afirmar que existe mandado implícito de criminalização em relação à corrupção eleitoral³⁰¹. O critério utilizado para justificá-lo decorre da necessidade de proteger a própria estrutura estatal, eis que o processo eleitoral deve ser transparente para que a corrupção não contamine os alicerces do Estado.

Para que os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, CF) sejam preservados, bem como seus objetivos sejam alcançados (art. 3º, CF), é inevitável reconhecer que a disputa eleitoral deve transcorrer na mais absoluta clareza. Em verdade, não há como se falar em Estado Democrático de Direito onde existe um processo eleitoral corrompido.

Na Itália, Francesco Palazzo admite os mandados de criminalização implícitos, ao expressar-se nos seguintes termos:

“Surge, neste ponto, o problema de se saber se junto às expressas cláusulas de penalização, outras não existem tacitamente. A resposta parece ser positiva, não apenas porque a presença de cláusulas expressas não autorizam, por certo, e fundadamente, o argumento do ubi lex voluit dixit... mas, de modo especial, pelo papel que podem representar na observância do princípio generalíssimo da ragionevolezza. O que se acha no bojo – é de ponderar-se – da ordem constitucional e impõe a proteção penalística dos valores, mesmo não sendo objeto de uma cláusula expressa de penalização, há, de qualquer modo, de ser entendido como parte integrante do que expressamente afirmado pelo constituinte. Disso resulta que no âmbito interno do sistema penal, considerado à luz do quadro dos valores constitucionais, enquanto seja exigida a obrigação de tutelar penalmente bens ou valores desprovidos de tutela, ou insuficientemente tutelados, resguardam-se outros bens ou valores que ocupam uma posição secundária na hierarquia constitucional”³⁰².

³⁰¹ Defendendo a existência de mandado implícito de criminalização em relação à corrupção eleitoral, Antonio Carlos da Ponte diz: “A necessidade de combate eficiente à corrupção eleitoral apresenta-se como mandado implícito de criminalização, (...). O combate à corrupção eleitoral não se afigura como uma opção do legislador brasileiro, mas como obrigação decorrente de mandado implícito de criminalização, contido na própria Constituição Federal, que indica como alguns dos fundamentos do Estado Brasileiro a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (artigo 1º, incisos I, II, III e V, da CF). Mais adiante, em seu artigo 3º, a Carta Magna aponta como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem comum, sem qualquer forma de preconceito ou discriminação. Tais finalidades só podem ser alcançadas por intermédio de um parlamento legítimo, ético e plural, constituído com regras claras, que não cedam espaço à corrupção ou às práticas inaceitáveis no campo ético-social” (Op. cit., 166-167).

³⁰² PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 105-106.

Há quem defenda a impossibilidade de se reconhecer a existência de mandados implícitos, uma vez que não se coadunariam com a idéia de Estado Democrático de Direito, notadamente por trazer insegurança jurídica.

Todavia, é imperioso identificar que o Direito Penal brasileiro necessita de uma releitura, assentada nos valores arraigados na Constituição de 1988, fazendo-se necessário admitir a existência dos mandados explícitos e implícitos de criminalização, no escopo de evitar que o campo penal permaneça numa concepção puramente dogmática, apartada dos anseios almejados pelo constituinte.

3.4.1. Corrupção eleitoral

A corrupção eleitoral, tanto na vertente ativa quanto na passiva, vem prevista no artigo 299 do Código Eleitoral (Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965), que prescreve:

*“Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita;
Pena – reclusão até quatro anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa”.*

Percebe-se que o caminho traçado pelo Código Eleitoral, ao prever no mesmo tipo penal as modalidades ativa e passiva de corrupção, é distinto do adotado pelo Código Penal, pois este separa as formas de corrupção – ativa e passiva – em preceitos jurídicos diversos (art. 317 – corrupção passiva; art. 333 – corrupção ativa).

A opção feita pelo Código Eleitoral é digna de críticas, vez que, como defende Antonio Carlos da Ponte, melhor seria punir apenas a corrupção eleitoral ativa, pois sem esta, a corrupção eleitoral passiva não existiria.

Ademais, da forma como se apresenta a incriminação da corrupção eleitoral, pune-se aquele que, desesperadamente, vende o voto ou a abstenção, em um momento de angústia e, porque não, de sobrevivência, igualmente àquele que de maneira fria e despido de qualquer valor ético e moral, compra o voto ou a abstenção³⁰³.

³⁰³ PONTE, Antonio Carlos da. (Op. cit., p. 89).

Embora a crítica seja pertinente, o fato é que o legislador optou por tipificar a corrupção eleitoral ativa e a passiva, e o fez no bojo do mesmo dispositivo.

A corrupção eleitoral pode ser praticada por intermédio das condutas de dar, oferecer ou prometer para outrem, dinheiro, dádiva ou qualquer outra vantagem, para obter o voto ou conseguir a abstenção de eleitor, ainda que a oferta não seja aceita.

É crime de ação múltipla ou de conteúdo variado; formal - que se consuma, independentemente, da obtenção do resultado, bastando que fique demonstrado que o sujeito deu, ofereceu, solicitou ou recebeu vantagem de qualquer natureza, com a intenção de obter o voto ou a abstenção do eleitor, ainda que isto não se concretize -; e de forma livre, que tem por sujeito ativo o candidato ou terceira pessoa e por sujeito passivo o Estado, a sociedade, e que exige a finalidade específica (o dolo específico dos clássicos) de buscar obter o voto ou conseguir a abstenção do eleitor.

Por sua vez, a corrupção eleitoral passiva consiste em solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva ou qualquer outra vantagem, para dar o voto ou prometer a abstenção.

Configura crime próprio, pois exige do sujeito passivo a condição de eleitor, mas que admite o concurso de agentes nas suas duas modalidades – co-autoria e participação. Assim, nos termos do artigo 30 do Código Penal³⁰⁴, terceira pessoa que não seja eleitor pode responder pela corrupção eleitoral passiva, desde que atue em concurso com o eleitor. Vítima é o Estado, a sociedade.

Na modalidade solicitar é crime formal, que se consuma com a mera solicitação, não dependendo, para tanto, de que seja efetuado o voto ou a abstenção. Já na modalidade receber, trata-se de crime material, que só se verifica se a corrupção eleitoral ativa tiver, também, caracterizada.

Encerrando o presente tópico, repisa-se que a corrupção eleitoral, por afrontar a cidadania e o pluralismo político, fundamentos da República Federativa do Brasil (art.

³⁰⁴ “Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

1º, II e V, CF), atentando, assim, contra a própria estrutura do nosso Estado Democrático de Direito, deve ser vista como objeto de um mandado de criminalização implícito no âmago do Texto Constitucional, que, entretanto, não vem sendo tratado com a devida atenção pelo legislador.

Isto porque, a pena aplicada (um a quatro anos de reclusão e pagamento de cinco a quinze dias multa) demonstra-se insuficiente em face da gravidade do delito, em nítido desrespeito ao princípio da proporcionalidade – na vertente proibição de proteção insuficiente –, assunto que será pormenorizadamente comentado no capítulo quatro. Por ora, basta concluir que o respectivo mandado de criminalização implícito foi apenas parcialmente cumprido pelo legislador.

3.5. Instrumentos de combate à inércia do legislador no cumprimento dos mandados de criminalização

Como fora apontado em linhas anteriores, em nosso país, nem todos os mandados de criminalização foram adequadamente enfrentados por parte do legislador ordinário. Alguns estão sendo cumpridos de forma indevida, outros de forma incompleta, existindo, ainda, aqueles que nem minimamente, vêm sendo observados, como ocorre, por exemplo, com o terrorismo.

Sendo essa a atual situação verificada quanto ao cumprimento das ordens constitucionais de criminalização, e, sabendo-se, que estas vinculam o legislador, que tem a obrigação de atuar em relação a tais comandos, a pergunta que deve ser trazida à baila é a seguinte: Existem meios hábeis para combater essa mora do legislador, obrigando-o a legislar para atender de maneira completa e prudente os mandados de penalização?

A deficiência no cumprimento do mandado de criminalização pode dar ensejo à propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental, ou mandado de injunção. Porém como ensina Antonio Carlos da Ponte:

“No ordenamento jurídico brasileiro, o não-atendimento a um mandado de criminalização por parte do Poder Legislativo não traz, no âmbito legal, qualquer consequência, a não ser a instituição do Congresso Nacional em mora legislativa, desde que, para tanto, tenha sido proposta

ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a argüição de descumprimento de preceito fundamental ou mandado de injunção. Esse é o grande problema que acomete o assunto, qual seja, não há qualquer tipo de sanção efetiva destinada ao legislador que, de forma dolosa ou não, deixa de proceder ao enfrentamento de matéria que seria obrigatório”³⁰⁵.

Como se verifica não há no ordenamento jurídico brasileiro um remédio que seja apto a vincular a atuação do legislador no cumprimento efetivo dos mandados de criminalização. Isto porque, dos três instrumentos criados para combater a inércia do legislador, nenhum é capaz de impor o dever de atuar sob pena de consequências mais severas.

Em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de acordo com o § 2º do artigo 103 da Constituição:

“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Deste preceito pode se extrair que o efeito decorrente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é a constituição do Poder Legislativo em mora, mas sem qualquer possibilidade de compeli-lo a atuar. É de se reconhecer, contudo, que o Supremo Tribunal Federal vem procurando combater a possibilidade de o reconhecimento da inércia do legislador não surtir qualquer efeito prático, como o fez no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.682/MT³⁰⁶.

Porém, quando se está diante de omissão do ponto de vista legislativo penal, a tentativa de impor o caráter mandamental da decisão dada para compelir o legislador a elaborar a lei se perde, pois qual a consequência do ponto de vista da superação da lacuna referente ao não atendimento parcial ou total do mandado de penalização?

³⁰⁵ Op. cit., p. 152.

³⁰⁶ No julgamento da ADI 3.682/MT, com relatório da lavra do Min. Gilmar Mendes, o STF exarou a seguinte decisão: “Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n.ºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios” (j. 09.05.2007, DJ de 06.09.2007).

A resposta é: nenhuma. A tipificação da conduta na senda penal demanda a elaboração de lei a ser feita exclusivamente pelo Poder Legislativo Federal, em respeito ao princípio da legalidade, não sendo possível que o Pretório Excelso, por óbvio, venha a realizar aquilo que o legislador deixou de fazê-lo.

Pode-se dizer o mesmo sobre o mandado de injunção e a ação de descumprimento de preceito fundamental, ou seja, no campo dos mandados de criminalização são remédios inócuos para suprir as lacunas deixadas pelo legislador.

E, no que diz respeito ao mandado de injunção, pouco importam as variantes existentes na doutrina e na jurisprudência sobre os efeitos da decisão proferida neste remédio constitucional, pois a decisão do ponto de vista normativo penal só pode ser no sentido de declarar a mora do legislador.

Situando o leitor e justificando a afirmação acima, do ponto de vista dos efeitos da decisão no mandado de injunção, quatro são os posicionamentos perfilados, quais sejam, concretista geral, concretista individual direta, concretista individual intermediária, e não concretista.

Segundo a posição concretista geral, por meio da normatividade geral, o Poder Judiciário legisla no caso “*sub judice*”, dando à decisão efeitos “*erga omnes*” até que surja norma integrativa elaborada pelo Poder Legislativo.

Para a corrente concretista individual direta a decisão que implementa o direito, somente terá validade para o autor do mandado de injunção, mas o fará diretamente. Já a posição concretista individual intermediária defende que uma vez procedente o remédio constitucional, o Supremo Tribunal Federal fixa prazo para que o Congresso Nacional elabore a norma. Se passado o interregno fixado, o Poder Legislativo permanecer inerte, o direito estará assegurado ao autor do mandado.

Por último, segundo o que sustenta a teoria não concretista a decisão proferida no mandado de injunção apenas declara a mora, reconhecendo formalmente a omissão do Congresso Nacional.

A jurisprudência prevalente no Pretório Excelso durante muitos anos adotou a corrente não concretista (nesse sentido consultar o MI 107/DF), mas posteriormente passou a admitir em algumas decisões a orientação concretista individual intermediária (ver MI 232-1/RJ), a individual direta (vide MI 721/DF), chegando por fim à teoria concretista geral (vide MIs 670/ES, 708 e 712)³⁰⁷.

Não obstante a existência, na atualidade, deste entendimento que preza pela aplicação da posição concretista geral, deve-se reconhecer que não há como admiti-la para combater a omissão decorrente do não cumprimento dos mandados de penalização, pois, em consonância com o que foi arguido em relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tomando por base o princípio da legalidade, não há como o Poder Judiciário suprir o vazio deixado pelo Legislativo.

Desse modo pode-se dizer que, seja qual for a via utilizada para tentar combater a omissão no âmbito das ordens constitucionais, a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal cumprirá o único papel de comunicar ao Congresso Nacional da existência da mora, aconselhando-o a supri-la, sem que haja, contudo, a obrigação de atuar.

Portanto, reforça-se a tese segundo a qual não há no nosso sistema qualquer instrumento plenamente eficaz no sentido de exigir que os mandados de criminalização trazidos ao longo da Constituição de 1988 sejam, satisfatoriamente, cumpridos pelo legislador pátrio.

³⁰⁷ A respeito dos julgamentos prolatados nos MIs 670, 708 e 712, o Ministro Gilmar Mendes tece os seguintes comentários: “Em 25 de outubro de 2007, o Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e, reconhecendo o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro, bem assim, tendo em conta que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. Assim, o Tribunal, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. O Tribunal adotou, portanto, uma moderada sentença de perfil aditivo, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão do mandado de injunção” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1221).

Esta situação leva ao reconhecimento da existência de um dilema paradoxal envolvendo o tema, qual seja, ao mesmo tempo em que os mandados criam obrigações de criminalização, quando estas não são cumpridas, não há qualquer meio potencialmente capaz de obrigar o legislador a obedecer a ordem dada pelo constituinte. Mas, enfim, essa é a conclusão a que se chega.

CAPÍTULO 4 – O DUPLO ASPECTO DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

4.1. Princípios constitucionais

Princípio é o começo, início, a origem de algo³⁰⁸. Do ponto de vista jurídico, princípio é o “*mandamento nuclear de um sistema*”³⁰⁹, seu verdadeiro alicerce, a pedra angular do “*edifício*” jurídico.

Toda a pauta axiológica da Constituição é encontrada nos princípios constitucionais. Os princípios refletem os principais valores eleitos como pilares de determinado ordenamento jurídico, e precedem a existência da própria Constituição.

A evolução dos princípios no campo jurídico atravessa três etapas distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

O período jusnaturalista está ligado ao direito natural. Os princípios gerais do direito, nesse momento, são vistos como verdadeiros “*axiomas jurídicos*”, ou seja, como normas estipuladas pela reta razão. São assim, “*um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana*”³¹⁰.

³⁰⁸ Em conformidade com Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, princípio significa: 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; começo. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. *P. ext.* Base; germe (*Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Folha de São Paulo. São Paulo, Editora Nova Fronteira, 1995, p. 529).

³⁰⁹ Feliz expressão utilizada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que define: “*Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo*” (*Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 817-818).

³¹⁰ FLÓREZ-VALDES, Joaquim Arces y. *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*. Madrid, 1990, p. 38. Discorrendo sobre a fase jusnaturalista, Paulo Bonavides destaca: “*A primeira – a mais antiga e tradicional – é a fase jusnaturalista; aqui os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça*” (*Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1999, p. 232).

A fase positivista está ligada ao direito positivo. No que diz respeito aos princípios gerais do direito o principal expoente do positivismo foi Norberto Bobbio³¹¹. Nesta etapa, percebe-se que os princípios gerais do direito precisavam integrar os Códigos. Assim, somente poderiam ser considerados como tais se pudessem ser extraídos dos Códigos³¹².

Por fim, na fase pós-positivista, surgida no pós-guerra, passou-se a sustentar que os princípios gerais do direito só poderiam ser extraídos da Constituição. Esta é a fase em que, atualmente, se encontra o constitucionalismo e que tem como grandes expoentes, o norte-americano Ronald Dworkin, e os alemães Robert Alexy e Konrad Hesse³¹³.

³¹¹ “Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília, Universidade de Brasília, 1999, p. 158-159).

³¹² Nesse diapasão: “A segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária ou, segundo Gordillo Cañas, como ‘válvula de segurança’, que ‘garante o reinado absoluto da lei’” (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 235).

³¹³ Carlos Ayres Britto apresentando as bases do pós-positivismo diz: “Toda essa mudança de paradigmas no âmago das Constituições filiadas ao sistema romano-germânico do Direito muito deve, acrescente-se, a autores do porte de um KONRAD HESSE (“A Força Normativa da Constituição”, 1991) e de um ROBERT ALEXY (“Teoria de los Derechos Fundamentales”, 1977), ambos da Alemanha, que mais e mais insistiram na metodologia hermenêutica de reconhecer à Constituição o máximo de aplicabilidade por si mesma. Sendo que ALEXY foi quem retomou os fundamentos de RONALD DWORKIN para evidenciar as diferenças qualitativas entre normas veiculadoras de princípios e regras portadoras de simples preceitos. Em síntese, estava criado o clima constitucional propiciador da dicotomia básica princípios/regras (ou princípios/preceitos) e o fato é que, à sua dignidade formal a Constituição adicionou uma dignidade material. E assim recamada de princípios que são valores dignificantes de todo o Direito, é que ela passou a ocupar a centralidade do Ordenamento Jurídico, tanto quanto os princípios passaram a ocupar a centralidade da Constituição” (Op. cit., p. 180-181). Em análise feita dentro de uma perspectiva pós-positivista, Gregorio Peces-Barba adotando a expressão “valores superiores”, entende que estes são normas de interpretação e define que os princípios são conceitos a priori, são valores que o direito positivo deve preservar. São suas as seguintes considerações: “Estamos já em situação de propor, após todas as perspectivas de aproximação que assinalamos, o conceito dos valores superiores, tal como aparecem no artigo 1º -I da Constituição. De sua situação da Constituição deduz-se que estamos ante uma autêntica norma jurídica (...). Apontamos também que os valores superiores são a cabeça da Constituição material (...). No entanto, os valores superiores são Direito positivo e, portanto, não devem merecer a priori a desconfiança das aproximações não jusnaturalistas” (...). (Op. cit., p. 88-89; 91-92). Tradução livre do autor.

Esclarecendo no que consiste este momento na evolução dos princípios, Paulo Bonavides aduz: “*As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais*”³¹⁴.

Como delineado no item 2.1., o sistema punitivo deve ser estruturado com base em princípios, e este sistema punitivo vai servir a um dado modelo estatal.

Em um Estado de fisionomia totalitária, há a preocupação de incriminar todo e qualquer comportamento que se afigure como atentatório aos fins e interesses estatais, ou seja, existe uma necessidade enorme de criar tipos penais, ficando as liberdades públicas em plano secundário. Por outro lado, em um Estado estruturado sob aspectos democráticos, a liberdade é a regra, portanto, somente serão punidas aquelas condutas que realmente sejam necessárias para a manutenção da ordem e da paz social.

Nesse passo, pode-se constatar que os princípios do Direito Penal são responsáveis pela construção político-criminal que orientará o sistema punitivo. Se a opção for por um sistema punitivo aberto, como pondera René Ariel Dotti, “*a política Criminal e o Direito Penal atuam como vasos comunicantes da realidade social*”³¹⁵.

