

ICP

Instituto de Ciências Penais

REVISTA DO ICP

VOLUME 3

ISSN 1809-192X

Copyright Instituto de Ciências Penais

Direitos desta edição reservados ao ICP – Instituto de Ciências Penais

Avenida Raja Gabaglia, 1492. sala 204, Gutierrez, Belo Horizonte-MG

Telefone: 3344-7891

Email: fale@icp.org.br

Website: WWW.icp.org.br

Todos os direitos reservados. A reprodução não autorizada desta publicação , no todo ou em parte, constitui violação do copyright (Lei nº 5988).

Os conceitos e artigos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores convidados.

Produção, Coordenação Editorial e Revisão dos originais: Instituto de Ciências Penais

Penais, Instituto de Ciências – 1ª ed , Belo Horizonte: 2010

Editor: Instituto de Ciências Penais – ICP

139 p. – Volume 3 (Revista do Instituto de Ciências Penais)

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

- 1) **Considerações gerais sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica e algumas implicações na teoria geral do delito**
Luciano Santos Lopes
- 2) **Comentários sobre a nova lei 12.015, de 7 de maio de 2009**
André Myssior
- 3) **Lei antidrogas: liberdade provisória e substituição da pena privativa de liberdade: vedação legal prevista no art. 44 da lei n. 11.343/06. Visão concretista, principiológica e constitucionalista do direito**
Guilherme Tinti de Paiva
- 4) **Do crime de quebra de sigilo bancário**
Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça
- 5) **Crime político no estado democrático de direito: o nocrim a partir de Hannah Arendt**
Gustavo Pamplona
- 6) **Uma visão constitucional-garantista do princípio da insignificância como excludente de tipicidade penal**
Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis
- 7) **Federalização dos crimes graves contra os direitos humanos**
Marcela Queiroz Carvalhais e Camila Grissi Pimenta
- 8) **A ofensa aos princípios constitucionais garantidores nos crimes econômicos de perigo**
Daniela Villani Bonaccorsi
- 9) **A teoria do garantismo penal e a constituição da república - Um estudo sobre a legitimidade da tutela penal estatal**
André Pedrolli Serretti

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E ALGUMAS IMPLICAÇÕES NA TEORIA GERAL DO DELITO.

Luciano Santos Lopes

Mestre e Doutorando em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG; Professor da Faculdade de Direito Milton Campos (graduação e pós-graduação); Advogado criminalista.

I - Nota introdutória: a relevância da discussão.

Analisar uma opção político-criminal do legislador sempre requer cautela. O momento da produção da norma tem uma lógica de racionalidade que, não raro, distancia-se das interpretações dogmáticas e jurisprudenciais realizadas posteriormente.

O intérprete do Direito está condicionado a verificar critérios de legitimidade e de validade a partir da lei positivada. Ocorre que há uma análise, igualmente importante e extremamente mais problemática, que consiste em tentar desvendar os motivos da elaboração legislativa. Há um conteúdo de racionalidade em cada lei que é produzida.¹

A doutrina também incumbe este papel: tentar decifrar a racionalidade legislativa, desvendando a lógica operativa das vontades político-criminais. Dupla é a função da dogmática: fornecer valores que fundamentem as políticas públicas punitivas e, igualmente, interpretar a ordem expressa na normatização já produzida.

Este é o objetivo do ensaio: tentar compreender, e questionar, os argumentos dogmáticos utilizados na responsabilização penal da pessoa jurídica.

Quer-se, também, compreender o conteúdo do artigo 225, § 3º, da Constituição da República. Não é pacífica a idéia de que a norma constitucional ordenou a responsabilidade penal do ente moral. Todavia, a lei 9.605/98 posteriormente trouxe a tipificação de crimes contra o meio-ambiente e imputou censura penal à pessoa jurídica.

¹ A racionalidade legislativa é a "capacidade para manter com um setor da realidade social uma interação que se corresponde, que é coerente, com os dados que constituem essa realidade e que conhecemos. Além disso, como com a legislação penal nos movemos no campo do controle social jurídico sancionador, poderíamos precisar mais dizendo que, para esses efeitos, é a capacidade para elaborar, no âmbito desse controle social, uma decisão legislativa que atenda a dados relevantes da realidade social e jurídica sobre os quais ela incide." (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais; teoria e prática*, p. 91/92.)