Em contrapartida, se o sistema punitivo é fechado, haverá um valor maior que será alçado à categoria de norma hipotética fundamental que norteará toda a Carta Política daquele Estado.

No caso do Brasil, esse papel de norma hipotética fundamental, como defende Antonio Carlos da Ponte³¹⁶, é feito pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

³¹⁴ (Op. cit., p. 237).

³¹⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 73. Comentado a afirmação de Dotti, Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya, explicam: “*É que se o Estado deseja exercer uma Política Criminal estabelecendo que condutas devem tipificar-se como delitivas, como devem cumprir-se as sanções para alcançar os fins preventivos, etc., para isso deve conhecer o manejo da Dogmática jurídico-penal e não só isso, mas submeter-se a todos os princípios garantistas que se estabelecem em um Estado Social e Democrático de Direito; assim, também, deve acolher todo o panorama científico que lhe oferece a Criminologia, já que esta ciência, ao permitir o acesso científico à realidade humana e social (psiquiatria forense, sociologia, etc.), oferece técnicas mais oportunas à consecução do controle social e, com ele, à prevenção do delito*” (Op. cit., p. 22).

³¹⁶ (Op. cit., p. 63). Corroborando a importância dos princípios que norteiam o sistema punitivo, prossegue Antonio Carlos da Ponte: “*Estudar princípios significa analisar de forma profunda e*

Assim, toda e qualquer norma jurídica, para que tenha validade no nosso país deve estar em consonância com a dignidade da pessoa humana.

Como já citado alhures, a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, que possui como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º, CF). Assim, o sistema punitivo arquitetado no nosso país, deverá obedecer sempre estes valores fundamentais consagrados pelo constituinte.

Acertada, outra vez, a observação feita por Antonio Carlos da Ponte quando se refere à Constituição de 1988 como uma “*carta de princípios*”, que possui como fundamentos os valores ditados no seu artigo 1º, bem como quando assevera que há uma convivência harmônica entre os princípios constitucionais, que não se contrapõem e não colidem entre si³¹⁷. Esta harmonia entre os princípios será analisada, logo adiante, quando da apreciação das diferenças entre regras e princípios.

Vários são os princípios que norteiam a ciência penal, como os da dignidade da pessoa humana, legalidade, anterioridade ou reserva legal, culpabilidade, intervenção mínima ou necessidade, ofensividade ou lesividade, insignificância, proporcionalidade, individualização da pena, humanidade etc., mas, neste trabalho serão apreciados apenas alguns, optando-se por aqueles que, naturalmente, tenham mais afinidade com a pesquisa realizada.

Oportuno recordar que o princípio da legalidade já foi examinado no item 2.4.4.1, quando do estudo dos tipos penais abertos e das normas penais em branco, portanto, caso seja de interesse do leitor, para lá o remetemos.

4.1.1. Diferenças entre princípios e regras

Os princípios são orientações diretivas de caráter geral e fundamental que concorrem para formar, em um dado momento histórico, o tecido do ordenamento

pormenorizada a própria origem do sistema punitivo, uma vez que são eles o sustentáculo da Constituição Federal e da própria dogmática penal, que, em um Estado Democrático e Social de Direito, exige uma leitura constitucional” (Ibidem).

³¹⁷ (Idem, p. 64).

jurídico. São dotados de grande abstratividade, não possuindo modal deôntico (forma do dever-ser: proibição; obrigação; permissão) direto e claro, isto é, numa análise perfunctória, não fica nítido o que é obrigatório, proibido ou permitido, ante os princípios. Desse modo, em relação aos princípios, é mais dificultoso realizar o juízo de subsunção.

Já as regras, são mais concretas, favorecendo o juízo de subsunção do fato à norma. Apresentam, assim, modal deôntico claro, indicando nitidamente se obrigam, permitem ou proíbem determinado comportamento humano.

Os princípios, por irradiarem os valores mais importantes do ordenamento jurídico, são dotados de uma dimensão de peso ou importância, que não se verifica nas regras jurídicas. Estas são apreciadas sob uma dimensão de validade³¹⁸.

Outra diferença de relevo entre os princípios e as regras jurídicas, está relacionada à questão da antinomia³¹⁹, que só pode ser verificada no campo das regras. Não há que se falar em conflito entre princípios³²⁰.

³¹⁸ Assinalando esta diferença entre os princípios e as regras, Eros Roberto Grau, relata: “É que os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. Esta valoração, evidentemente, não é exata e, por isso, o julgamento a propósito da maior importância de um princípio, em relação a outro, será com frequência discutível. Não obstante, as indagações a respeito de se ele possui essa dimensão e se faz sentido questionar quão importante ou relevante ele é integram o conceito de princípio. As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deva prevalecer uma em virtude do seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida” (A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica). 4ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1998, p. 93).

³¹⁹ Na lição de Maria Helena Diniz antinomia “é a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular” (Conflito de Normas. São Paulo, Saraiva, 1987, p. 23).

³²⁰ Joaquim José Gomes Canotilho aponta: “Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das **regras jurídicas**. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem), que é ou não é cumprida; a convivência dos princípios é conflitual, a convivência das regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se” (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra, Almedina, 2003, p. 1.161). O único ponto questionável no discurso de Canotilho está na afirmação de que há conflito entre princípios, embora, deva-se reconhecer que o autor português dá uma conotação diferenciada ao termo “conflito”, pois acaba diferenciando-o da própria antinomia, vez que só admite a existência de relações antinômicas no campo das regras.

Explicando com outras palavras, uma regra não pode co-existir com outra em sentido contrário. Se duas regras preveem diretrizes antagônicas, somente uma deve permanecer como válida, devendo a outra ser extirpada do ordenamento jurídico. “As regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um tudo ou nada”³²¹. O conflito entre regras é solucionado pelos critérios hierárquico, temporal e da especialidade.

Por outro lado, os princípios não se anulam. Eles coexistem de forma harmônica no sistema, devendo todos ser preservados. Assim, quando no mundo dos acontecimentos surgir um aparente desajuste entre dois princípios, se possível devem ser ambos aplicados. Se isto não for possível, deve-se, por meio de um critério de ponderação, optar pelo princípio que no caso concreto seja o mais indicado para a resolução da questão.

Porém, isso não significa que o outro princípio, que foi preterido naquela primeira questão concreta, acabou expungido do ordenamento jurídico. Pelo contrário, ele permanece perfeitamente íntegro e poderá, em outra situação futura, ser o escolhido em detrimento daquele que prevaleceu no caso antecedente.

Ponderar significa atribuir peso, importância, valor; é reconhecer que naquele caso concreto o princípio “A” deve prevalecer em relação ao princípio “B”.

Exemplificando, a proteção à intimidade e à vida privada, e a livre manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa, são valores consagrados nos incisos IV, IX, X e XIV³²² do artigo 5º da Constituição de 1988, que, por vezes, podem “*estranhar-se*” no mundo fenomênico. Caso isso aconteça, deve-se sopesar qual o valor que deve ser prestigiado diante da questão posta.

³²¹ GRAU, Eros Roberto (Op. cit., p. 89).

³²² “Art. 5º, CF. (...) IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...) IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

A título de encerramento deste tópico se faz pertinente consignar que, embora haja diversas distinções, existe uma relação de interação entre as regras e os princípios jurídicos, pois a regra funciona como um canal condutor, um duto, que tem o papel de viabilizar o princípio, dando-lhe concretude.

Portanto, apesar das diferenças existentes entre princípios e regras, não se pode prescindir de nenhuma dessas espécies normativas na construção de um sistema jurídico, ou seja, a composição de um sistema jurídico exige a presença de princípios e regras convivendo em uma relação de integração normativa³²³.

4.2. Princípio da dignidade da pessoa humana

Somente após o término da Segunda Guerra Mundial é que a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida, expressamente, nas mais diversas Constituições, notadamente, após ter sido consagrada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948³²⁴.

³²³ Sobre a afirmação feita vale verificar as explicações de Humberto Ávila, para o qual: “(...) *um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer apenas dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e a outra sem a uma*”. (Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 10ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 120-121).

³²⁴ No preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, já fica estampada, cristalina, a preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana: “*Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, Considerando ser essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor de pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso*”, (...). O seu artigo 1º reforça essa tendência: “*Art. 1º Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e*

Todavia, no Brasil, apenas a Constituição Cidadã de 1988 reconheceu, no âmbito do Direito Constitucional positivo, o princípio da dignidade da pessoa humana, dando a este o status, entre outros valores, de fundamento da nossa República Federativa (art. 1º, III, CF).

Ou seja, foi conferida à dignidade humana a qualificação de norma jurídica fundamental de toda nossa ordem jurídico-constitucional. Desta forma, constata-se que o constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol do artigo 5º, optando por apresentá-la logo no artigo inaugural da Carta Magna e atribuindo a ela não apenas a natureza de direito ou garantia fundamental, mas a condição de fundamento do próprio Estado Democrático brasileiro.

Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana foi guindada à condição de valor jurídico fundamental da comunidade, ou seja, um valor que justifica a própria existência do ordenamento jurídico. Pode-se dizer que se trata do princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.

Neste sentido, vislumbra-se, pela disposição da nossa Constituição, que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, uma vez que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal.

Trata-se, pois, de valor de extrema e elevada importância no nosso modelo democrático de Estado. Como defendido outrora, dentro de uma concepção kelseniana³²⁵, pode ser apontado como norma hipotética fundamental de todo sistema jurídico nacional.

direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

³²⁵ Na construção sistêmica de Hans Kelsen a norma hipotética fundamental é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico de um Estado. É o que confere validade à constituição positivada e é o que possibilita a interpretação de tudo aquilo que dela derive como Direito válido. A norma hipotética fundamental, portanto, é supraconstitucional. Não se trata de uma norma posta. “*Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada*” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 217). Portanto, a norma fundamental é uma norma pressuposta como a mais elevada, que tem por função “*fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva*” (Op. cit., p. 226), ou seja, é o fundamento supremo de todas as normas que compõem um dado ordenamento jurídico. A norma fundamental é hipotética, pois é apenas uma ordem pensada, ou seja, não

Em função de sua natureza multifacetada, constata-se que não há como estabelecer um conceito uníssono do que seja dignidade da pessoa humana. Ao perquirir a respeito dessa dificuldade de conceituação, Ingo Wolfgang Sarlet, indica que:

“(...) não há como negar, de outra parte, que uma conceituação clara do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida, isto sem falar na questionável (e questionada) viabilidade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é e significa a dignidade da pessoa humana hoje, não sendo evidentemente à toa que já houve quem – ao referir-se à dignidade humana – falou de uma ‘tese não interpretada’ (Theodor Heuss)”³²⁶.

Buscando realizar essa árdua tarefa de definir o princípio da dignidade da pessoa humana, o autor acima citado, proclama:

“Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”³²⁷.

Independentemente dessa complexidade acerca do conteúdo e conceito da dignidade humana, “*a priori*”, basta entendê-la como qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e, portanto, a proteção à dignidade da pessoa humana constitui-se em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.

é posta por um ato de vontade. Para se entender o pensamento de Kelsen, deve-se necessariamente passar pelos estudos de Immanuel Kant. Ao desenvolver a norma hipotética fundamental, Kelsen baseou-se naquilo que Kant denominava de transcendental. Portanto, quando Kelsen fala de norma hipotética fundamental, está reprimando o conceito do que era transcendental para Kant. “*Como neokantiano, Hans Kelsen concebera, inicialmente, as normas como esquemas de interpretação da experiência social possível, experiência que só é propriamente jurídica enquanto referida a normas de Direito, cuja validade não resulta de sua correspondência aos fatos, nem do conteúdo que possam ter, mas tão-somente de sua situação no interior do sistema, ligando-se uma norma à superior, por nexos puramente lógicos, e assim sucessivamente, até se alcançar a norma fundamental recebido como pressuposto da ordem jurídica positiva, ou fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a um mesmo ordenamento*” (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 466).

³²⁶ (Op. cit., p. 41).

³²⁷ *Idem*, p. 63.

Nesse contexto, a busca de uma definição necessariamente aberta, mas minimamente objetiva, impõe-se justamente em face da exigência de obtenção de certo grau de segurança e estabilidade jurídicas.

Trata-se de uma qualidade intrínseca do ser humano, irrenunciável e inalienável, constituindo condição que qualifica a pessoa humana como tal e dela não pode ser afastada³²⁸.

Vale ressaltar o aspecto de que o princípio da dignidade da pessoa humana é, ao mesmo tempo, limite e tarefa dos poderes do Estado e da própria comunidade em geral, ou seja, possui um caráter dúplice que aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva (proteção) e prestacional (assistência) da dignidade³²⁹.

Na busca pelas transformações sociais perseguidas pelo Estado Social e Democrático de Direito, a tarefa atribuída ao Estado de resguardar a dignidade impõe ao Poder Público que ordene seus atos e atividades não só preservando a dignidade existente, mas, também, promovendo-a.

Deve o Estado, para tanto, criar meios e condições que viabilizem o gozo, exercício e fruição da mesma, o que não dissocia a dignidade de ordem comunitária, vez que é impossível ao indivíduo realizar por si só, em parte ou na integralidade, suas necessidades existenciais³³⁰.

Do ponto de vista da dimensão defensiva – ou protetiva – da dignidade da pessoa humana, impõe-se que o ordenamento jurídico zele para que todos os seres humanos, sem qualquer discriminação, recebam o mesmo respeito e consideração por parte do Estado e de toda a comunidade, uma vez que todos os indivíduos são iguais em dignidade.

³²⁸ Observa-se tal informação nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, “a dignidade independe das circunstâncias concretas já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos” *Idem*, p. 46.

³²⁹ *Idem*, p. 49.

³³⁰ *Idem*, p. 50.

Fechando a exposição, deve ficar registrado que o princípio da humanidade (ou humanização da pena) está intimamente ligado com a dignidade da pessoa humana. Segundo o princípio da humanidade, as penas não podem ser cruéis ou infamantes e não podem atentar contra a integridade física ou mental do sentenciado.

O princípio da humanidade pode ser extraído de diversos dispositivos constitucionais: artigo 1º, III – dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito; artigo 5º XLVII – “*não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, b) de caráter perpétuo, c) de trabalhos forçados, d) de banimento, e) cruéis*”; artigo 5º, XLIX – “*é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*”, artigo 5º, L – “*às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação*”.

4.3. Princípio da proporcionalidade

Embora não previsto com clareza no texto constitucional, o princípio da proporcionalidade pode ser extraído de determinados incisos do artigo 5º, da Carta Política de 1988, quais sejam: XLII, XLIII, XLIV, XLVI e XLVII, que indicam, ao mesmo tempo, a utilização de uma resposta penal proporcional à conduta praticada, a individualização da pena e a impossibilidade de adoção de determinadas penas.

A Constituição Federal prevê um tratamento mais severo para os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, determinando a imprescritibilidade e a inafiançabilidade de ambos (sobre a questão da imprescritibilidade, consultar a crítica feita no tópico 3.3.1.1.); determina a impossibilidade de concessão de fiança, anistia ou graça para os delitos hediondos e assemelhados; estabelece a necessidade de individualização da pena no caso concreto; e proíbe as penas de morte – salvo em caso de guerra declarada, nos termos seu do artigo 84, inciso XIX -, de caráter perpétuo, trabalhos forçados, banimento e cruéis.

Ademais, a proporcionalidade encontra guarida no princípio da isonomia, consagrado no artigo 5º, “*caput*”, da Constituição Federal, “*que vincula a atuação do*

legislador ordinário à não adoção de discriminações ou medidas arbitrárias, proibindo toda e qualquer forma de manifestação de excesso”³³¹.

Do ponto de vista de sua origem, constata-se que fragmentos de proporcionalidade são, ainda que de maneira rudimentar, encontrados ao longo da Idade Antiga, como na “*lei do talião*” (“*fractura pro fractura, oculus pro oculo, dentem pro dente restituat*” – olho por olho, dente por dente), no Código de Hammurabi³³² e no pensamento de Platão, e, também, durante a Idade Média, quando a Carta Magna de 1215, na Inglaterra, ainda que de maneira incipiente, pode ser apontada, na visão de Luciano Feldens, “*como a origem normativa mais remota da proporcionalidade*”³³³.

É, entretanto, no pensamento dos iluministas que o princípio da proporcionalidade ganha projeção necessária para se tornar um sólido escudo capaz de proteger o cidadão contra os abusos perpetrados pelos líderes tiranos do absolutismo. Já no trabalho de Montesquieu é possível verificar algumas passagens que traduzem uma ligeira aversão à desproporcionalidade nas penas aplicadas.

Porém, conforme exposto no item 1.3., é no trabalho de Cesare Bonesana que a proporcionalidade é posta de forma pronta e acabada, podendo este ser apontado como o grande responsável pela propagação do ideário de que a resposta a ser dada pelo ente estatal quando da punição ao agente que comete uma infração penal, não pode ser eivada de desproporcionalidade³³⁴.

³³¹ PONTE, Antonio Carlos da. (Op. cit., p. 80).

³³² Podem ser apontadas como algumas penas previstas no Código de Hammurabi: a castração para os crimes contra os costumes; a extração da língua, nos crimes contra a honra; amputação da mão do médico, nos casos de cirurgias mal feitas, dentre outras.

³³³ Op. cit., p. 157. A Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês, nas suas cláusulas 20 e 21, previa: “20. *Um homem livre não será punido por um delito menor (parvo delicto), a não ser segundo o grau (reduzido) do delito; por um delito grave a punição será também grave, mas sem prejuízo das prerrogativas inerentes à sua posição social (salvo contemento suo); da mesma forma, um comerciante não será punido com prejuízo do exercício de sua profissão (salva mercandisa sua); assim também, um vilão não será punido com prejuízo de seu direito de cultivar a gleba (salvo waynagio suo) – se obtiverem nossa mercê; e nenhuma das citadas penas será aplicada, a não ser mediante juramento de homens probos da vizinhança*”. “21. *Condes e barões não serão punidos, senão por seus pares e unicamente em proporção à gravidade do delito cometido*” (texto retirado de COMPARATO. Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 84-85). Expondo sobre a Carta Magna, Fábio Konder Comparato diz: “*As cláusulas 20 e 21 lançam as bases do tribunal do júri, bem como do princípio do paralelismo entre delitos e penas, dando início, com isto, ao lento processo histórico de abolição das penas criminais arbitrárias ou desproporcionais*” (Idem, p. 82).

³³⁴ Detalhando de forma absolutamente coerente Cesar Bonesana proclama: “*Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal*”

Logo em seguida à teoria construída por Cesare Bonesana, exsurge-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que no seu artigo 8º, propugna pela proporção entre os delitos e as penas: “*A lei só pode estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito, e legalmente aplicada*” (grifos nossos). “*Desde então a proporcionalidade se albergaria implicitamente no princípio da legalidade e, nessa condição, passaria a irrigar o sistema normativo como um todo*”³³⁵.

Superada a evolução histórica da proporcionalidade, cumpre salientar que há um amplo debate na doutrina acerca da verdadeira natureza normativa da proporcionalidade, ou seja, se esta deve ser vista como um princípio, uma regra ou um postulado normativo aplicativo³³⁶.

Sem embargo de abalizadas posições em sentido contrário, no presente estudo adota-se a orientação de que a proporcionalidade deve ser observada como um princípio que expressa valores extremamente caros dentro de um Estado Democrático de Direito.

A assunção desta posição é feita tomando por base que a linha adotada neste trabalho prende-se ao ramo do Direito Penal, e nesta seara torna-se mais coerente pensar a proporcionalidade sob um aspecto principiológico, atuando no sentido de regular a atuação do Estado – no nosso caso, democrático - ao construir seu sistema punitivo.

que causam à sociedade. (...) Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas. (...) Dada a necessidade da reunião dos homens, por causa dos pactos que, necessariamente, resultam da própria oposição dos interesses privados, forma-se uma escala de desordens, das quais o primeiro grau consiste naquelas que destroem imediatamente a sociedade, e, o último, na mínima injustiça possível, feita a seus membros privados. Entre esses dois extremos encontram-se todas as ações opostas ao bem comum, chamadas delitos, que vão decrescendo, por graus insensíveis, do mais grave ao mais leve. Se a geometria fosse adaptável às infinitas e obscuras combinações das ações humanas, deveria existir uma escala paralela de penas, descendo da mais forte para a mais fraca, mas bastará ao sábio legislador assinalar os pontos principais, sem alterar-lhes a ordem, não combinando, para os delitos de primeira grau, as penas do último. Se existisse escala precisa e universal de penas e delitos, teríamos medida provável e comum dos graus de tirania e de liberdade, do fundo de humanidade ou de malícia das diversas nações. (...) Se pena igual for cominada a dois delitos que desigualmente ofendem a sociedade, os homens não encontrarão nenhum obstáculo mais forte para cometer o delito maior, se disso resultar maior vantagem” (BONESANA, Cesare. Op. cit., p. 37-39).

³³⁵ FELDENS, Luciano. (Op. cit., p. 158).

³³⁶ Para alguns a proporcionalidade é um postulado que serve de ferramenta para resolver as tensões entre princípios.

Trata-se, pois, de princípio que se refere ao espaço de atuação do Estado na liberdade do cidadão.

Nesse diapasão, depreende-se que o princípio da proporcionalidade não funciona apenas como critério interpretativo, mas, também, como garantia que limita e ao mesmo tempo legitima todo o ordenamento jurídico, mormente na esfera do Direito Penal. Assim, não só na atividade atribuída ao Poder Judiciário de interpretar e aplicar o direito, mas também na própria atividade legislativa, a proporcionalidade deve funcionar como balança e freio utilizados para controlar o processo de elaboração de leis.

São elementos que compõem a proporcionalidade: adequação (idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito (ou justa medida). Os elementos adequação e necessidade constituem a chamada “*proporcionalidade em sentido amplo*”. Frise-se, também, que a proporcionalidade deve ser mensurada sob uma dupla dimensão, qual seja: a proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente.

O elemento adequação ou idoneidade quer significar que o Estado deve atuar de forma adequada para consecução do fim. “*A medida estatal desencadeada (meio) há de ser idônea para atingir a finalidade perseguida (fim): a realização do interesse público*”³³⁷. Um meio apresenta-se como idôneo a alcançar um fim quando pela sua utilização é possível atingir este resultado almejado.

Sob a ótica do controle de normas penais, tal critério recomenda que seja identificado qual o bem jurídico tutelado pela norma apreciada ou, em outras palavras, qual a finalidade, imediata e mediata, quista com a proteção trazida por ela. A constatação de tal finalidade é “*conditio sine qua non*” para que, “*a posteriori*”, seja permitido identificar se o legislador atuou com manifesto excesso no rigor da reprimenda penal.

³³⁷ FELDENS, Luciano. (Op. cit., p. 162).

A necessidade ou exigibilidade restará observada quando a medida escolhida apresentar-se como meio menos gravoso dentre aqueles postos à disposição do Estado e capazes de consubstanciar o fim esperado. No território normativo penal, para aferir a presença ou não deste requisito de necessidade deve-se levantar se a aplicação da norma penal é medida indispensável para a proteção do bem jurídico em voga.

Para tanto, urge verificar se a tutela do bem não seria alcançada com a mesma eficiência, caso fossem aplicadas normas afetas a outros segmentos jurídicos, como o Direito Civil e o Direito Administrativo. Se a sanção civil ou administrativa se apresentar como inócua no processo de “blindagem” normativa do bem jurídico, necessário será o apelo à norma penal.

O terceiro requisito que se verifica no procedimento de constatação da proporcionalidade é a justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito. Após confirmada a necessidade e adequação da medida tomada pelo Estado para atingir determinado fim, mesmo nesta situação, é necessário questionar se o resultado alcançado com a intervenção se demonstrou proporcional à carga de coação da mesma³³⁸.

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho a proporcionalidade em sentido significa que:

“Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de «medida» ou «desmedida» para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”³³⁹.

Além dos elementos estruturais já perquiridos, vale destacar que a proporcionalidade deve ser vista como uma via de mão dupla, atuando não só como instrumento de contenção de excessos, mas, também, como termômetro para medir se a tutela dada ao bem jurídico atua de maneira eficiente.

³³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 270.

³³⁹ *Ibidem*.

Nesse sentido, a proibição do excesso (“*ÜBERMASSVERBOT*”) e a proibição da proteção insuficiente (“*UNTERMASSVERBOT*”) são apresentadas como as duas faces de uma mesma “*moeda*”, qual seja: a proporcionalidade.

Desse modo, não se pode projetar o princípio da proporcionalidade apenas em uma perspectiva de inibição de atuação desmedida por parte do Estado para que este não se valha do sistema punitivo de forma exacerbada, mas, também, dentro de uma projeção que permita oferecer a proteção de determinados bens jurídicos no grau necessário.

Isso significa que, falar em proporcionalidade na seara penal é falar, ao mesmo tempo, que o regime jurídico-penal não pode ir além, mas, também, não pode ficar aquém daquilo que se coloca como imprescindível na salvaguarda dos bens jurídicos.

Como exemplo de inobservância do princípio da proporcionalidade na vertente proibição do excesso, em consonância com o que fora assentado no item 3.3.1.2.1, pode-se citar o crime previsto do artigo 273, do Código Penal – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais – que, é gravado pela hediondez, nos termos do artigo 1º, VII-B, da Lei n. 8.072/90.

A depender da conduta cometida pelo agente, o tratamento dado pela Lei dos Crimes Hediondos pode representar uma medida desproporcional, pois, o § 1º-B do artigo 273, do Diploma Penal, inclui entre os produtos que podem ser objeto material do delito, as matérias primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

Assim, à luz do que dispõe a Lei n. 8.072/90, a falsificação de um cosmético qualquer, como um batom, um spray para os cabelos, sem qualquer repercussão mais gravosa, será considerada uma conduta hedionda, da mesma forma que a falsificação de um medicamento para tratamento de uma doença grave. Destarte, essa postura do legislador é por demais absurda, irradiando um excesso desmedido na aplicação da norma penal.

No que concerne à violação da proporcionalidade na variante proibição de proteção insuficiente, como exemplo, exsurge o artigo 165³⁴⁰, do Código Penal, que tipifica o delito de dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico, e traz no seu preceito secundário, como sanção penal, a pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Ora, a destruição de coisa tombada em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico, acaba sendo punida menos severamente do que o dano provocado por motivo egoístico ou com prejuízo considerável, figura qualificada do crime de dano, prevista no inciso IV do parágrafo único do artigo 163, do Código Penal³⁴¹, que possui pena de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Inexplicável a postura tomada pelo legislador. Destruir parte da história do povo brasileiro é visto como comportamento menos gravoso do que a destruição de bem que provoque prejuízo considerável a uma única vítima. Decerto, no pensar do legislador habita a idéia inaceitável de que o patrimônio que traduz a identidade de um povo deva ser protegido de maneira mais fragilizada do que o patrimônio individual.

Evidentemente, não se pode compactuar com tamanha incoerência. Há nítida discrepância por parte do legislador, que acaba descortinando a insuficiente proteção dada ao patrimônio artístico, arqueológico e histórico do povo brasileiro.

Outro exemplo de não observância da proporcionalidade na vertente proibição de proteção insuficiente pode ser apontado no artigo 299 do Código Eleitoral, que traz a corrupção eleitoral, objeto de análise no capítulo antecedente. A pena prevista para a corrupção eleitoral pode variar de um (de acordo com o disposto no artigo 284 do Código Eleitoral) a quatro anos de reclusão e pagamento de cinco a quinze dias-multa, o que configura uma resposta penal pífia para uma conduta que abala os alicerces de um Estado Democrático de Direito.

³⁴⁰ “Art. 165. Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

³⁴¹ “Art. 163. Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia (...). Parágrafo único. Se o crime é cometido: (...) IV – por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa, além da pena correspondente à violência”.

A título de encerramento da explanação afeta à proporcionalidade, pertinente se faz colocar que o princípio da proporcionalidade não pode ser confundido com o princípio da razoabilidade, embora haja uma ligação umbilical entre ambos.

A começar pelas próprias origens. A proporcionalidade é obra da doutrina alemã surgida no ambiente da Alemanha do pós-guerra, ao passo que a razoabilidade nasce da construção pretoriana da Suprema Corte norte-americana, como uma das facetas do *due process of law* – o devido processo legal substantivo³⁴².

Pode ser apontado como razoável aquilo que seja apto para alcançar os objetivos a que se propõe sem, entretanto, representar qualquer excesso. Expondo a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade, Cezar Roberto Bitencourt afirma:

“Pois é exatamente o princípio da razoabilidade que afasta a invocação do exemplo concreto mais antigo do princípio da proporcionalidade, qual seja, a ‘lei do talião’, que, inegavelmente, sem qualquer razoabilidade, também adotava o princípio da proporcionalidade. Assim, a razoabilidade exerce função controladora na aplicação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão”³⁴³.

Penetrando na análise do tema Humberto Ávila esclarece:

“Com efeito, o postulado da proporcionalidade pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio, promove-se o fim: o meio leva ao fim. Já na utilização da razoabilidade como exigência de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada há uma relação entre uma qualidade e uma medida adotada: uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela”³⁴⁴.

Destarte, pode-se concluir que apesar da relação estreita e interdependente entre a proporcionalidade e a razoabilidade, os dois princípios não se confundem. A

³⁴² Delineando as diferenças entre os dois princípios, Antonio Carlos da Ponte, assevera que: “Não são poucas as vezes em que a manifestação concreta do princípio da proporcionalidade não abriga, de igual modo, o princípio da razoabilidade. Dois exemplos concretos podem ser apontados. O crime continuado nasceu de uma criação das práticas na Idade Média, que buscavam evitar a aplicação da pena de morte ao autor do terceiro furto. A proporção estabelecida era simplista: ao ser condenado pela terceira subtração, independentemente da gravidade desta e das anteriores, o sentenciado tinha como resposta a imposição da pena de morte, que se afigurava como absolutamente desarrazoada. A ‘lei do talião’ também representa a concretização da proporcionalidade, com o afastamento completo da razoabilidade” (Op. cit., p. 81).

³⁴³ Op. cit., p. 57.

³⁴⁴ Op. cit., p. 162.

razoabilidade está atrelada à aferição da medida tomada diante do caso concreto, para saber se, entre os meios postos à disposição do Poder Público, aquela traduziu o meio menos gravoso para o cidadão.

4.4. Princípio da culpabilidade

Apesar de não previsto explicitamente no corpo do Texto Constitucional, o princípio da culpabilidade encontra arrimo na dignidade da pessoa humana. Cabe, todavia, o registro de que há quem sustente que o princípio da culpabilidade pode ser inferido de outros preceitos constitucionais como a necessidade de individualização da pena, ou mesmo da presunção de inocência³⁴⁵.

A despeito de tal entendimento, “*data venia*”, por ser princípio decorrente da própria natureza de Estado Democrático de Direito, melhor fundamentá-lo diretamente na dignidade da pessoa humana como fazem Arthur Kaufmann³⁴⁶ e Antonio Carlos da Ponte³⁴⁷. Embora seja essa a interpretação mais adequada, não se pode negar que o princípio da culpabilidade mantém conexão com os outros princípios acima mencionados – individualização da pena e presunção de inocência -.

A culpabilidade no Direito Penal é multifária apresentando diferentes funções, quais sejam: 1. juízo de reprovabilidade; 2. limite da pena, 3. óbice à responsabilidade penal objetiva.

Sob o prisma de juízo de reprovabilidade, a culpabilidade é composta de três requisitos – imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa – que compõem “*os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade*”³⁴⁸.

³⁴⁵ LUISI, Luiz. Op. cit., p. 37.

³⁴⁶ *Idem*, p. 38.

³⁴⁷ Op. cit., p. 72. Assim também compreende Márcia Dometila Lima de Carvalho: “*Considerada a importância ética dessa dupla atuação do princípio, ligado, umbilicalmente, à dignidade da pessoa humana, apontada, na Constituição, como fundamento do Estado por ela criado e que, por isso mesmo, não pode deixar de ser visualizada pelas normas penais como seu princípio reitor, não se pode admitir, simplesmente, a sua desintegração*” (Op. cit., p. 65).

³⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 46.

Caso a opção seja pelo conceito (analítico) bipartido de crime (fato típico + ilícito), a culpabilidade será vista como pressuposto para a imposição da pena. Se, entretanto, for adotado o conceito (analítico) tripartido de crime, a culpabilidade será um dos elementos constitutivos deste (crime = fato típico + ilícito + culpável).

Na perspectiva de limite da pena a culpabilidade se afina com a exigibilidade de individualização da pena, outro princípio consagrado na Constituição Federal (art. 5º, XLVI), não permitindo que a pena seja imposta de maneira desmedida pelo julgador.

É nesse sentido que o “*caput*” do artigo 59 do Código Penal estabelece que o juiz, ao iniciar o sistema trifásico de dosimetria da pena, na fixação da pena base, verifique a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, o comportamento do ofendido, bem como os motivos, circunstâncias e consequências do crime.

Acerca da culpabilidade como obstáculo à incidência da responsabilidade penal objetiva, deve-se registrar que ninguém deve responder pelo resultado se não atuou com dolo ou culpa. A responsabilidade objetiva advém da simples relação natural de causa e efeito, bastando para responder pelo resultado, portanto, a presença do nexo de causalidade, independentemente da avaliação do dolo ou culpa.

A responsabilidade penal objetiva vai de encontro com a noção de tipicidade que deve imperar dentro de um Estado Democrático de Direito. Aliás, desde a introdução do finalismo por Hans Welzel, permitir a punição de alguém sem apontar dolo ou culpa é sancioná-lo pelo cometimento de um fato atípico, já que como constatou Welzel dolo e culpa compõem o fato típico, e, por conseguinte, não integram a culpabilidade como preconizava o causalismo.

Atribuindo, ainda, outras funções ao princípio da culpabilidade Márcia Dometila Lima de Carvalho sintetiza que dentro de um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal, à luz do princípio da culpabilidade, não pode permanecer à margem dos “*fundamentos axiológicos, provenientes dos valores constitucionais. Estes mostram-se*

aptos, inclusive, para a construção de uma adequada justiça material, condição de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem”³⁴⁹.

Salutar dizer, para encerrar, que a adoção do princípio da culpabilidade é imprescindível para a construção de um Direito Penal democrático, pois realça a importância de se dar primazia a um Direito Penal do fato em detrimento de um Direito Penal do autor.

4.5. O Direito Penal como “*ultima ratio*”

Costuma-se afirmar que dentro de uma concepção democrática de Estado, o Direito Penal deve ser colocado como “*ultima ratio*” no processo de proteção dos bens jurídicos. Dentro desta perspectiva, só poderá ser legitimada a atuação do Direito Penal, quando os demais ramos do Direito, como o Civil e o Administrativo, mostrarem-se estéreis na tutela do bem ou interesse apreciado.

Porém, essa é uma afirmação que deve ser vista com ressalvas, pois, em consonância com a linha que vem sendo desenvolvida nesta pesquisa, deve ser acolhida apenas parcialmente.

Quando se está diante de bens individuais e que tradicionalmente são tutelados pelo Direito Penal, como vida, integridade física, patrimônio individual e honra, entre vários, é admissível a atuação do Direito Penal como último recurso a ser utilizado pelo legislador no trabalho de preservação e proteção dos mesmos.

No entanto, quando se trata de bens jurídicos penais difusos e coletivos e de combate à criminalidade organizada, a leitura que deve ser feita é exatamente oposta. É imprescindível que o Direito Penal, muitas vezes, seja projetado como a “*prima ratio*”, para que haja uma tutela satisfatória de tais bens e uma resposta contundente contra as atividades desenvolvidas pelo crime organizado.

³⁴⁹ Op. cit., p. 68.

Sobre isto se falará mais no item 4.6., por ora cabe explorar alguns princípios que são manifestações típicas de um Direito Penal visto como “*ultima ratio*”, quais sejam, intervenção mínima, lesividade – ou ofensividade, e insignificância, os quais têm como finalidade afunilar a atuação do Direito Penal.

4.5.1. Princípio da intervenção mínima

Com a chegada do movimento iluminista no século XVIII o princípio da legalidade foi içado como uma poderosa bandeira contra o arbítrio dos governantes tiranos e, também, dos órgãos judiciais, vez que no mais das vezes, estes ficavam a cargo dos interesses dos líderes absolutistas.

Todavia, a legalidade pura e simples era insuficiente para afastar os excessos cometidos, pois estes poderiam ser simplesmente transferidos para as mãos do legislador. Ou seja, não bastava a exigência de lei prévia para a definição dos delitos e das penas se fossem estabelecidas infrações penais contrárias à equidade e penas desmedidas e atentatórias à dignidade humana.

Portanto, dentro desse mesmo ambiente iluminista surge o princípio da intervenção mínima – ou necessidade, que veio previsto no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo o qual: “*A lei só pode estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias (...)*”.

Embora não encontre previsão expressa na Constituição de 1988, a intervenção mínima pode ser aferida de outras normas constitucionais sendo, portanto, princípio constitucional implícito.

De acordo com o princípio em pauta, a atuação do Direito Penal só pode ocorrer subsidiariamente, isto é, o Direito Penal somente pode ser utilizado como “*remédio*” para a tutela de bens jurídicos quando os demais ramos do direito se afigurem como insuficientes para a promoção desta proteção.

Assim, o Direito Penal deve ser visto como “*ultima ratio*” no processo de salvaguarda de bens jurídicos. “*Somente se a sanção penal for instrumento*

indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima”³⁵⁰. Decorre, pois, da intervenção mínima o caráter fragmentário e a natureza subsidiária do Direito Penal³⁵¹.

A utilização desenfreada da norma penal incriminadora dando azo ao surgimento de crimes de forma desnecessária e excessiva leva a um descrédito e enfraquecimento do seu caráter intimidatório. Para usar a expressão de Francesco Carnelutti, a chamada “*inflação legislativa*” promove a desvalorização da lei, e especificamente quanto à lei penal, envilece a sua função de prevenção geral³⁵².

Dessa forma, sendo colocado como “*ratio extrema*” o Direito Penal se fortalece, pois, apesar da sua esfera de atuação ficar reduzida, será acionado exclusivamente quando os demais ramos do direito fracassarem na função de proteção ao bem jurídico, e, ficando nessa posição de retaguarda somente entrará em cena quando imprescindível, o que fatalmente valorizará o seu papel.