Não se pretende realizar mera exegese de lei. Isto não se traduz em estudo dogmático.² Quer-se investigar o surgimento de uma concepção político-criminal que interessa à dogmática jurídico-penal há mais de 40 anos.³

Tal estudo é complexo e interdisciplinar. Não há como, neste ensaio, esgotá-lo. A idéia é apresentar iniciais reflexões dogmáticas sobre as implicações desta concepção punitiva junto às categorias da teoria do delito. Como a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade se encaixariam neste modelo político-criminal? Qual o critério de imputação necessário para se adotar a responsabilidade penal da pessoa jurídica?

Contudo, salienta-se que este trabalho é crítico quanto à adoção da responsabilidade penal dos entes morais. Não se concebe ruptura tão intensa na tradicional teoria do crime.

II - Antecedentes históricos e a atual legislação brasileira.

Desde a antiguidade, houve alguma preocupação teórica com a idéia da pessoa moral. Na Roma antiga⁴, em princípio, não se reconheceu a responsabilidade das Corporações. Foi um período histórico bastante pragmático, sem muitas abstrações.

Todavia, houve embrião de punição das pessoas jurídicas, distinguindo-se direitos de pessoas físicas e das Corporações. Ulpiano (Digestos)⁵ afirmou que algumas atuações do Município autorizavam a sua responsabilização (*actio de dolo malo*).

No período dos Glosadores (idade média), as Corporações adquiriram força econômica e política. A ação coletiva das pessoas físicas era a ação das Corporações, que eram punidas civil e criminalmente.⁶ Contudo, ainda não havia a noção teórica atual de pessoa jurídica. Exatamente no Direito Canônico é que se iniciou a elaboração deste conceito moderno⁷, mas ainda como ficção jurídica.

Adiante, para os pós-glosadores (final do séc. XIII), igualmente existia apenas a noção ficcional da pessoa jurídica. Todavia, admitia-se a responsabilidade penal delas. Eram imputados os crimes impróprios, que se realizavam por intermédio do representante, e os crimes próprios, que compreendiam ações relacionadas intimamente com a atividade e a essência das pessoas jurídicas (as pessoas coletivas é que responderiam por estes crimes).⁸

No Iluminismo, momento em que começaram a ser sistematizadas as atuais garantias individuais perante o Estado, houve rejeição à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Tal concepção era incompatível com a nova noção de liberdade experimentada pelos indivíduos.⁹ Houve esvaziamento do poder atribuído às Corporações, bem como se adotou o modelo humanístico de intervenção punitiva.¹⁰

² O método técnico-jurídico, de Rocco, forneceu objeto próprio ao estudo do Direito Penal: as normas jurídico-penais. As etapas do seu modelo são as seguintes: *exegese*, *dogmática* e *crítica*. Na fase da dogmática, contudo, é que se une as normas analisadas individualmente e se formam institutos jurídicos, distribuídos pela importância da compreensão do sistema. Nessa etapa tem-se a verdadeira ciência do Direito Penal (ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, p. 19 e ss.).

³ "Aunque el tema no es novedoso, se puede constatar que sólo há sido tratado con cierta intensidad desde hace aproximadamente cuarenta años. Si bien aquí no es posible una comprobación exacta, parece que su desarrollo se vincula con la tendencia a introducir una regulación de las ilicitudes de ciertas materias económicas en las legislaciones europeas de post-guerra (sobre todo em matéria fiscal y em Derecho de monopolios)". (BACIGALUPO, Enrique. La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho europeo. *In Derecho penal económico*, p. 65.)

⁴ SILVA, Guilherme José Ferreira da. *Incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 14.

⁵ SILVA, Guilherme José Ferreira da. *Incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 15.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. *In GOMES, Luiz Flávio (coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*, p. 54.

⁷ SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 27.