4.5.2. Princípio da lesividade ou ofensividade

O princípio da lesividade ou ofensividade está em plena correlação com o princípio da intervenção mínima e, tem por fim delimitar o campo de atuação do Direito Penal. Nesse diapasão, à luz do princípio da lesividade um fato só pode ser tipificado penalmente se ofender ou colocar em perigo concreto determinado bem jurídico tutelado³⁵³.

A lesividade é princípio que decorre automaticamente da opção por um Estado Democrático de Direito, devendo atuar no âmbito legislativo e no judicial. Em relação à

³⁵⁰ LUISI, Luiz. Op. cit., p. 39.

³⁵¹ Retratando a subsidiariedade do Direito Penal, Francisco de Assis Toledo escreve: “*E aqui entremostra-se o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como ultima ratio regum. Não além disso*” (Op. cit., p. 14).

³⁵² CARNELUTTI, Francesco. *La Crisi della Legge. In: Discorsi Intorno al Diritto*. Padova, Cedam, 1953.

³⁵³ “*A criação legal de figuras delitivas que não impliquem lesão real, ou potencial, a bens jurídicos seria, com efeito, a admissão de um sistema penal que pretendesse punir o agente pelo seu modo de ser ou de pensar*” (ASSIS TOLEDO, Francisco. Op. cit., p. 19).

atuação legislativa o princípio da lesividade não permite que sejam criados crimes que em abstrato sejam considerados “*atos indiferentes e preexistentes à norma*”³⁵⁴.

Assim, a simples cogitação da prática de um determinado crime não deve ser punida, pois o Direito Penal não deve se interessar pelo simples pensamento humano; também a preparação (salvo em raríssimas exceções), o crime impossível e a participação impunível não devem implicar na incidência da norma penal. Por fim, o princípio da ofensividade deve servir como freio à incriminação de comportamentos que, embora sejam social e moralmente reprováveis, não ofendam ou ponham em perigo concreto e efetivo qualquer bem jurídico³⁵⁵.

No plano judicial o princípio da ofensividade impõe ao magistrado a necessidade de expungir a “*subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma*”³⁵⁶.

Considerando-se que a ofensividade é princípio extraído da concepção de Estado Democrático de Direito, Cezar Roberto Bitencourt sustenta que violam a constituição “*todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado*”³⁵⁷.

³⁵⁴ PALAZZO, Francesco. Op. cit., p. 80. Também no sentido de uma dupla dimensão do princípio da ofensividade ver Cezar Roberto Bitencourt, segundo o qual: “*Constata-se, nesses termos, que o princípio da ofensividade (ou lesividade) exerce dupla função no Direito Penal de um Estado Democrático: a) função político-criminal – esta função tem caráter preventivo-informativo, na medida em que se manifesta nos momentos que antecedem a elaboração dos diplomas legislativo-criminais; b) função interpretativa ou dogmática – esta finalidade manifesta-se a posteriori, isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o Direito Penal, no momento em que se deve aplicar, in concreto, a norma penal elaborada*” (Op. cit., p. 52-53). Winfried Hassemer, por sua vez, afirma: “*A teoria do Direito Penal dos últimos tempos desenvolveu a concepção sistemática de bem jurídico a partir da teoria da lesividade social. Ela distingue com isso linhas de orientação importantes da política criminal. Em primeiro lugar, ela leva à impressão de que a teoria e a prática do Direito Penal são indicadas pelas ciências sociais. ‘Lesividade social’ é um conceito que, para além do Direito Penal, remete-se às necessidades e interesses do sistema social. Em segundo, ela estabelece claramente que nem toda lesão de um interesse humano (de um bem jurídico) provoca uma reação do Direito Penal, senão somente algumas que do mesmo modo também tem caráter socialmente prejudicial, que, portanto, excedem o conflito entre o autor e a vítima, os prejuízos individuais da vítima. Em terceiro, ela exige do legislador penal, o saber empírico e a utilização deste saber na formulação da punibilidade e na estipulação das consequências jurídico-penais*” (Op. cit., p. 56-57).

³⁵⁵ PONTE, Antonio Carlos da. Op. cit., p. 77.

³⁵⁶ PALAZZO, Francesco. Op. cit., p. 80.

³⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. (Op. cit., p. 52).

Com a devida “*venia*”, essa é uma afirmação apenas parcialmente aceitável. Como fora demonstrado no item 2.4.4.3., nada obsta que mesmo dentro de um Estado Democrático de Direito sejam criados crimes de perigo abstrato, desde que para salvaguardar bens jurídicos penais difusos e coletivos.

O que se afigura como inconcebível é a utilização deste expediente em relação aos bens jurídicos tradicionais, individuais. Somente nesse último aspecto é que podem ser considerados inconstitucionais os crimes de perigo abstrato, por ofensa ao princípio da ofensividade.

No que diz respeito aos bens penais difusos e coletivos, no balanço entre o princípio da ofensividade e a necessidade de apresentar uma tutela eficaz para bens de tamanha magnitude, a balança deve inclinar para o lado da proteção destes bens.

Ademais, na linha do presente estudo, claramente estão sendo apresentados dois caminhos distintos que o Direito Penal deve seguir sob a égide de um Estado Democrático de Direito.

É preciso reconhecer que o princípio da ofensividade, assim como o da intervenção mínima e o da insignificância, são sim postulados extremamente relevantes para um Direito Penal que não pretenda ser autoritário, porém, desde que levados à aplicação em setor próprio, qual seja, a tutela de bens penais individuais.

4.5.3. Princípio da insignificância

O princípio da insignificância ou, na expressão de Klaus Tiedemann, “*principio de bagatela*”, foi criado por Claus Roxin em 1964. Partindo da concepção desenvolvida por Hans Welzel no princípio da adequação social, Roxin concebeu o princípio da insignificância com o intuito de aperfeiçoar o trabalho, iniciado por Welzel, de delimitação do injusto penal, pautando-se no anexim latino “*minima non curat praetor*”³⁵⁸.

³⁵⁸ Para aprofundar o tema consultar ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Barcelona, Bosch, 1972.

De acordo com o princípio da insignificância não é qualquer ofensa ao bem jurídico que merece receber adequação típica penal, pois nem sempre a ofensa ao bem ou interesse penalmente tutelado é suficiente para caracterização do injusto penal. Algumas condutas apesar de se adequarem formalmente ao tipo penal, do ponto de vista material são incapazes de promover qualquer lesão ao bem protegido pela lei³⁵⁹.

Deve haver, pois, uma efetiva equidade entre a gravidade do fato que se pretende sancionar e a severidade da intervenção estatal. Digna de nota é a construção feita por Luciano Feldens, tomando por base os ensinamentos de Claus Roxin, no sentido de que o princípio da insignificância traduz na essência uma aplicação do princípio da proporcionalidade na sua faceta proibição do excesso³⁶⁰.

Ao optar pela aplicação do princípio da insignificância no caso concreto, o magistrado excluirá a tipicidade penal. Dessa forma, o princípio da insignificância (assim como princípio da adequação social) opera como causa excludente da tipicidade, levando-se em conta que, embora formalmente a conduta seja típica, por não ofender ou por ofender da maneira ínfima ou irrisória o bem jurídico tutelado pelo legislador, materialmente deve ser considerada atípica.

³⁵⁹ Refletindo sobre o conceito material de delito Claus Roxin profere as seguintes palavras: “*Esta é a questão acerca do ‘conceito material de delito’, isto é, da qualidade quanto ao conteúdo da atuação punível. Enquanto que mediante o ‘conceito formal de delito’, que se discute nos primeiros parágrafos deste livro, a conduta punível só é objeto de uma definição no marco do Direito positivo, o conceito material de delito remonta-se mais atrás do respectivo Direito penal codificado e pergunta pelos critérios materiais da conduta punível. Por tanto, o conceito material de delito é prévio ao Código Penal e fornece ao legislador um critério político criminal sobre o que o mesmo pode penalizar e o que deve deixar impune. Sua descrição deriva-se do encargo do Direito penal, que aqui se entende como ‘proteção subsidiária de bens jurídicos’*” (Op. cit., p. 51).

³⁶⁰ “*Provavelmente não exista hipótese mais evidente de aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Penal do que quando invocado o cognominado princípio da insignificância. Embora seguidamente reconduzido ao plano exclusivo da dogmática penal, a constatação acerca da insignificância jurídico-penal de uma conduta determinada não é senão a realização de um juízo concreto de desproporcionalidade que se realiza acerca da potencial incidência de uma medida legalmente prevista (a sanção penal) a uma situação de fato. (...) É o próprio Roxin a afirmar que o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio constitucional básico, tem a aptidão de invalidar a punição de uma infração insignificante, por vulneração da proibição do excesso*” (Op. cit., p. 191-192). Compulsando a obra de Claus Roxin, constata-se que a colocação de Feldens tem embasamento: “*É verdade que teoricamente o princípio de proporcionalidade é um princípio constitucional básico, pelo que a punição de uma infração insignificante poderia ser nula por vulnerar a proibição de excesso*” (Op. cit., p. 67). Tradução livre do autor.

4.6. Necessidade de adoção do Direito Penal como “*prima ratio*” para prevenção e combate de determinados tipos de criminalidade

Se por um lado o Direito Penal, no que se refere aos crimes que afetam os bens jurídicos tradicionais – como vida, integridade física, patrimônio, liberdade etc. -, deve ser visto como o último recurso posto nas mãos do Estado, entrando em pauta somente quando outros ramos da ciência jurídica não se demonstrarem suficientes para a tutela de tais bens, por outro, há bens jurídicos que requerem uma atuação mais freqüente e veemente para que sejam protegidos.

Nesse sentido, quando se trata de enfrentar a criminalidade organizada, a lavagem de dinheiro, a pedofilia, o terrorismo e os delitos voltados aos bens jurídicos penais difusos e coletivos, não há como prescindir da atuação do Direito Penal. Para essas espécies de atividade criminosa o Direito Penal deve necessariamente ser o primeiro instrumento normativo jurídico a entrar em cena, para que a prática de tais infrações penais seja desestimulada e eficazmente combatida.

Assim sendo, é imprescindível trabalhar com um Direito Penal diferenciado da visão tradicional, permitindo-se que as ferramentas postas pelo legislador municiem o Estado de um aparato legal compatível com o modo de atuar daqueles que cometem esses delitos.

Para tanto, passa a ser de extrema relevância alguns dogmas pregados pelo Direito Penal do inimigo, modelo construído por Günther Jakobs, na Alemanha, partindo de um funcionalismo extremado – ou sistêmico -, o qual vem sendo objeto de inúmeras críticas mal colocadas, mas que será devidamente apreciado logo a seguir.

4.6.1. O Direito Penal do inimigo

O Direito Penal do inimigo ou Direito Penal de 3ª velocidade, preconizado por Günther Jakobs, trabalha sob uma ótica diferenciada em relação ao Direito Penal concebido na sua forma tradicional. Dentre as características imanentes ao Direito Penal do inimigo, destacam-se: a necessidade de uma justiça criminal célere, a imposição de

penas mais contundentes e severas para crimes graves, e, ainda, em relação aos inimigos deve haver flexibilização de direitos e garantias individuais.

Jakobs parte de um funcionalismo extremado para formar sua concepção de imputação objetiva³⁶¹, desenvolvendo o princípio da confiança no Direito Penal. Com isso, constrói sua base científica para, posteriormente, ingressar no Direito Penal do inimigo. Há um contrato social firmado entre a pessoa e a sociedade. A partir do momento em que a pessoa rompe definitivamente o contrato social, deve ser encarada como um “*inimigo*”.

O catedrático de Bonn utiliza a idéia de dois “*cestos*”. No primeiro são colocados aqueles que não romperam com a sociedade, e, portanto, ainda são

³⁶¹ O civilista Karl Larenz, em 1927, a partir do pensamento de Hegel, desenvolveu a teoria da imputação objetiva no âmbito do Direito Civil, ao fixar limites entre os fatos próprios e os acontecimentos acidentais. Para Larenz o ser humano é capaz de reconhecer o efeito de determinadas causas, fixando a direção desejada em conformidade com o seu comportamento. Dessa forma, Larenz dá ênfase à imputação de comportamento e, mais tarde, acaba por influenciar Jakos na formação da imputação objetiva de comportamento. Richard Honig, promovendo uma revisão da teoria de Larenz, trouxe para o campo do Direito Penal a imputação objetiva com base na persecução objetiva da finalidade, afastando os cursos causais estabelecidos pela causalidade e definindo um juízo de imputação autônomo, no qual o resultado nada mais é do que o reflexo de um fim. Para Honig era imprescindível a eleição de determinados critérios para que se pudesse imputar um resultado a alguém. O que importava para Honig era verificar se, com o seu comportamento, o agente podia realizar ou evitar o resultado. Na década de 70, Claus Roxin, influenciado pelas idéias de Honig, dá o acabamento definitivo à teoria da imputação objetiva do resultado, definindo que se deve excluir a imputação do resultado nas seguintes hipóteses: quando o resultado resultar do exercício de um risco permitido ou de uma ação do agente que tenha somente visado a reduzir o risco não permitido; quando o risco não permitido não se efetivar no resultado concreto; quando o resultado for alcançado fora da esfera de proteção da norma. Günther Jakobs, por sua vez, elabora a sua teoria da imputação objetiva em dois estágios, quais sejam: imputação do comportamento e do resultado. Quanto à imputação objetiva do comportamento, que é a vertente que interessa a este trabalho, Jakobs trabalha com quatro critérios que delimitam o campo da imputação (sob o ponto de vista das condutas comissivas): risco permitido, **princípio da confiança**, proibição de regresso e competência ou capacidade da vítima. Nesse contexto expõe: “*Ao deslocar isto ao campo da comissão é necessário descrever, portanto, determinados limites para os papéis – do mesmo modo como sucede nas posições de garantia – sem cuja superação não se deve imputar um curso lesivo, ainda que haja sido causado de modo perfeitamente evitável. A este respeito, enunciarei em seqüência, com uma breve fundamentação, quatro instituições. (...) Primeiro: não faz parte do papel de nenhum cidadão eliminar todo risco de lesão de outro. Existe um risco permitido. (...) Segundo: quando o comportamento dos seres humanos se entrelaçam, não faz parte do papel do cidadão controlar de maneira permanente a todos os demais; de outro modo, não seria possível a divisão do trabalho. Existe um princípio de confiança. (...) Terceiro: o caráter conjunto de um comportamento não pode impor-se de modo unilateral arbitrário. (...) Por conseguinte, existe uma proibição de regresso, cujo conteúdo é que um comportamento, que de modo invariavelmente considerado é inofensivo, não constitui participação em uma atividade não permitida. (...) Quarto: pode ser que a configuração de um contato social seja de competência não só do autor, mas também da vítima, inclusive num duplo sentido: pode ser que o próprio comportamento da vítima fundamente que se lhe impute a consequência lesiva, e pode ser que a vítima esteja na lastimável situação de encontrar-se nessa posição por obra do destino, por infortúnio. Existe, portanto, uma competência (capacidade) da vítima*” (JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 24-29).

reconhecidos como cidadãos (Direito Penal do cidadão). No segundo são colocados os indivíduos que rescindiriam o contrato social e que, portanto, devem ser afastados do convívio social e considerados inimigos, sendo-lhes aplicado um Direito Penal muito mais rígido (Direito Penal do inimigo).

Dessa forma, hodiernamente, o Direito Penal pode ser apreciado nas seguintes variantes: 1) Direito Penal de 1ª velocidade – que trabalha com a imposição de pena privativa de liberdade ao autor de infração penal; 2) Direito Penal de 2ª velocidade – que tem por escopo a imposição de penas restritivas de direitos e multa penal aos autores de infrações penais de pequena e média gravidade; 3) Direito Penal de 3ª velocidade (ou Direito Penal do inimigo) – que se reveste das características mencionadas acima e, destina-se ao combate de crimes graves, como terrorismo e outras formas de criminalidade organizada.

A concepção normativa de Jakobs encontra forte resistência. Uma das maiores críticas que se faz ao Direito Penal do inimigo é que este não faz distinção entre quem tem e quem não tem higidez mental. O sistema de sanções penais fica completamente abalado. Ao inimigo e, também, àquele que não é inimigo, mas não tem higidez mental, aplica-se medida de segurança.

O Direito Penal do inimigo não busca a reinserção social, vez que a resposta penal possui um caráter exclusivamente retributivo. Ademais, quando a pessoa taxada como inimigo perde essa concepção? Como deixar de ser inimigo? Da maneira como Jakobs coloca, a condição de inimigo é um tanto quanto irreversível.

Também, encontra enorme rechaço no momento em que prega a exclusão do indivíduo, como se ele simplesmente deixasse de existir. Trata-se, portanto, de um Direito Penal de exclusão.

Outro ponto polêmico no discurso de Jakobs é a possibilidade de flexibilização de direitos e garantias individuais, pois fica difícil estabelecer quais são os limites para que isso seja efetivado, principalmente na órbita de um Estado Democrático de Direito.

4.6.1.1. Raízes históricas e jusfilosóficas do Direito Penal do inimigo

O tratamento de alguns delinquentes como inimigos, associado à idéia de exclusão dos mesmos da sociedade não é algo novo. Ao longo da história da humanidade, várias foram as passagens onde isso ocorreu. A própria evolução da sanção penal, permite verificar que, por diversas vezes, o criminoso foi tratado dessa maneira.

Atualmente, a pena apresenta um caráter retributivo, intimidatório, mas, também, de reinserção social. Pena sem preocupação com reinserção social é mera vingança.

Porém, na sua origem, a pena não passava de mero castigo e represália, possuindo um fim eminentemente vingativo. Nas comunidades primitivas a organização era baseada no “*vínculo de sangue*”, representado pela proteção recíproca daqueles que tinham a mesma descendência.

Deste vínculo surgiu a denominada “*vingança de sangue*” que consistia na possibilidade de um membro de determinado grupo familiar matar alguém de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tivesse sido morto.

Entretanto, na hipótese de uma pessoa de determinado clã ser atingida por um grupo estrangeiro, a vingança passava a ser coletiva e recaía sobre toda a comunidade agressora. Por outro lado, no caso de ofensa praticada por membro do mesmo grupo, a expulsão do ofensor era exigida. Este ficava privado de qualquer direito e era equiparado a uma fera, ficando exposto às ofensas de todos.

O desterro primitivo tinha nítido escopo de vingança que “*de forma simbólica, tinha o poder de desfazer a ação do malfeitor, por meio de sua própria destruição ou banimento do grupo*”.³⁶² Como a vingança de sangue não estava vinculada a um poder central, gerava guerras infundáveis.

³⁶² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000, p. 03.

Na teoria do pacto social da sofística grega do século V a.C., a consideração do criminoso como um inimigo já se fazia presente. Protágoras, apesar de negar qualquer caráter retributivo ao castigo e lhe atribuir somente finalidades dissuasórias e pedagógicas, em face daquele que uma vez castigado e orientado não obedecia, propunha sua expulsão da cidade ou sua morte como se fosse um incurável. Nessa hipótese, para Protágoras o castigo deveria se distanciar dos seus fins ordinários de dissuasão e educação, passando a cuidar da neutralização ou inocuização do delinquente.

Santo Tomás de Aquino, tratando ocasionalmente da dignidade humana, sustentava que o homem não a possuía enquanto ser eticamente livre, somente o homem virtuoso. O “*pecador*” não possuía essa dignidade e, portanto, poderia ser morto como um animal. A respeito da pena, foi ele quem atribuiu o seu caráter intimidatório. Sustentava que os sofrimentos a que eram submetidos os condenados reafirmavam o caráter absoluto do poder do soberano, transformando os infratores da lei em inimigos do sistema.³⁶³

No absolutismo, como já frisado no capítulo um do presente trabalho, a figura do monarca era sagrada, pois era considerado o delegado de uma autoridade divina. O poder não comportava partilha. O sofrimento infligido aos criminosos não procurava restabelecer a Justiça, mas, apenas, a reafirmação do poder do absoluto e soberano do rei.

A pena, sem qualquer relação de proporcionalidade com o delito cometido, não possuía qualquer conotação jurídica e não se atinha à recuperação do condenado. A resposta penal tinha a função utilitária de intimidação do povo por meio do castigo e do suplício infligido ao condenado. Desse modo, o delinquente passava a ser visto como inimigo do sistema estabelecido, devendo, portanto, recair sobre ele as mais severas punições³⁶⁴.

³⁶³ Novamente na lição de Oswaldo Henrique Duek Marques: “*A punição moderna continuou ainda alicerçada na intimidação e na teoria da delegação divina, preconizada por Santo Tomás de Aquino, que serviu de arrimo para o absolutismo de Bossuet. Os suplícios impostos aos condenados reafirmavam o poder absoluto do soberano, que não admitia qualquer violação as suas leis. A ofensa ao rei ou aos delegados do poder, pela infração às leis, transformava o transgressor em inimigo do sistema*” (Op.cit., p. 49).

³⁶⁴ *Idem*, p. 44 e 47.

A reação contra o despotismo surgiu com a própria evolução da humanidade, sobretudo com a filosofia do século XVIII, que influenciou diretamente a Revolução Francesa e, com ela, a consagração dos princípios de caráter universal contidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

As sanções perderam a finalidade de reafirmar o poder do rei, e passaram a constituir uma represália em prol da própria sociedade. O criminoso passou a ser visto como um infrator do pacto social, tornando-se inimigo da sociedade.

Autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, como Rousseau, Fichte, Hobbes, Kant, compreendem que o delinquente viola o contrato a tal ponto que já não participa mais dos benefícios deste.

Para Rousseau todo “malfeitor” que ataque o “direito social” deixa de ser membro do Estado, pois encontra-se em guerra com este e, é necessário que um dos dois desapareça. Quando o culpado é morto, isso é feito em função da sua condição de inimigo e não de cidadão.

Semelhantemente a Rousseau, Fichte sustenta que aquele que ignora o contrato social “em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos”.³⁶⁵

Kant coloca a questão na passagem do estado de natureza ao estado legal. O estado de natureza é o estado de guerra, a paz só é possível por intermédio do estado

³⁶⁵ Fichte. *Grundlage des Naturrechts*, p. 260, apud JAKOBS, Günther. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*. 2ª ed. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 26. Mais adiante, Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá, prosseguem com o discurso a respeito da visão de Fichte: “Não obstante, Fichte pretende matizar esse rigor, e para tanto dirige sua atenção ao interesse dos cidadãos em não ser privados de direitos; e a partir dessas considerações declara oportuno substituir por outras penas a exclusão da qual é merecedor todo delito. Essa substituição seria possibilitada mediante um pacto de expiação feito entre todos, que se converteria em uma norma para o poder executivo, e em virtude do qual todos se comprometeriam a não excluir o delinqüente do Estado, mas permitir-lhe a expiação da pena de outra maneira”. (...) “Esse pacto de expiação, porém, não vige nunca para o réu de assassinato intencional e premeditado, de modo que sua exclusão absoluta deve ser feita sem dilações. Nesse caso, anula-se o contrato cidadão (social), e em virtude disso o assassino fica totalmente privado de qualquer direito”. (Op. cit., p. 99-100).

legal. No estado natural há uma ameaça constante, ainda que não haja uma hostilidade declarada, colocando em risco a segurança uns dos outros.

Ao ingressar no estado civil-legal, o homem fornece aos demais a garantia de não hostilizá-los. “A instauração de um estado legal que deve afastar o estado de guerra característico do estado de natureza, proporciona garantia de paz, porquanto os indivíduos oferecem segurança uns aos outros”³⁶⁶. Dessa forma, um homem pode considerar o outro seu inimigo por não participar do estado legal comum, o que o tornaria uma ameaça perpétua³⁶⁷.

Entretanto, em Hobbes é que realmente há uma aproximação com a concepção atual de Direito Penal do inimigo, pois ele é quem faz menção, de forma clara, de quem deve ser considerado inimigo, algo que não fora esclarecido na sofística grega, nem em Rousseau, Fichte, ou mesmo em Kant. Se para Rousseau e Fichte, todo delinquente é, *de per se*, um inimigo, para Hobbes o inimigo é aquele que rompe com a sociedade civil e retorna ao estado de natureza. Em princípio, Hobbes mantém o criminoso como cidadão. Todavia, no caso de rebelião o quadro acaba se modificando³⁶⁸.

4.6.1.2. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, o princípio da confiança no Direito Penal e o funcionalismo de Günther Jakobs

É na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann que Günther Jakobs pauta-se para desenvolver sua própria concepção de imputação objetiva. Partindo dessa premissa, Jakobs utiliza o princípio da confiança no Direito Penal, o que lhe permite formar o sustentáculo para o desenvolvimento do chamado Direito Penal do inimigo.

³⁶⁶ Kant. *Sobre la paz perpetua*. p. 14, apud GRACIA MARTÍN, Luis. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 100.

³⁶⁷ Continuando na apreciação do pensamento kantiano, Luis Gracia Martín relata: “Segundo Kant, pois, podem ser considerados inimigos aqueles que, ou não tenham entrado no estado civil-legal (cidadão) ou o tenham abandonado, e desse modo, permanecem no estado de natureza ou regressam a ele. O estado de natureza representa uma constante ameaça; é um estado de periculosidade do indivíduo que se encontra nele porque não oferece aos demais – para expressá-lo de um modo atual – a suficiente segurança cognitiva de um comportamento pessoal. O simples fato de um homem se encontrar no estado de natureza o converte em inimigo, e isso é suficiente para legitimar a hostilidade contra ele” (Op. cit., p. 101).

³⁶⁸ No entender de Hobbes: “Ao negar a sujeição ele negou as penas previstas pela lei. Deve, portanto, sofrer como inimigo do Estado, isto é, conforma a vontade do representante. As penas são estabelecidas pela lei para os súditos, não para os inimigos, como é o caso daqueles que, tendo-se tornado súditos por seus próprios atos, se revoltam e negam o poder soberano por vontade própria” (Op. cit., p. 230).

Luhmann trabalha com a idéia de risco e com os fundamentos do sistema punitivo. Sua teoria tem como ponto inicial o questionamento da sociedade. Como é possível a ordem social? O que pode norteá-la? O que pode contribuir com a ordem social?

O sistema de Luhmann se fundamenta dentro de um regime binário - estabelece o que é legal ou ilegal -. Assim sendo, o Direito seria considerado um sistema incidente sobre determinado âmbito, diminuindo complexidades através de um registro binário dotado de sentido legal ou ilegal.

O significado de tais conceitos não seria imposto “*ao Direito desde fora por outro sistema (a sociedade, a arte, a economia, a ciência, etc.), mas constitui um produto de sua própria função redutora de complexidades, em razão da qual se decanta o sistema jurídico frente a outros sistemas ou subsistemas*”³⁶⁹.

A teoria luhmanniana é concebida dentro de um sistema aberto. Nenhum indivíduo pertence completamente a um sistema³⁷⁰. Luhmann desenvolve seu pensamento baseado na noção de resultado vinculado a um risco (que pode ou não ser permitido).

O princípio da confiança está ligado diretamente ao princípio da auto-responsabilidade. Cada pessoa desenvolve um papel junto à sociedade e, é esse papel que vai fixar o grau de responsabilidade. Esse caminho, que é seguido por Jakobs, lança a semente do que mais tarde se denominou Direito Penal do inimigo.

³⁶⁹ LUHMANN, Niklas *apud* ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *Princípio da Confiança no Direito Penal. Uma Introdução ao Estudo do Sujeito em Face da Teoria da Imputação Objetiva Funcional*. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2006, p. 53.

³⁷⁰ Seguindo na apreciação do pensamento de Luhmann, Mário Pimentel Albuquerque explica: “*Cada sistema considera os indivíduos sob determinada perspectiva, ou seja, na dimensão de sua existência que corresponde às complexidades que os sistemas visam reduzir. Em uma sociedade que se estrutura sobre a base de relações entre sistemas, e não de relações entre sujeitos individuais, o indivíduo não existe como tal, como sistema orgânico e psicológico, mas unicamente como centro de identificação de núcleo de expectativas*” (Op. cit., p. 55).

O funcionalismo é visto sob diversas vertentes, estruturadas na Teoria do Consenso de Habermas e na Teoria dos Sistemas de Luhmann. No campo do Direito Penal, essas estruturas deram origem a três linhas distintas: 1) funcionalismo mínimo (limitado) – defendido por Winfried Hassemer - o Direito Penal justifica-se pela sua utilidade social, mas está vinculado ao Estado Social e Democrático de Direito, com todas as suas limitações como: exclusiva proteção de bens jurídicos, legalidade, intervenção mínima, culpabilidade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade...; 2) funcionalismo moderado – cujo maior expoente é Claus Roxin – prega a necessidade de que a política criminal ingresse na dogmática penal; 3) funcionalismo extremado (radical ou sistêmico) – inspirado na Teoria dos Sistemas de Luhmann e sustentado por Günther Jakobs.

Baseado em categorias sociológicas e orientado por critérios de prevenção geral, Jakobs apresenta uma metodologia fortemente influenciada pelo instrumental da Teoria dos Sistemas de Luhmann. Duas características marcantes do pensamento de Luhmann são vistas facilmente na linha de defesa de Jakobs: o vínculo do sistema social com todas as formas de comunicação e a noção de bem jurídico penal.

No que diz respeito ao primeiro ponto – vínculo do sistema social com todas as formas de comunicação -, Jakobs afirma que o Direito Penal “*não se desenvolve na consciência individual, mas na comunicação. Seus atores são pessoas (tanto o autor como a vítima e como o juiz) e suas condições não são estipuladas por um sentimento individual, mas da sociedade*”³⁷¹.

E, concluindo seu discurso, Jakobs prossegue dizendo que “*a principal condição para uma sociedade que é respeitosa com a liberdade de atuação é: personalização de sujeitos. Não trato de afirmar que deve ser assim, mas que é assim*”³⁷². Nesse prisma, o delito é uma “*falha de comunicação*” e a pena é a própria manutenção da identidade social, servindo, portanto, para confirmar a confiança na norma.

³⁷¹ JAKOBS, Günther. Sociedade, Norma e Pessoa: Teoria de Um Direito Funcional *apud* MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo. A Terceira Velocidade do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 131.

³⁷² *Ibidem*.

Quanto ao bem jurídico penal, Jakobs retira qualquer substancialidade e qualquer dimensão axiológica de sua concepção. O bem jurídico penal equivale à ínsita necessidade de se proteger a firmeza das expectativas normativas. Para ele, a constituição da sociedade é feita por meio de normas (regras de configuração) e não por determinados estados e bens, ainda que estes possam ser deduzidos, reflexamente, através das normas.

No Direito Penal tradicional o sujeito e destinatário de suas normas, é o indivíduo com as suas ações próprias. Para o funcionalismo de Jakobs, o importante é o sistema e suas comunicações com o meio que o circunda. Essa nova definição da função do Direito Penal permite o surgimento de uma nova teoria do crime, diversa da tradicional e que tem por escopo superar a análise categorial inspirada no finalismo.

Jakobs, diferentemente de Claus Roxin, abandona toda a concepção do finalismo e passa a trabalhar com a concepção de funcionalismo com base no risco permitido e no princípio da confiança. Parte de uma idéia de sistema aberto (desenvolvido por Luhmann) e, a partir daí, passa à análise do funcionalismo. Para Jakobs, o Direito Penal tem por função precípua assegurar a satisfação de expectativas generalizadas ou, em outras palavras, de reforçar a confiança depositada socialmente na norma.

Dentro desse contexto, o princípio da confiança apresenta uma configuração objetiva e despida de caracteres psicológicos, que se pauta não em fatos humanos processados na história, mas em considerações abstratas que se destinam a garantir a estabilidade de um sistema de enunciados em uma dada região ôntica do conhecimento, qual seja: a ciência penal.

Como observa Jakobs, é impossível uma sociedade onde não existam expectativas previsíveis, ou seja, na qual não haja certa confiança de que a generalidade dos indivíduos atuará de forma previsível. A confiança, nas sociedades mais avançadas, adquire uma feição mais lógica e menos psicológica.

Jakobs traz inovações no campo do Direito Penal, ao adotar, como ponto de partida de sua construção, categorias não derivadas da configuração ético-psíquica do

indivíduo, mas somente suas características funcionais, independentemente de processos causais, biológicos ou psicológicos.

Para ele, a culpabilidade não está atrelada à subjetividade, não passando de mera questão normativa a identificação do responsável pelo resultado, o princípio da confiança necessita de *“algum limite enquanto o destinatário da confiança seja responsável; a expectativa justificada de que o outro atuará conforme sua responsabilidade não pode limitar-se ao lado fático, e sim somente ao lado normativo”*.³⁷³

A função do Direito Penal não é proteger os bens jurídicos ou tutelar valores éticos, mas sim a manutenção da confiança no sistema, isto é, a manutenção da vigência da norma como modelo de orientação do contrato social. A confiança no Direito é pressuposto inafastável da estabilidade do sistema social. Duas premissas sustentam o funcionalismo de Jakobs: 1) podemos confiar nas normas vigentes; 2) podemos confiar em que todos cumprirão com seus deveres e obrigações conforme o papel social de cada um.

Pessoa, segundo Jakobs, é todo aquele em quem, no plano abstrato, se pode confiar, dito de outra forma, é todo aquele que exerce um papel social e é socialmente reconhecido como tal. Aquele que não é digno de confiança dos demais, que não é tido como um igual, não se encaixa no conceito de pessoa.

Enfim, na sua visão, o sujeito não é mais o indivíduo de carne e osso que protagoniza uma relação causal com o mundo exterior, conforme sustentado pela teoria naturalista, ou o indivíduo que orienta sua conduta de acordo com sua própria subjetividade, nos termos do pensamento finalista.

O sujeito é a pessoa como entidade sistêmica, composta por psique e corpo ou por estatuto e órgãos, mas, em qualquer caso, portadora de papéis sociais, dignos de

³⁷³ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 85/86.

confiança e aptos a defraudarem o sistema. Conclui-se que o princípio da confiança constitui o fundamento do conceito de pessoa nos ensinamentos de Jakobs.

4.6.1.3. Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo

Günther Jakobs sustenta que devem co-existir duas modalidades de Direito Penal. O Direito Penal do cidadão, direcionado àqueles que não romperam definitivamente com a sociedade, e, portanto, ainda são considerados cidadãos e dessa forma devem ser tratados.

A segunda variante do Direito Penal, o Direito Penal do inimigo, volta-se contra aqueles que romperam de forma definitiva com o contrato social e que, portanto, devem ser segregados do convívio social e vistos como inimigos.

Conforme Jakobs, não se trata de contraposição entre duas searas isoladas do Direito Penal, mas de descrever duas extremidades de apenas um contexto jurídico-penal. *“Tal descrição revela que é perfeitamente possível que essas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais”*³⁷⁴.

Diante dessas considerações, depreende-se que Günther Jakobs pretende flexibilizar essa aparente contraposição entre essas duas vertentes da ciência penal – Direito Penal do inimigo e Direito Penal do cidadão – apresentando, tanto uma quanto a outra, *“como ‘tipos ideais’ que dificilmente apareceriam na realidade em estado puro, pois, segundo ele, no Direito Penal do cidadão existiriam elementos do Direito Penal do inimigo e, vice-versa, neste último também haveria elementos do primeiro”*³⁷⁵.

O Direito Penal do cidadão estabelece e pune delitos praticados pelos indivíduos de forma incidental. O delito de um cidadão *“não aparece como princípio do fim da comunidade ordenada, mas só como infração desta, como deslize reparável”*.³⁷⁶

³⁷⁴ JAKOBS, Günther. CANCIO MELIÁ, Manuel. (Op. cit., p. 21).

³⁷⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. (Op. cit., p. 81).

³⁷⁶ JAKOBS, Günther. CANCIO MELIÁ, Manuel. (Op. cit., p. 22).

Ao cidadão, quando da violação da norma, é dada a chance de restabelecer a vigência dessa norma, ainda que de modo coativo, mas na qualidade de cidadão, pela pena³⁷⁷.

Dessa forma, no Direito Penal direcionado ao cidadão o Estado não encara o indivíduo como um inimigo que precisa ser aniquilado, mas sim como autor de um fato comum, normal, que, mesmo praticando um comportamento ilícito, mantém sua condição de pessoa e seu papel de cidadão dentro do Direito.

Todavia, isso não acontece nos casos onde em função da prática de determinadas condutas, pelos tipos de crimes que comete (ex: crimes sexuais) ou em função da sua vida econômica (criminalidade econômica, tributária, tráfico de drogas etc.) ou, ainda, por fazer parte de organização criminosa (como no caso do terrorismo), o sujeito demonstre que se afastou de forma duradoura do Direito e que seu comportamento já não é próprio de um cidadão e sim de um inimigo hostil à sociedade e ao Direito.

Segundo Jakobs o inimigo é uma não-pessoa, e assim deve ser tratado, *“um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”*.³⁷⁸

O cidadão quando comete um delito deve ser punido por intermédio de uma pena, ao passo que, ao inimigo deve ser imposta medida de segurança em função de sua periculosidade³⁷⁹.

³⁷⁷ Prosseguindo na análise do Direito Penal do cidadão, Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá, expõem: *“Por isso, o Estado moderno vê no autor de um fato – de novo, uso esta palavra pouco exata – normal, diferentemente do que ocorre nos teóricos estritos do contratualismo de Rousseau e de Fichte, não um inimigo que há de ser destruído, mas um cidadão, uma pessoa que mediante sua conduta, tem danificado a vigência da norma e que, por isso, é chamado – de modo coativo, mas como cidadão (e não como inimigo) – a equilibrar o dano, na vigência da norma. Isto se revela com a pena (...)”*(Ibidem).

³⁷⁸ Ibidem, p. 36.

³⁷⁹ Nesse sentido, Günther Jakobs explica o seguinte: *“Portanto, no lugar de uma pessoa que de per si é capaz, e a que se contradiz através da pena, aparece o indivíduo perigoso, contra o qual se procede – neste âmbito: através de uma medida de segurança, não mediante uma pena – de modo fisicamente efetivo: luta contra um perigo em lugar de comunicação, Direito Penal do inimigo (...)”* (Op. cit., p. 23).

4.6.1.4. Características do Direito Penal do inimigo

Antes de delinear as características do Direito Penal do inimigo, cumpre registrar que ele vem sendo apontado como Direito Penal de 3ª velocidade.