⁸ SILVA, Guilherme José Ferreira da. *Incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 21.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. *In GOMES, Luiz Flávio (coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*, p. 56/57.

¹⁰ Conforme JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal - parte geral*, p. 85.

Este Direito Penal liberal rechaçou, desde então, a punição criminal às pessoas jurídicas.¹¹ Vários foram os argumentos de resistência: a noção de culpabilidade (responsabilidade subjetiva e pessoal), a impossibilidade das categorias do delito comportarem esta estrutura punitiva, a intranscendência da pena, entre outros motivos.

Atualmente, tal concepção tem sido questionada. Diante de uma sociedade de novos riscos¹², e de complexas tutelas de bens jurídicos supra-individuais, recomeça-se a sustentar a responsabilidade penal da pessoa coletiva. Essa concepção político-criminal, mesmo longe de ser unanimidade, ganha adeptos rapidamente.

Em resumo, este é o momento atual da discussão teórica: entender se o Direito Penal consegue ajustar suas categorias dogmáticas a esta responsabilidade penal da pessoa jurídica. O problema é simples: consegue-se ultrapassar o Direito Penal, liberal e de matriz minimalista, para a adoção de tal modelo punitivo? A resposta não é simples.

Três correntes tentam responder esta questão¹³: responsabilização penal da pessoa jurídica (*common law* e países que receberam suas influências, neste tema: França, Suíça); rejeição à pessoa coletiva criminosa (Europa continental); punição da pessoa jurídica criminosa em um Direito Administrativo sancionador, com sanções pecuniárias sem caráter de pena e sem análise da culpabilidade (Alemanha, Portugal, entre outros países). No Brasil, existem menções à responsabilização penal da pessoa jurídica na Constituição Federal, especificamente nos artigos 173, § 5º¹⁴, e 225, § 3º.¹⁵

Autores que são favoráveis a tal punição afirmam que a Constituição admitiu este modelo político-criminal. É o entendimento, por exemplo, de Sanctis:

O legislador constitucional, atento às novas e complexas formas de manifestações sociais, mormente no que toca à criminalidade praticada sob o escudo das pessoas jurídicas, foi ao encontro da tendência universal de responsabilização criminal. Previu, nos dispositivos citados, a responsabilidade penal dos entes coletivos nos delitos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, bem como contra o meio ambiente.¹⁶

O autor sugere, ainda, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não deve ser aplicada somente nas hipóteses previstas constitucionalmente (artigos 173, § 5º, e 225, § 3º). Ele entende que a censura penal, determinada pelas leis infraconstitucionais, pode atingir as pessoas coletivas em situações criminosas diversas daquelas ligadas ao meio ambiente e à ordem econômica. A Constituição Federal apenas teria determinado um modelo novo de punição, exemplificando-o em

¹¹ “Durante o século XIX foi consagrado o princípio do *societas delinquere non potest*. A liberação do indivíduo ante as relações autoritárias levou a ciência a afastar qualquer possibilidade de responsabilidade coletiva.” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual; interesses difusos*, p. 193.)

¹² Para Silveira, o retorno a essa discussão se deu no final da primeira grande guerra mundial. Nesse momento ocorreu, ainda que timidamente, o surgimento das sociedades de riscos pós-industriais (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual; interesses difusos*, p. 194.)

¹³ Tiedemann divide de forma diferente: *responsabilidad civil*, subsidiária, pelos delitos cometidos; *medidas de seguridad; sanciones administrativas (financieras y otras)*, em um regime “quase penal”; *verdadera responsabilidad criminal* (hoje presente em diversos países europeus, na Austrália, Estados Unidos, Japão, entre outros); *medidas mixtas* (de caráter penal, administrativo e civil), como proposta alemã. (TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado*. In GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*, p. 28.)

¹⁴ Art. 173 § 5º, CF: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

¹⁵ Art. 225 § 3º, CF: “As 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.”