Nessa perspectiva, como falado alhures, pode-se dividir o Direito Penal, atualmente, da seguinte forma: 1) Direito Penal de 1ª velocidade – baseado na imposição de pena de prisão ao autor de infração penal; 2) Direito Penal de 2ª velocidade – visa impor penas restritivas de direitos e multa àqueles que praticam infrações penais de pequena e média gravidade; 3) Direito Penal de 3ª velocidade – também conhecido como Direito Penal do inimigo³⁸⁰.

São características do Direito Penal do inimigo, segundo Jakobs: 1ª) adiantamento da punibilidade – a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva, ou seja, o ponto de referência é o fato futuro, e não mais retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Portanto, o Direito Penal passa a punir atos meramente preparatórios, bem como há uma previsão maior de crimes de perigo abstrato; 2ª) previsão de penas desproporcionalmente altas; 3ª) determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas³⁸¹.

Há possibilidade, portanto, de flexibilização de direitos e garantias individuais, ponto que parece ser o mais complicado no discurso sustentado pelo Direito Penal do inimigo.

³⁸⁰ Tratando do assunto Jesús-María Silva Sánchez afirma: “Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal ‘da prisão’, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais. (...) “(...) uma segunda velocidade para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 148).

³⁸¹ “As características do Direito Penal de inimigos seriam então, sempre segundo Jakobs, a ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança de perspectiva do fato passado a um porvir; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e o solapamento de garantias processuais”. JAKOBS, Günther. *Die Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, apud SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Op. cit., p. 149).

4.6.1.5. Críticas ao Direito Penal do inimigo

A primeira crítica feita ao Direito Penal do inimigo recai diretamente na própria nomenclatura utilizada por Jakobs. Para Manuel Cancio Meliá “Direito Penal do cidadão é um pleonasma; Direito Penal do inimigo, uma contradição em seus termos”.³⁸² Jakobs, por sua vez, rebate dizendo que “a denominação ‘Direito Penal do inimigo’ não pretende ser sempre pejorativa”.³⁸³

Cancio Meliá destaca que o Direito Penal do inimigo constitui somente a reação do ordenamento jurídico-penal contra indivíduos perigosos, e que esta reação é desproporcional e não condiz com a realidade.

Ademais, os inimigos são classificados mais “no sentido pseudo-religioso que na acepção tradicional-militar do termo”.³⁸⁴ Cancio Meliá não aceita o Direito Penal do inimigo, pois, em primeiro lugar “é politicamente errôneo (ou: inconstitucional)”.³⁸⁵ Em segundo lugar, porque não é efetivo na prevenção de crimes e na garantia de segurança social.

O Direito Penal do inimigo “não contribui à prevenção policial-fática de delitos”.³⁸⁶ Por fim, o autor sustenta ainda que o Direito Penal do inimigo não estabiliza normas – prevenção geral positiva -, mas rotula determinados grupos de criminosos, e, portanto, não é um Direito Penal do fato, mas do autor.

Luis Gracia Martín, antes de fazer suas críticas ao Direito Penal do inimigo, expõe que a quase totalidade das objeções feitas, não passam de emocionais ou meramente retóricas, e consistem em apontá-lo como totalitário e contrário ao Estado de Direito.

Segundo Gracia Martín a organização dos mundos sociais atuais já exclui muitos da distribuição de bens e de exercício material da liberdade. Por outro lado, tolera para

³⁸² (Op. cit., p. 54).

³⁸³ *Idem*, p. 23.

³⁸⁴ *Idem*, p. 71.

³⁸⁵ *Idem*, p. 73.

³⁸⁶ *Ibidem*.

alguns poucos o desfrute, muitas vezes, ilimitado de bens e liberdades, reduzindo a possibilidade destes para os demais³⁸⁷. Mais a frente, conclui que:

*“Definitivamente, a relatividade e a contingência de toda ordem social, também extraída da -, portanto, corroborada pela – história das idéias políticas e ético-jurídicas, constituem um fato que deveria impedir o rótulo de qualquer homem como inimigo e a despersonalização e desumanização que semelhante rótulo acarreta”*³⁸⁸.

É necessária a existência de uma ordem. Ainda que essa ordem possa ser questionada quanto ao seu conteúdo, o certo é que constitui uma ordem válida e vinculante³⁸⁹.

Welzel, tratando do tema pondera que toda e qualquer ordem social deve ser de *“tal natureza que contemple a possibilidade constante de sua própria correção, e essa autocorreção é assegurada nas democracias graças à institucionalização jurídica da luta de idéias por meio da discussão e da argumentação”*.³⁹⁰

Para Gracia Martín a pena estatal é uma forma de argumentação, de diálogo ou de comunicação. Já a mera coação física, não é diálogo nem comunicação pessoal, pois se esvai na destruição do objetivo ou daquele que é destinatário da coação. O Direito Penal do inimigo prega que alguns indivíduos devem ser extirpados do Direito da pena, não devendo, portanto, ser vistos como pessoas na comunicação, não sendo possível dialogar com eles por intermédio da pena.

Após fazer uma incursão no curso histórico das doutrinas jusnaturalistas e passar pela formulação de Kant da autonomia do ser humano, segundo a qual o conceito de pessoa responsável remete imediatamente à dignidade do ser humano e que o homem é

³⁸⁷ De acordo com Hans Welzel: *“a idéia fundamental de democracia é, por isso, assegurar a disposição fundamental de igualdade de todos os grupos na luta pelo poder político, e garantir que a luta pela ordem social justa se caracterize como uma luta de idéias, sem se tratar de aniquilar como inimigo aquele que pensa de outra maneira quando se obtém a maioria e o poder”* (WELZEL, Hans. *Introducción, apud GRACIA MARTÍN, Luis.* (Op.cit., p. 148).

³⁸⁸ *Ibidem*.

³⁸⁹ *“Uma ordem social vigente em um momento e lugar determinados pode ser inadequada e injusta para alguns; mas se, como já foi dito, essa ordem é relativa e contingente quanto aos seus conteúdos materiais concretos, da mesma forma também será relativa e contingente no tocante ao seu conteúdo material, à ordem concebida pelos dissidentes em substituição àquela, e seria contraditório com relação ao exposto anteriormente tolerar que esses dissidentes impusessem a sua ordem pela força, pois nesse caso, dificilmente poderia ser havida, como Direito”*. GRACIA MARTÍN, Luis. (Op. cit., p. 149).

³⁹⁰ WELZEL, Hans. *Introducción, apud GRACIA MARTÍN, Luis.* (Op. cit., p. 149).

um ser eticamente livre e nisto reside a sua dignidade, Gracia Martín relata que esse suposto Direito ou respeita a dignidade humana, *“hipótese em que já não será Direito Penal do inimigo, mas autêntico e legítimo Direito Penal, ou violenta essa dignidade, e nesse caso já não poderá ter nenhuma legitimidade e deverá ser rechaçado de modo absoluto”*³⁹¹(...).

E, mais adiante o autor conclui que a estrutura içada pelo Direito Penal do inimigo *“não tem lugar no horizonte da democracia e do Estado de Direito, porque só no horizonte de uma sociedade não democrática e de um Estado totalitário é imaginável a emergência de um Direito Penal do inimigo”*.³⁹²

Outro ponto que suscita polémica no discurso do Direito Penal do inimigo diz respeito ao momento em que o sujeito deve ser “rotulado” como inimigo. Os inimigos ou não-pessoas deveriam ser identificados previamente à aplicação deste ordenamento.

O Direito Penal do inimigo diz encontrar o conceito prévio de inimigo ou não-pessoa naquele indivíduo que tenha abandonado de modo duradouro o Direito, o que se pode inferir a partir de sua dedicação habitual e reiterada ao cometimento de infrações ao Direito.

Mas se assim o é, não parece necessário, novamente segundo Gracia Martín, *“nenhum esclarecimento acerca da natureza do Direito que deve ser infringido por quem seja destinatário de suas normas e, como reconhece o discurso do Direito Penal do inimigo, só pode ser destinatário de uma norma jurídica uma pessoa”*.³⁹³ Mais adiante, prossegue o mencionado autor:

“(...) onde o Direito Penal do inimigo encontrará seus destinatários, isto é, indivíduos que careçam da condição de pessoa e que preexistam logicamente a uma possível normatização e aplicação desse Direito? É claro que essa indagação poderia ser respondida com a afirmação de que é justamente o processo que determinará ao final a privação da condição de pessoa do indivíduo... Todavia, isso não impediria que o processo tivesse que se desenvolver com todas as garantias próprias do cidadão. Com isso se demonstra que, em princípio, o Direito Penal do inimigo só poderá partir da existência prévia de pessoas. Mas, se isso é assim, então os conteúdos e as

³⁹¹ GRACIA MARTÍN, Luis. (Op. cit., p. 155).

³⁹² *Idem*, p. 156.

³⁹³ *Idem*, p. 157.

*regras materiais desse Direito não poderão diferir das regras do Direito Penal do cidadão” (...)*³⁹⁴

Ademais, deve-se indagar se podem ser legitimadas regras de atuação estatal que abalem a liberdade de seus destinatários sem reconhecê-los como pessoas. Francisco Munõz Conde ao comentar a respeito do Direito Penal do inimigo, pondera que “*em um Estado de Direito Democrático e respeitoso com a dignidade do ser humano, nem o inimigo, nem ninguém pode ser definido como não pessoa*”.³⁹⁵

Porém, o conceito de pessoa utilizado por Munõz Conde identifica a pessoa com o homem, com o indivíduo humano. Já o conceito de pessoa utilizado por Jakobs está acima do ser humano, pois é somente uma construção normativa atribuída aos homens, embora não a todos eles. A retirada da condição de pessoa traz como consequência o surgimento do homem ou do indivíduo humano como ser existencial. O Direito Penal do inimigo recai apenas sobre o homem e não sobre a pessoa.

É preciso indagar, também, se para o Direito Penal, é sustentável um conceito puramente normativo de pessoa, seja no sentido dado por Jakobs ou em qualquer outro.

Mesmo que esse conceito fosse possível, a indagação que remanesce é a relativa ao substrato que ficaria depois que alguém fosse privado daquela condição – exclusivamente normativa de pessoa, isto é, o homem empírico do campo da experiência não seria portador de qualidades imanentes determinantes de uma negação de validade e de legitimidade a toda atuação sobre ele que violasse tais qualidades. Se assim fosse, não haveria espaço algum para o Direito Penal do inimigo.

Para Gracia Martín no Direito Penal, “*o sujeito – tanto da imputação como da pena – não pode ser uma pessoa normativa ou jurídica, entendida esta como uma construção social e normativa, mas só pode estar representado pelo homem, pelo indivíduo humano*”³⁹⁶.

³⁹⁴ *Idem*, p. 158.

³⁹⁵ MUNÕZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 69.

³⁹⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. (Op. cit., p. 170). Prosseguindo: “*Se o Direito não se dirige às forças da natureza nem aos animais, mas ao homem, então deverá ser a estrutura ontológica do ser humano o primeiro dado a ser levado em consideração*”. (...) “*Se uma normativa tem por objeto condutas humanas, só será possível reconhecer-lhe o caráter de Direito caso a mesma respeite a estrutura lógico-objetiva fundamental que impõe a concepção do homem como pessoa responsável, pois se a viola, já não*

A dignidade humana atua como limite inerente ao exercício da coação estatal, sendo, portanto, um valor incompatível com o que defende o Direito Penal do inimigo, no entender de Gracia Martín³⁹⁷. Esta não pode ser produto nem resultado de qualquer construção normativa, mas sim algo de que é dotado em si mesmo todo homem, pelo simples fato de existir.

Antes de encerrar o presente item, cumpre registrar que outra crítica muito comumente lançada contra o Direito Penal do inimigo é aquele que associa seus preceitos a um Direito Penal de índole nazista. Todavia, essa colocação não procede, pois não é exatamente isso o que ocorre na proposta feita por Jakobs.

Não se pode pactuar com essa tese de que Jakobs defende um direito nazista e, portanto, de feição totalitária. O que este autor pretende é demonstrar a existência de um sistema que seja potencialmente capaz de salvaguardar bens jurídicos, em especial os bens jurídicos penais difusos e coletivos, sem que haja qualquer atentado contra o modelo de Estado Democrático de Direito.

O que Jakobs sustenta é que para determinadas formas de criminalidade, necessariamente, deve haver flexibilização de determinadas garantias, e é nesse momento que sua tese encontra assaz resistência.

poderá ser compreendida como Direito, mas apenas como um mero e puro dispositivo de força e coação” (Idem, p. 171).

³⁹⁷ Concluindo sua crítica ao Direito Penal do inimigo, Gracia Martín, segue sustentando que: (...) “*se o Direito deve partir da concepção do homem como pessoa responsável, isso implica necessariamente que aquilo que torna o homem justamente uma pessoa responsável, e não algo distinto, já deve ser previamente dado pela estrutura ontológica do próprio ser humano, ou, se preferível, pela natureza humana pois do contrário o Direito não poderia partir dessa concepção do ser humano, e não se deve o que não é possível. A estrutura ontológica do ser humano, que necessariamente deve ser respeitada pelo Direito, é constituída por tudo o que fundamenta a dignidade humana*”. (...) *um Direito Penal do inimigo poderia encontrar um espaço legítimo somente se o Direito Penal ‘comum’ tivesse como destinatário a pessoa, ou se se prefere, o cidadão, pois uma retirada dessas condições expõe o indivíduo humano, e essa retirada ainda deixaria um espaço de legitimidade para uma regulação jurídica que, embora diferente e excepcional, não entrasse em conflito com a dignidade do ser humano. Mas se, como demonstrei, é certo que o Direito Penal não tem como destinatário a pessoa jurídica, entendida esta como construção normativa, mas o homem, entendido como indivíduo humano, então não será possível fundamentar legitimamente nenhum ‘Direito Penal do inimigo’, isto é, nenhum ordenamento diferente e excepcional. (...) O Direito penal democrático e do Estado de Direito deve tratar todo homem como pessoa responsável, e não pode ser lícito nenhum ordenamento que estabeleça regras e procedimentos de negação objetiva da dignidade do ser humano, sob hipótese alguma. Um ordenamento que incluisse regras incompatíveis com a dignidade do ser humano, como já foi dito, seria injusto, e acarretaria a desvinculação do Estado do Direito... Nem sequer o homem poderia dispor de sua dignidade, porque está é uma qualidade inseparável de seu substrato ontológico*”. (Idem, p. 171-176).

Agora, o que se pergunta é: Como combater crimes que afrontam bens jurídicos metaindividuais (como o meio ambiente, a genética, a ordem econômica, a ordem tributária, a probidade no campo eleitoral, entre outros), o crime organizado, a lavagem de dinheiro, o terrorismo, a pedofilia, sem se admitir a flexibilização de determinadas garantias individuais?

Tal pergunta, evidentemente, fica sem resposta, pois, é inconcebível a existência de um sistema eficaz de proteção contra essas espécies de delitos que não ingresse no campo de mitigação de algumas garantias individuais.

Sob a ótica da tutela do meio ambiente, é coerente esperar que o sujeito promova um desmatamento significativo em uma floresta de importância ímpar para o equilíbrio ambiental de todo o planeta, como a Amazônica, para depois trazer a resposta penal? Ou, será que o correto é buscar uma tutela de prevenção, adotando-se uma linha prospectiva (que atua antes da ocorrência do dano) e não meramente retrospectiva (que atua após a ocorrência do dano)? Esta segunda opção é a que deve prevalecer.

Para resolver o problema de combate ao crime organizado e à lavagem de dinheiro, como trabalhar sem pensar que, em determinadas hipóteses, deve ser decretada a quebra do sigilo telefônico, bancário e fiscal? Como diminuir a atuação das quadrilhas que atuam dentro dos presídios sem admitir, por vezes, a interceptação telefônica?

A pedofilia, que vem tomando proporções alarmantes, pode ser evitada se o direito à privacidade não puder ser gradativamente flexibilizado? Como combater o terrorismo sem entrar na restrição de garantias individuais?

Esses são os questionamentos que devem ser levantados para que se possa discutir a possibilidade ou não de adesão de medidas propugnadas pelo Direito Penal do inimigo. Adotar algumas medidas como, por exemplo, quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico, punição de atos preparatórios e escuta telefônica, em face dos delitos acima apontados é dizer que o Direito Penal tem que atuar na linha do nazismo ou do fascismo? Não!

E por que o discurso de Jakobs é visto, por muitos, como de viés nazista? Pregar a restrição de determinados direitos e garantias individuais, em caráter excepcional, para trazer um potente escudo normativo contra essas condutas e atividades criminosas não quer significar defender idéias de índole nazista ou fascista, mas sim propor um atuar absolutamente coerente com o nível de resposta a ser dada pelo Estado para inviabilizar a prática destas infrações penais.

Assim, quem associa a obra de Jakobs, em especial no que concerne ao Direito Penal do inimigo, a um direito de cunho nazista que não condiz com o Estado Democrático de Direito, o faz de forma açodada e despreparada, sem apreciar a questão da maneira como deve ser feita.

4.6.2. A criminalidade organizada e a lavagem de dinheiro

À guisa de intróito, deve-se ressaltar que o presente tópico não tem por fim investigar a fundo as leis que no nosso país disciplinam tais matérias – Lei n. 9.034, de 3 de março de 1995 (Organizações Criminosas) e Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998 (Lavagem de Dinheiro) -, mas sim promover uma análise crítica acerca dos problemas inerentes ao crime organizado e a lavagem de dinheiro, demonstrando-se que esta está a serviço daquela forma de criminalidade.

No intuito de assim obrar, por primeiro é de vital importância proceder à separação entre a criminalidade organizada e a chamada criminalidade de massa. Winfried Hassemer apresenta com precisão três pontos de distinção entre as duas espécies de criminalidade. São eles: origem; potencial de ameaça e possibilidade de combate³⁹⁸.

A criminalidade de massa é aquela que toma conta das ruas no dia a dia, como roubos de estabelecimentos comerciais, furtos de veículos automotores, invasões de domicílios, apropriação indébita, estelionato, violência praticada contra minorias, delinqüência juvenil... É aquela criminalidade que salta, facilmente, aos olhos da

³⁹⁸ *Segurança Publica no Estado de Direito. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXI, nº 62, nov., 1994, p. 154.*

população e que é, muitas vezes, manipulada pela imprensa para ser vista como a grande e única praga que contamina o Estado e a segurança pública.

Para combater esse tipo de criminalidade Hassemer destaca algumas medidas que são aptas a reduzir consideravelmente o problema, tais como: prevenção técnica, policiamento ostensivo, chances de sobrevivência aos jovens, inovações na política de drogas³⁹⁹, dentre outras.

E, criticando os caminhos que normalmente são tomados em sede de política de segurança pública para o combate da criminalidade de massa assevera:

“Agentes secretos, observações policiais prolongadas e outros meios de investigação modernos só ajudam no combate à criminalidade de rua se esta se reveste da forma organizada, o que não ocorre na maioria dos casos. (...) A manipulação do medo coletivo difuso resultante da criminalidade de massa, praticada com o escopo de obter meios e instrumentos de combate à criminalidade violenta, mediante a restrição de liberdades, constitui uma conhecida tática de política criminal populista, que não traz resposta aos problemas diários das pessoas frente à criminalidade de massa”⁴⁰⁰.

Para fechar as propostas trazidas por Hassemer para a promoção de uma política de segurança pública compatível com a criminalidade de massa, convém mencionar as seguintes palavras do catedrático alemão:

“Política de segurança pública não equivale à política policial, mas compreende também uma política criminal que, por sua vez, compreende não apenas o ponto de vista de efetividade policial, mas também as garantias penais e constitucionais. Mesmo assim, ainda é muito pouco. Conforme as questões de fundo permitem entrever, política de segurança pública sem consideração para com a juventude, a mão-de-obra, a moradia, os problemas sociais e a educação converte-se num espetáculo sem esperanças e sem fim previsível. Portanto, uma política de segurança só faz algum sentido no contexto de uma verdadeira política interna bem definida, sincronizada e coordenada. (...) convém lembrar uma verdade que não é de hoje, de que política social é a melhor política criminal”⁴⁰¹.

Estabelecida a noção de criminalidade de massa e o apontamento de propostas para o devido enfrentamento do problema, passa-se a perquirir a questão voltada ao crime organizado.

³⁹⁹ *Idem*, p. 155.

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

⁴⁰¹ *Idem*, p. 164-167.

“*Ab initio*”, comporta dizer que é assaz complicado, para não dizer quase impossível, fechar dentro de um conceito suficientemente objetivo o que exatamente é a criminalidade organizada, como ela se desenvolve e quais são suas estruturas. Expondo essa dificuldade em defini-la e esboçando alguns parâmetros Hassemer alerta:

“*‘Criminalidade organizada’*: é um fenômeno cambiante; ela segue mais ou menos as tendências dos mercados nacionais e internacionais e torna-se, portanto, difícil de ser isolada (exemplo, o tráfico clandestino de lixo nos países industrializados); compreende uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas (ex: tráfico de drogas, corrupção) e, portanto, não é levada ao conhecimento da autoridade pelo particular; intimada as vítimas, quando elas existem, a não levarem o fato ao conhecimento da autoridade e a não fazerem declarações (ex: extorsão de ‘pedágios’ ou ‘seguros’ por organizações criminosas); possui tradicionais solos férteis em bases nacionais e, em outras latitudes, não viceja ou produz resultados diversos (ex: Máfia em outros países que não o seu berço); dispõe de múltiplos meios de disfarce e simulação”⁴⁰².

A própria Lei n. 9.035/95 se absteve de definir o que é crime organizado ou organização criminosa, sendo que seu artigo 1º somente fala em “*ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo*”. Dessa forma, deve ser utilizado, ainda, o vetusto conceito de quadrilha ou bando do artigo 288 do Código Penal: “*Associarem-se mais de três pessoas em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes*”.

É preciso ficar registrado que o ponto central da discussão gravita em torno do conceito de organização criminosa e não exatamente de crime organizado, pois este é fruto da atividade criminosa organizada, sendo, pois, tarefa simples defini-lo. Assim, crime organizado é aquele cometido no exercício da atividade da organização criminosa. No que exatamente esta atividade consiste é que é a questão de fundo a ser enfrentada⁴⁰³.

Em função de toda essa complexidade que permeia a conceituação de organização criminosa, o presente trabalho não ousará explorar pormenorizadamente a questão, até porque esta não se encontra no plano central da pesquisa. Basta, por ora, indicar algumas características das organizações criminosas condicionadas à sua estrutura:

⁴⁰² *Idem*, p. 158.

⁴⁰³ Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime Organizado. Enfoques Criminológico, Jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 92.

“a) publicidade e regulamentação das informações decorrentes da necessidades de que, como ‘empresa’, possa vender os seus produtos – bens e serviços ilícitos, mas controladas pelo equilíbrio com outras de ordem secreta que se destinam a garantir a impunidade;
b) neutralização da execução da lei, que compreende tanto o controle de sigilo entre os seus integrantes (‘lei do silêncio’), e também intimidações e represálias a integrantes de instituições de repressão, Judiciário, ministério Público, Polícias e outros;
c) dotação de serviços essenciais, como fornecimento de armas, alojamento, assistência médica e jurídica, recursos financeiros e utilização de empresas legalmente constituídas;
d) ordem e legitimidade, funções essenciais das organizações criminosas modernas, de molde a garantir a sua perpetuidade no tempo, consolidando e disciplinando ações individuais, e resolvendo os conflitos internos eventualmente surgidos entre os seus membros. Tende a aparecer como ‘instituição’ regularmente constituída, ainda que através de ações contrárias ao ordenamento jurídico e interesse do Estado”⁴⁰⁴.

Como atividades criminosas executadas pelas organizações criminosas podem ser indicadas as seguintes: tráfico de drogas; extorsões; corrupção, concussão e outros crimes contra a Administração Pública; ameaças e intimidações de vítimas e testemunhas; contrabando e descaminho; exploração de jogos de azar; promoção e favorecimento à prostituição e tráfico de pessoas; receptações em grande escala; estelionatos, falsificações de documentos, mercadorias, dinheiro, e outras fraudes; roubo e furto de cargas; homicídios; lesões corporais dolosas; sequestros; golpes econômicos contra o Estado; lavagem de dinheiro; tráfico de armas; usura; fraudes contábeis e financeiras; crimes informáticos; tráfico de influência; cartelização de empresas; terrorismo⁴⁰⁵.

Os delitos cometidos pelas organizações criminosas podem ser divididos em três níveis: crimes principais; crimes secundários; crime de terceiro nível (lavagem de dinheiro).

Os principais são os destinados à obtenção de proveitos de grande monta. Secundários são aqueles crimes necessários para fornecer o suporte e sustentação das atividades criminosas principais. São, pois, aqueles que viabilizam estas e que possibilitam a permanência da organização. O intuito não é de gerar lucro, mas permitir

⁴⁰⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado. Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2009, p. 22.

⁴⁰⁵ *Idem*, p. 23-25.

a “*garantia da sua obtenção através da prática dos delitos ‘principais’, e por vezes até exigem a realização de gastos, ou ‘investimentos’*”⁴⁰⁶.

Porém, é sobre o chamado crime de terceiro nível, ou seja, acerca da lavagem de dinheiro, que deve ser feita uma análise mais detida. A lavagem de dinheiro é imprescindível para o funcionamento da organização criminosa, vez que esta precisa converter em patrimônio lícito aquilo que obtém ilicitamente. É preciso reconhecer que não existe crime organizado que não se valha da lavagem de dinheiro.

Segundo o Conselho de Controle das Atividades Financeiras (COAF) - órgão criado pela Lei n. 9.613/98, no âmbito do Ministério da Fazenda, para disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas relacionadas à lavagem de dinheiro – o processo de transformação do capital ilícito e lícito comporta três etapas: 1) colocação ou “*placement*” (inclusão do dinheiro ilícito no sistema financeiro; 2) ocultação ou “*layering*” (ocultação da origem e referência do dinheiro sujo); 3) integração ou “*integration*” (novo investimento, agora como dinheiro aparentemente limpo).

Os expedientes utilizados para viabilizar a lavagem de dinheiro são das mais variadas ordens, os mais usuais são: estruturação (“*smurfing*”); mescla (“*commingling*”); empresa-fachada; empresa-fictícia; aquisição de bens, contrabando de capital; transferência de fundos; compra ou troca de ativos ou instrumentos monetários; venda fraudulenta de imóveis; centros “*Off-shore*”; bolsas de valores, companhias seguradoras; jogos e sorteios; aquisição de bilhete premiado de loteria⁴⁰⁷ etc.

Ingressando mais detidamente no campo normativo, no Brasil, as condutas que configuram lavagem de dinheiro vêm previstas na Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, a qual adota uma linha muito criticável, tendo em vista que o agente só pode ser processado por lavagem de dinheiro se for praticado um dos crimes primários que vêm previstos no seu artigo 1º.

⁴⁰⁶ *Idem*, p. 25.

⁴⁰⁷ *Idem*, p. 26.

Assim, somente será punida a lavagem de dinheiro se caracterizada uma das seguintes infrações penais antecedentes: tráfico de drogas; terrorismo e seu financiamento; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; extorsão mediante sequestro; crimes contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; contra o sistema financeiro nacional; praticado por organização criminosa; e praticado por particular contra a administração pública estrangeira.

Infelizmente, boa parte de condutas que no nosso país, tradicionalmente, levam à lavagem de dinheiro não foram trazidas no rol dos crimes primários, como, por exemplo, o jogo do bicho, os jogos de azar, as receptações e as sonegações fiscais. Ademais, muitas vezes o sujeito exerce uma atividade aparentemente lícita, mas esta atividade está ligada à prática de crimes.

Talvez fosse melhor que o legislador deixasse de especificar qualquer crime primário, pois, isso permitira maior incidência da lei no combate à lavagem de dinheiro, uma vez que é altamente difícil gravar em um rol fechado quais são todas as condutas que estão interligadas ao procedimento de lavagem de dinheiro.

Dentro dessa perspectiva de dar maior amplitude ao combate à lavagem de dinheiro é pertinente avaliar a previsão do inciso VII do artigo 1º da Lei n. 9.613/98, que estabelece como crime primário aquele praticado por organização criminosa. A questão é: Todo crime praticado por organização criminosa pode ser considerado crime primário ou apenas os crimes previstos no próprio artigo 1º da lei?

Se a resposta for dada no sentido de que todo e qualquer crime cometido por organização criminosa pode ser considerado crime primário, passar-se-á a admitir que quaisquer crimes, desde que praticados por organização criminosa, poderão ser tidos como infrações primárias.

Entretanto, caso a interpretação seja no sentido de que somente podem ser considerados crimes primários praticados por organização criminosa, aqueles definidos

nos outros incisos do artigo 1º da Lei 9.613/98, a previsão do inciso VII tornar-se-á inócua.

Portanto, para que não seja afastada por completo a aplicabilidade do inciso VII e, precipuamente, para alargar o território de abrangência da lei, permitindo um combate mais contundente em relação à lavagem de dinheiro e ao crime organizado, deve-se preferir a primeira resposta apresentada.

Outro ponto nevrálgico da Lei n. 9.613/98, situa-se no § 2º do seu artigo 2º, que dispõe que no processo por crime de lavagem de dinheiro não se aplica a regra do artigo 366⁴⁰⁸ do Código de Processo Penal.

O “*caput*” deste artigo é fruto da alteração promovida pela Lei n. 9.271/96 (os §§ 1º e 2º do art. 366, CPP, foram revogados pela Lei n. 11.719/98). Antes desta modificação se o sujeito estava sendo processado, era citado por edital, não comparecia e nem constituía defensor, o juiz nomeava um defensor dativo e o processo seguia normalmente. A Lei n. 9.613/98 ao vedar o artigo 366, do Código de Processo Penal, acabou por repristinar a concepção anterior.

A alteração feita em 1996 teve por objetivo preservar a garantia da ampla defesa, portanto, há quem sustente que a proibição de aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal, prevista no § 2º do artigo 2º da Lei n. 9.613/98, seria inconstitucional. Porém, se aplicada tal regra, algumas situações embaraçosas podem ocorrer, veja-se:

Se o sujeito for autor do crime primário e da lavagem de dinheiro, for citado por edital, não comparecer e nem constituir defensor, como resolver? O processo pelo crime primário fica suspenso e a apuração da lavagem prossegue?

E, ainda, se neste caso o sujeito acabar condenado pela lavagem, mas, futuramente comparecer e o processo pelo crime primário retomar a sua marcha e ao final deste o réu acabar sendo absolvido demonstrando a inoccorrência do crime

⁴⁰⁸ “Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312”.

primário? Esse é um problema que demonstra a falta de uniformidade que há no sistema jurídico brasileiro.

Para corrigir essa distorção é possível sugerir o seguinte caminho: Ainda que o § 2º do artigo 2º da Lei n. 9.613/98 tenha sua arguição de inconstitucionalidade afastada, é possível determinar a suspensão do processo pela lavagem de dinheiro, não pela regra do artigo 366 do Código de Processo Penal, mas, considerando que o enfrentamento do crime primário é uma questão prejudicial para se concluir a respeito da lavagem de dinheiro. Dessa forma, aniquilam-se os riscos inerentes à aplicação do § 2º do artigo 2º da Lei de Lavagem de Dinheiro.

Superada essa discussão, para encerrar o enfrentamento da Lei n. 9.613/98, vale apreciar a regra do seu § 5º do artigo 1º que traz o instituto da delação premiada nos seguintes termos:

“A pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.

Da averiguação desta disposição legal, percebe-se que a intenção do legislador foi evitar que o colaborador seja levado ao cárcere ao estabelecer ao juiz, em caso de delação, as seguintes opções: 1) perdão judicial; 2) redução da pena de um a dois terços e fixar o regime inicial aberto para seu cumprimento; 3) substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Essas opções postas ao magistrado configuram exceções às normas gerais, previstas no Código Penal, ao permitir o cumprimento da pena em regime inicial aberto, ou mesmo a conversão em pena restritiva de direitos, ainda que a pena privativa de liberdade imposta seja superior a quatro anos (situações não admitidas, nos termos dos arts. 33, § 2º, e, 44, I, CP).

Ainda que a medida seja interessante para fins de combate à lavagem de dinheiro, o legislador poderia ter ido mais além, prevendo a possibilidade de que a delação premiada funcionasse como causa extintiva da punibilidade a operar já em sede

de investigação, ou ao longo do processo e até mesmo em sede de execução para determinar o encerramento do cumprimento da pena imposta. Com essas outras opções indicadas, certamente, as colaborações com a atividade persecutória do Estado aumentariam.

Partindo para uma rápida passagem por alguns institutos da Lei n. 9.034/95, cumpre inicialmente apontar as medidas previstas no seu artigo 2º (com a redação dada pela Lei n. 10.217/01), e que poderão ser tomadas a título de investigação e produção probatória.

No inciso II, encontra-se a chamada ação controlada, que consiste em retardar a prisão em flagrante do que se supõe ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista de colheita de provas e fornecimento de informações.

A ação controlada nada mais é do que o retardamento da prisão em flagrante – por isso, também é conhecida como flagrante retardado – para momento posterior, desde que a medida se afigure como indicada para fins de maior apreensão de provas e informações, e facilitação do desbaratamento da organização criminosa.

Configura uma exceção à regra do artigo 301 do Código de Processo Penal, que na sua segunda parte prevê a obrigatoriedade da efetivação da prisão quando as autoridades e agentes policiais se depararem com situações de flagrância delitiva. Trata-se de medida absolutamente salutar no combate ao crime organizado, e que não apresenta maiores questionamentos do ponto de vista constitucional.

O inciso III do artigo 2º da Lei n. 9.034/95, dispõe acerca do acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais. Mais adiante, o artigo 3º “*caput*” da lei, determina que nas hipóteses do inciso III do artigo 2º, havendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será feita pessoalmente pelo juiz no mais rigoroso segredo de justiça.

Esses dispositivos da Lei das Organizações Criminosas sempre foram envolvidos em polêmicas doutrinárias e jurisprudências acerca de uma possível inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal apreciando a questão na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 1.570-2, de 12 de fevereiro de 2004, por maioria de votos julgou procedente, em parte, a ação e declarou a inconstitucionalidade do *caput* do artigo 3º no que tange aos dados fiscais e eleitorais.

Por sua vez, o inciso IV do comentado artigo 2º prevê a possibilidade de captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial. Por haver necessidade de prévia autorização do magistrado, que deverá averiguar a necessidade da medida extrema, e desde que seja feito o devido controle, não há porque apontá-la como abusiva.

Nesse momento vale fazer um adendo. Tanto na hipótese do inciso III como na do inciso IV, estarão em jogo a disputa entre valores consagrados constitucionalmente, como o direito à privacidade, à intimidade, aos sigilos bancário e fiscal..., e a conseqüente necessidade de tomada de posturas mais rígidas para enfrentar o crime organizado.

Apesar dos valores constitucionais apontados serem expressão da mais pura concepção de Estado Democrático de Direito, esses direitos fundamentais não podem ser vistos como absolutamente intangíveis a ponto de servirem como redoma intransponível a ser utilizada para prática de atos criminosos.

Se o Estado Democrático de Direito tem como uma de suas grandes preocupações a tutela dos direitos fundamentais, certamente não a tem para permitir que o crime organizado contamine suas raízes. Proteger os direitos fundamentais é “*conditio sine qua non*” para a construção de um Estado Democrático de Direito, mas essa proteção só deve ser dada na sua plenitude quando esses mesmos direitos forem utilizados para fins lícitos.

Assim sendo, desde que as aludidas medidas sejam decretadas pela autoridade judicial em caráter notadamente excepcional, quando demonstrada a real necessidade no

caso concreto para fins de adequada apuração de atividades típicas de organizações criminosas, não há que se falar em ofensa ao modelo democrático de Estado.

Os direitos fundamentais não foram criados para servir de manto para condutas criminosas extremamente nocivas ao tecido social, mas sim para o livre e pleno exercício da dignidade da pessoa humana.

Como derradeiro e mais polêmico de todos os meios dispostos no artigo 2º da Lei das Organizações Criminosas, o seu inciso V estabelece a possibilidade de infiltração de agentes policiais ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização do juiz.

Deve-se esclarecer que quando do texto originário da Lei n. 9.034/95, o inciso I do seu artigo 1º, que trazia já naquela ocasião a previsão da infiltração de agentes, foi vetado pelo Presidente da República. Foi somente com as alterações produzidas pela Lei n. 10.217/01, que a Lei das Organizações Criminosas passou a admiti-la no seu artigo 2º, inciso V.

A infiltração no seio da organização criminosa consiste em permitir que um agente policial ou de serviço de inteligência passe a integrá-la como se fosse mais um de seus membros, para que extraia informações preciosas sobre sua organização, forma de atuação, possibilitando um combate preciso ao crime organizado.

É evidente que do ponto de vista da atuação estatal em face do crime organizado tal medida extrema pode trazer muitas vantagens, assim descritas por Marcelo Batlouni Mendroni:

“(...) fatos criminosos não esclarecidos podem ser desvelados, modus operandi, nomes – principalmente dos ‘cabeças’ da organização, nomes de ‘testa-de-ferro’, bens, planos de execução de crimes, agentes públicos envolvidos, nomes de empresas e outros mecanismos utilizados para a lavagem de dinheiro”⁴⁰⁹.

Todavia, há outros fatores extremamente delicados que envolvem a infiltração de agentes.

⁴⁰⁹ Op. cit., p. 109.

Por primeiro, é evidente que ao ingressar na organização criminosa o agente infiltrado terá que cometer crimes para que sua real identidade não seja descortinada. E, se é que é possível estabelecer parâmetros para tanto, qual será o limite imposto ao agente?

Ao comentar o veto trazido ao inciso I do artigo 2º da Lei n. 9.034/95, Luiz Flávio Gomes expôs o seguinte: “(...) *jamais seria possível autorizar o infiltrado a cometer crimes. (...) A lei, por seu turno, não pode admitir a não punição de qualquer crime que venha a ser praticado pelo infiltrado*”⁴¹⁰.