¹⁶ SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 64.

algumas situações selecionadas, o que não implica em vedação à aplicação em outras tutelas penais.
17

Saliente-se que a hermenêutica constitucional confere legitimidade aos seus preceitos (princípios e regras) exatamente por serem mecanismos protetores dos direitos fundamentais. Por isso, não se pode interpretar a Constituição apenas com as regras tradicionais da hermenêutica jurídica (interpretação lógica, teleológica, literal, sistemática, ou outras normalmente apresentadas). Esta é a posição de Sampaio:

Em matéria constitucional, discute-se a suficiência ou não desses métodos 'tradicionais' de hermenêutica jurídica, havendo quem defenda a redução das técnicas àquelas fórmulas apresentadas por Savigny e a uma preocupação com a letra da norma e o seu significado original, no sentido do originalismo antes estudado; enquanto outros, de forma dominante, sob uma compreensão mais larga que parte da 'constituição' como lei fundamental ou como contrato da sociedade, conforme a perspectiva, têm procurado acrescentar outros critérios, reclamados pela peculiaridade da hermenêutica constitucional, como os chamados 'princípios' da unidade constitucional, da maior integração social, da maior eficácia ou otimização constitucional (de sua força normativa), da razoabilidade, da ponderação, concordância prática ou balanceamento dos interesses em conflito e da interpretação conforme a Constituição.¹⁸

Os valores que a Constituição visa proteger devem ser apreciados de acordo com o projeto político-jurídico que determinada sociedade planeja. O concretismo interpretativo entende que a hermenêutica da Constituição tem que partir da verificação do plano pragmático de aplicação da norma a ser interpretada. O sentido pleno da norma constitucional somente será fornecido quando sua leitura considerar a realidade em que vive o intérprete e a situação fática que ele visa compreender normativamente. Deve haver a preocupação com a historicidade e a funcionalidade dos valores jurídicos tutelados. O método concretista de interpretação da Constituição tem as seguintes características:

(i) a consideração da norma como elemento primário do processo interpretativo; (ii) a mediação (captação/obtenção) do conteúdo (significado/sentido/intenção) semântico do texto constitucional, como tarefa primeira da hermenêutica jurídico-constitucional e, ainda, (iii) independentemente do sentido que se der ao elemento literal (gramatical/filológico), o processo concretizador da norma da Constituição começa com a atribuição de um significado aos enunciados lingüísticos do texto constitucional.¹⁹

Ainda, é preciso entender que existem princípios conflitantes na Constituição. Melhor, há situações fáticas que podem fazer conflitar dois ou mais princípios.

Os princípios podem ser mensurados quanto à aplicabilidade ao caso específico (qual deles deve prevalecer), sem que nenhum deles perca a vigência ou mesmo a legitimidade no ordenamento jurídico. Os conflitos entre os princípios constitucionais são resolvidos com a proporcionalidade, no plano do peso, e não de suas validades.²⁰

¹⁷ SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 64/65.

¹⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, p. 784.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 222/223.

²⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*, p. 248.

A proporcionalidade é um postulado normativo específico²¹ e se compõe de três conceitos parciais: idoneidade/adequação, necessidade e proporcionalidade (sentido estrito).²² Somente para esclarecimento metodológico, adota-se aqui a diferenciação proposta por Ávila, no que se refere aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. Significa que “a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como faz o postulado da proporcionalidade.”²³ Não se descarta a utilidade do postulado da razoabilidade. Somente se argumenta que, no caso específico de resolução de conflito horizontal de princípios constitucionais, melhor se encaixa a utilização da proporcionalidade.²⁴

Contudo, ressalta-se que a verificação de conflitos concretos no plano da norma constitucional não é capaz de romper com a idéia de unidade axiológica da Constituição. Os princípios devem ser compreendidos e interpretados. A idéia é de que “os princípios limitadores impostos ao sistema, derivados da prévia decisão política indicativa de sua função, não apenas são inacabadas em sua elaboração como também abertos em seu enunciado.”²⁵

Assim, realizando-se interpretação adequada da ordem constitucional, percebe-se a existência de impedimentos à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Princípios constitucionais, fundantes da ordem jurídico-penal pátria, determinam tal proibição.²⁶

Existe conflito entre as regras pretensamente ensejadoras da responsabilidade penal da pessoa jurídica (arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, CF) e os princípios anunciados, todos constitucionais. Há que ponderar valores e efetivar decisão defensiva dos direitos fundamentais, objeto da tutela constitucional. Certo é que resta impossível afirmar pela responsabilidade das pessoas coletivas sem agredir aos referidos princípios.