Há aqueles que apontam como possível controle o princípio da proporcionalidade:

*“Nada poderia justificar o sacrifício de uma vida em favor da infiltração do agente e este deverá utilizar de todas as suas habilidades para impedi-lo. (...) Seguindo o mesmo raciocínio com base no princípio da proporcionalidade, se um agente infiltrado estiver diante da situação em que tenha que admitir receber algum dinheiro, poderá aceitar para repassá-lo às autoridades na primeira oportunidade, acompanhado de relatório circunstanciado, para que seja devidamente apreendido e documentado. (...) Enfim, o agente infiltrado poderá até praticar condutas típicas (que não são crimes porquanto não são antijurídicas), desde que não atentem contra um direito constitucional sobrevalente”*⁴¹¹.

Entretanto parece assaz difícil, beirando as raias da impossibilidade, que o agente infiltrado tenha a oportunidade de agir sempre com essa possibilidade de sopesar valores para que diante da situação concreta possa agir proporcionalmente.

É claro que é possível admitir o entendimento de que, tecnicamente, embora praticado o fato típico pelo agente, a ilicitude restaria afastada, quebrando-se o conceito analítico de crime. Entretanto o problema dos limites a serem observados por ele é quase insolúvel.

A infiltração não pode gerar uma carta branca para que o agente pratique crimes de extrema gravidade como homicídio, extorsão mediante seqüestro... Até porque,

⁴¹⁰ Op. cit., p. 114.

⁴¹¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 112.

futuramente, quando o agente retomar sua vida social, sequelas irreparáveis poderão afetar seu psicológico.

Sem falar nos transtornos que poderão existir na vida familiar do agente infiltrado, na proteção que ele e sua família deverão receber, na necessidade de muitas vezes o sujeito ter que trocar por completo sua identidade, entre outras situações indesejadas.

Enfim, se por um lado a infiltração de agente é reconhecida como medida extremamente eficaz no combate ao crime organizado, por outro, há uma série de circunstâncias que muitas vezes podem não recomendar a adoção deste instrumento investigatório.

Seguindo no enfrentamento da Lei n. 9.034/95, o seu artigo 6º prevê, também, a figura da delação premiada, porém, com a simples possibilidade de redução de um a dois terços, desde que a colaboração leve ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria. Valem aqui as mesmas considerações feitas à delação premiada da Lei de Lavagem de Dinheiro.

Já no seu artigo 5º, a Lei n. 9.034/95, dispõe sobre a necessidade de se promover a identificação criminal de pessoas envolvidas com ações praticadas por organizações criminosas será efetivada ainda que o sujeito tenha identificação civil.

Embora o artigo 5º, inciso LVIII, determine que o civilmente identificado não seja submetido à identificação criminal, o próprio dispositivo admite que a lei estabeleça hipóteses em que a identificação criminal será obrigatória. Atualmente, a lei que disciplina a identificação criminal é a Lei 12.037, de 1º outubro de 2009.

Quanto à prisão cautelar e à liberdade provisória, os artigos 7º e 9º da Lei n. 9.034/95, vedam respectivamente a concessão da liberdade provisória aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa, e a apelação em liberdade.

Estas regras, porém, precisam ser interpretadas em consonância com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) e, portanto, é necessário que o juiz, no caso concreto, decida a respeito da necessidade da prisão cautelar observando os pressupostos e motivos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Claro que, caso o magistrado constate que se trata de atividade típica de organização criminosa, talvez não falte motivo para o decreto da medida cautelar coercitiva. Porém, faz-se necessário apontar quais são os reais motivos que, no caso concreto, impõem a prisão processual.

Por derradeiro, o artigo 10 da Lei n. 9.034/95, visando a um tratamento mais gravoso na fase de execução de pena, determina que aquele que for condenado por crime decorrente de organização criminosa deverá iniciar o cumprimento da pena em regime inicial fechado.

Evidentemente, que tanto a Lei de Lavagem de Dinheiro e a Lei de Crime Organizado trazem em seus textos, instrumentos e medidas que necessitam de uma profunda reflexão que considere as garantias processuais e os direitos individuais da pessoa humana.

Do mesmo modo, não se pode ignorar que o crime organizado e a lavagem de dinheiro, além de serem, muitas vezes, crimes transnacionais, ingressam, com seus perniciosos tentáculos, nas próprias estruturas estatais, como bem assinalou Hassemer:

*“não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção da legislatura, da Magistratura, do Ministério Público, da polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade”*⁴¹².

Portanto, o combate ao crime organizado requer instrumentos e meios próprios que levem em conta as peculiaridades dessa forma de criminalidade. Assim, a decretação de escuta telefônica, quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico e ações controladas, entre outras medidas, acabam sendo imprescindíveis na tarefa de tolher a atuação das organizações criminosas.

⁴¹² *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre, Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993, p. 85

4.7. A imprescindibilidade da dupla face do Direito Penal no modelo democrático de Estado

Em virtude de tudo o que foi exposto ao longo deste estudo, não há como conceber mais o Direito Penal apenas sob uma única ótica.

Faz-se necessário que seja adotada uma estrutura ambivalente, onde possam ser enfrentadas não só as infrações oriundas da criminalidade ordinária (como homicídio, furto, roubo, apropriação indébita, estelionato...), como, também, aquelas voltadas aos bens jurídicos difusos e coletivos, à criminalidade organizada, ao tráfico de drogas, à lavagem de dinheiro, à pedofilia e ao terrorismo.

O Direito Penal tradicional, embora com algumas deficiências que precisam ser corrigidas, é capaz de apresentar uma atuação satisfatória em face dos bens jurídicos naturais e tradicionais como a vida, a integridade física, a saúde, o patrimônio e a liberdade, dentre outros.

Entretanto para combater a criminalidade ligada aos bens jurídicos difusos e coletivos, ao crime organizado, ao tráfico de drogas, à lavagem de dinheiro, à pedofilia e ao terrorismo, as baterias do Direito Penal tradicional demonstram-se insuficientes. Para estes tipos de crimes é indispensável que o sistema jurídico-penal se aparelhe com ferramentas distintas que permitam um enfrentamento contundente por parte do Estado.

Apesar de grande parte da doutrina rechaçar completamente o discurso do Direito Penal do inimigo, quando se trata da tutela de bens jurídicos penais difusos – e coletivos - e do combate ao crime organizado, ao terrorismo, à lavagem de dinheiro, à pedofilia, a reflexão deve ser feita sob uma ótica diferenciada.

Assim, não há como desprezar por completo a aplicação de posturas defendidas dentro da linha do Direito Penal do inimigo, que vem sendo muito mal interpretado por considerável parcela da doutrina. Não tem cabimento discutir a implementação de medidas afetas ao Direito Penal do inimigo em relação à criminalidade tradicional.

Porém, do ponto de vista das criminalidades difusa e coletiva (ambiental, informática, econômica, tributária, genética), organizada, voltada à lavagem de capital, à pedofilia, ao tráfico de drogas etc., é perfeitamente válido, ainda que parcialmente, o discurso do Direito Penal do inimigo. Este não se presta ao combate da criminalidade de massa, mas, ao enfrentamento da criminalidade organizada.

Como já colocado, o maior equívoco que comumente se comete na avaliação do pensamento de Günther Jakobs é associar o Direito Penal do inimigo a um Direito Penal de feição nazista. Jakobs não defende a adoção de um direito nazista, muito pelo contrário, prega a salvaguarda de bens jurídicos transindividuais sem qualquer ofensa ao modelo democrático de Estado.

Assim sendo, e em absoluta coerência com o que foi desenvolvido ao longo dos capítulos 2 (dois) e 4 (quatro), a adoção de algumas posturas pregadas pelo Direito Penal do inimigo, para combater essa outra forma de criminalidade, de enorme danosidade social, deve ser uma realidade na reestruturação do Direito Penal, sob pena deste se tornar estéril ante a expansão e modernização da criminalidade.

O Direito Penal moderno precisa ser visto não só como instrumento de garantia de liberdade do cidadão, mas também como instrumento de segurança pública.

Como proposto anteriormente, as normas penais em branco, a antecipação da tutela penal para punir atos meramente preparatórios, os crimes de perigo abstrato, além da flexibilização de determinadas garantias individuais, são medidas que podem auxiliar e muito na tarefa de enfrentar adequadamente essas espécies criminosas.

Que fique bem claro que nosso Direito Penal, ao adotar essa postura, não deixará de ser garantista. Não há sentido em imaginar que dentro de um ambiente de Estado Democrático de Direito possa existir um direito penal e um processo penal onde não sejam preservadas as garantias inerentes ao acusado. O que se apregoa é que determinadas garantias precisam ser pensadas de forma diferenciada em relação a determinados tipos de atividades criminosas.

Dessa feita e em síntese conclusiva, deve ficar definitivamente registrado que este duplo aspecto do Direito Penal, ao qual foi dedicada a maioria das palavras escritas neste trabalho, é o caminho que se afigura como mais indicado para dotar o Direito Penal dos institutos necessários para enfrentar de modo assaz eficiente não só a criminalidade tradicional, como também a criminalidade organizada e aquela voltada aos bens e interesses metaindividuais.

Se o Direito Penal precisa evoluir a ponto de alcançar uma tutela efetiva dos bens jurídicos penais difusos e enfrentar suficientemente o crime organizado, essa parece ser a leitura adequada.

CONCLUSÕES

1. O Estado Democrático de Direito deve garantir a democracia nos planos formal e material (ou substancial), reduzindo as desigualdades sociais e econômicas, com a consequente proteção das minorias, para promover um equilíbrio no desenvolvimento social e coletivo, efetivando, assim, a justiça social.

2. Para atingir seus desideratos, o Estado Democrático de Direito deve primar pela proteção das liberdades públicas, pela salvaguarda das garantias individuais, aceitando as diversidades e promovendo o pluralismo, a tolerância e o bem estar de todos, para a construção de uma sociedade, livre, justa e solidária.

3. Há uma relação de profunda conexão entre o Direito Penal e a Constituição Federal, devendo, pois, o bem jurídico penal ser apreciado em conformidade com os valores e princípios estabelecidos na Constituição, a qual funcionará como limite e fundamento do Direito Penal.

4. Os bens jurídicos penais difusos e coletivos devem receber uma tutela penal diferenciada daquela fornecida aos bens jurídicos individuais. Para tanto, é imprescindível uma reestruturação do Direito Penal. Tipos penais abertos, normas penais em branco, antecipação da tutela penal e crimes de perigo abstrato, instrumentos completamente rechaçados no plano da tutela de bens individuais e tradicionais, podem ser muito eficazes na prevenção e combate dos crimes contra os bens jurídicos penais transindividuais.

5. Essa tutela extraordinária justifica-se em função: 1) da magnitude dos bens jurídicos penais difusos e coletivos, que estão intimamente ligados à realização de outros bens e valores fundamentais como dignidade da pessoa humana, vida, saúde...; 2) da impotência do Direito Penal tradicional na salvaguarda de tais bens.

6. A Constituição de 1988, seguindo os passos de outras Constituições, estabeleceu mandados de criminalização expressos. No Brasil, essas ordens constitucionais expressas de criminalização referem-se ao racismo; à tortura; ao tráfico de drogas; ao terrorismo; aos crimes hediondos; à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; à retenção dolosa do salário dos

trabalhadores; às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente; e ao abuso, à violência e à exploração sexual de criança ou adolescente.

7. A função dos mandados de criminalização é delimitar os espaços, mínimo e máximo, onde o legislador ordinário deve atuar. Acabam, dessa forma, vinculando o legislador penal, impondo-lhe a obrigação de atuar e promover a tutela satisfatória de determinados bens jurídicos.

8. Os artigos 1º e 3º da Constituição Federal indicam quais são os fundamentos dos mandados de criminalização no ordenamento jurídico nacional. Nesse contexto, para se aferir a existência da ordem constitucional de criminalização é necessário que o bem ou interesse jurídico decorra dos fundamentos ou objetivos da República Federativa do Brasil.

9. Para eleição dos mandados de criminalização, melhor adotar o critério de justiça social, do que apenas os direitos fundamentais, pois, isso propiciará uma leitura mais ampla, possibilitando o reconhecimento dos mandados implícitos de criminalização.

10. No que tange aos mandados de criminalização explícitos, constata-se que nem todos vêm sendo cumpridos de maneira suficiente pelo legislador infraconstitucional, o que demonstra a falta de cautela na construção do nosso sistema punitivo.

11. Há como defender a existência de mandados de criminalização implícitos no nosso Texto Constitucional em relação à corrupção eleitoral, levando-se em conta que tal prática corrói as estruturas do Estado Democrático de Direito.

12. Não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer instrumento capaz de combater a inércia do legislador no cumprimento dos mandados de criminalização.

13. O princípio da dignidade da pessoa humano traduz o mais importante valor do nosso sistema jurídico, devendo, pois, ser interpretado como nossa norma fundamental. Assim, todas as demais normas jurídicas deverão respeitar em primeiro lugar a dignidade humana, sob pena de invalidade.

14. O princípio da proporcionalidade na esfera penal impõe não apenas a proibição do excesso, mas também a vedação da proteção insuficiente. Dessa forma, é necessário

um tratamento mais brando em relação a determinadas condutas criminosas, assim como outras devem ser retiradas do campo normativo penal. No entanto, há certas condutas delituosas que exigem um recrudescimento da norma penal.

15. O Direito Penal como “*ultima ratio*” deve ser uma realidade dentro de um Estado Democrático de Direito, mas, somente no que concerne à tutela de bens jurídicos tradicionais e individuais. Princípios como intervenção mínima, lesividade e insignificância devem ser vistos com certa cautela, pois não devem operar em relação a determinadas espécies de criminalidade.

16. Para enfrentar o crime organizado, o tráfico de drogas, a lavagem de dinheiro, a pedofilia, o terrorismo e a criminalidade difusa e coletiva, o Direito Penal deve ser visto como “*prima ratio*”, adotando medidas mais contundentes como as já apontadas na conclusão de número 4. Em relação a estes tipos de crimes, a flexibilização de determinadas garantias não pode ser descartada.

17. O Direito Penal do inimigo deve ser analisado não sob a ótica da tutela de bens individuais, mas sim em relação à proteção de bens jurídicos difusos e coletivos, bem como no combate à criminalidade organizada.

18. Este aspecto ambivalente do Direito Penal é inevitável para enfrentar adequadamente a expansão e a modernização da criminalidade.

19. O fato do Brasil ser um Estado Democrático de Direito não impede que o Direito Penal, a depender da espécie de crime, siga caminhos diferenciados.

20. O Direito Penal moderno deve ser visto, simultaneamente, como instrumento de garantia e de segurança pública, e para que isso aconteça é preciso que haja uma bifurcação, adotando-se, assim, duas linhas de trabalho distintas, a depender do bem ou interesse violado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *Princípio da Confiança no Direito Penal. Uma Introdução ao Estudo do Sujeito em Face da Teoria da Imputação Objetiva Funcional*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 10ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

AZEVEDO, Luiz Marcello Moreira de. *Montesquieu e o Princípio da Separação dos Poderes*. Revista da Universidade Católica de São Paulo, vol. XXXVI, janeiro-junho de 1969, fascs. 69-70.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil. Pré-constitucionalismo. O Estado. Constituição. Arts. 1º a 4º*. São Paulo, Saraiva, 1988.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro, Revan, 2007.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal. Versão Portuguesa do Original Italiano Diritto Penale (Parte Generale)*. Campinas, Red Livros, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 15ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010, v. 1.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984.

_____. *Liberalismo e Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo, Editora Brasiliense, 1988.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília, Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1999.

BONESANA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. 2ª ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. Textos Fundamentais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal – Fundamentos Para um Sistema Penal Democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*. 3ª ed., Bogotá, Temis, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra, Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *La Crisi della Lege. In: Discorsi Intorno al Diritto*. Padova, Cedam, 1953.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Teoria do Estado*. 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

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

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 9ª ed. Revista e Atualizada. São Paulo, Saraiva, 2008.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto, Universidade Católica Portuguesa, Editora Porto, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. São Paulo, Saraiva, 1987.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Norma Penais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

FLÓREZ-VALDES, Joaquim Arces y. *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*. Madrid, 1990.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, Forense, 1977.

FRANCISCO, José Carlos. *Bloco de Constitucionalidade e Recepção dos Tratados Internacionais*. In: *Reforma do Judiciário*. André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (Coord.). São Paulo, Método, 2005.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4ª ed. São Paulo, Max Limonad, s/d, v. I, Tomo I.

GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Drogas Comentada*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

_____.; CERVINI, Raúl. *Crime Organizado. Enfoques Criminológico, Jurídico (Lei n. 9.034/95) e político-criminal*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Coleção Fórum de Direitos Fundamentais. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2007.

GRACIA MARTÍN, Luis. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 4ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada Lei 11.343/2006*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. da 2ª ed. alemã, por Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

_____. Winfried. *Segurança Pública no Estado de Direito*. In: *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXI, nov., 1994.

_____. *Três Temas de Direito Penal*. Porto Alegre, Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo, Martin Claret, 2004.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 2ª ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 1953, v. V.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Trad. André Luis Callegari. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

_____; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*. 2ª ed. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Bauru, Manole, 2005.

LANZONI, Augusto. *Iniciação às Ideologias Políticas*. São Paulo, Ícone, 1986.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª ed. Trad. Luis Jimenez de Asua. Madrid, Editorial Reus S.A., 1999, t. II.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo, Martin Claret, 2006.

LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2003.

MACFARLANE, L.J. *Teoria Política Moderna*. Coleção Pensamento Político, n. 35. Trad. de Jório Dauster M. e Silva. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos – Conceito e Legitimação para Agir*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. 3ª ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. Textos Fundamentais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000.

MARTINS, Leonardo. *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org. Leonardo Martins. Trad. Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Geraldes Ferreira. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. São Paulo, Martin Claret, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 19ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado. Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2009.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente – Doutrina, Jurisprudência, Glossário*. 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Especial*. 24ª ed. São Paulo, Atlas, 2006, v II.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad. direta do original de Gabriela de Andrada Dias Barbosa, São Paulo, Edições e Publicações Brasil Editora, 1960, 1v.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo. A Terceira Velocidade do Direito Penal*. Curitiba, Juruá, 2008.

MUNÕZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo – Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo*. Trad. 4ª ed. Paulo César Busato. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Individualização da Pena*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PECES-BARBA, Gregorio. *Los Valores Superiores*. Madrid, Tecnos, 1986.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito: Uma Abordagem a partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Reforma do Judiciário e Direitos Humanos*. In: *Reforma do Judiciário*. André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (Coord.). São Paulo, Método, 2005.

_____. *A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. In: *Temas de Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo, Max Limonad, 2003.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo, Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Direito Penal Ambiental*. 1ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Crimes Contra o Ambiente*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social. Discurso Sobre a Economia Política*. 7ª ed. Trad. Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo, Hemus Editora, 1994.

ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Barcelona, Bosch, 1972.

_____. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid, Civitas, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Perspectivas (re) legitimadoras*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2004.

_____. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo, Malheiros Editores, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual. Interesses Difusos*. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, v. 3.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela Penal do Meio Ambiente*. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2004.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana. Contributo Para a Compreensão dos Bens Jurídicos Supra-individuais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

STRAYER, Joseph R. *As Origens Medievais do Estado Moderno*. Trad. Carlos da Veiga Ferreira. Lisboa, Gradiva, 1969.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1992.

TAVARES, André; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário*. São Paulo, Método, 2005.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.