Ademais, nem mesmo a literalidade dos artigos 173, § 5º, e 225, § 3º, CF, é incontroversa. A interpretação deles deve ser feita em conjunto com o artigo 5º da mesma CF. Com Reale Jr., tem-se o seguinte entendimento: “o artigo 225, § 3º, (...), deve ser interpretado no sentido de que as

²¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*; da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 148 e ss.

²² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*; da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 152 e ss.

Por idoneidade (ou adequação) entende-se a percepção da intenção da norma escolhida diante do conflito. Deve-se concluir da seguinte forma, quando se entender haver idoneidade na citada escolha: há possibilidade de alcançar a tutela do bem jurídico protegido pela norma escolhida através da escolha feita entre dois ou mais valores em conflito. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 152 e ss.)

O conceito de necessidade é determinado pela verificação de que o ser humano deve ser tomado como parâmetro imprescindível quando for necessário conflitar valores no sentido de retirar a sua liberdade individual, de qualquer forma e maneira. Em outros termos, somente se coloca em conflito os valores, com a intenção de decidir pela perda da liberdade individual, quando a proteção de bens jurídicos for tão importante quanto a própria liberdade individual. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 158 e ss.)

Por fim, determina-se o conceito de proporcionalidade no sentido estrito. A medida da tutela punitiva deve ser proporcionalmente equivalente à ofensa ao valor protegido. Assim, somente se resolve o conflito de forma a cercar a liberdade individual quando o bem jurídico-penal protegido for proporcionalmente equiparado à liberdade retirada. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 160 e ss.)

Alexy também conceitua estas três categorias (que denomina de *três máximas parciais* em relação à *máxima da proporcionalidade*) (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 588 e ss.).

²³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*; da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 146.

²⁴ A razoabilidade é outro ponto de segurança da hermenêutica constitucional. Partindo do caso concreto, o legislador deve escolher a norma que mais se adequa ao juízo valorativo que se faz da situação fática. Faz-se uma análise de harmonização do sistema jurídico sem, contudo, conflitar horizontalmente os princípios. Assim: *O princípio da razoabilidade se apresenta como um critério não escrito de aferição da correção constitucional do legislador, segundo uma multiplicidade de pautas que nos dão conta da impossibilidade de reunirmos todos os seus aspectos sob um único conceito, a menos que nos contentássemos com a fórmula singela e abstrata de uma máxima que impõe a toda conduta humana o uso de boas razões.* (SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, p. 800.)

²⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl et. al. *Direito penal brasileiro I*, p. 200.

²⁶ Culpabilidade, responsabilidade penal individual, individualização das penas, intervenção mínima, etc.

*peças físicas ou jurídicas sujeitam-se respectivamente a sanções penais e administrativas.*²⁷ Quanto ao artigo 173, § 5º, CF, menos certeza existe, posto que a expressão *criminal* não consta da redação do mesmo (foi retirada, durante a votação em primeiro turno do referido artigo constante do texto constitucional de 1988).

Todavia, mesmo com as advertências de um inconstitucional simbolismo punitivo, a responsabilidade penal das pessoas coletivas foi legislada nos crimes ambientais. A Lei 9.605/98, que tipifica tais crimes, prevê isso expressamente no seu artigo 3º.

III - As teorias da personalidade da pessoa jurídica: da ficção e da realidade.

Faz-se necessário fundamentar as teorias da personalidade jurídica das pessoas coletivas: ficção e realidade. A primeira (*teoria da ficção*), fundamentou, no séc. XIX, a noção de pessoa jurídica. Para Savigny, cada direito supõe um ser ao qual ele pertence.²⁸ Era clara a idéia de que somente o ser humano pode ser capaz de direitos. Todavia, o legislador aceitou a ficção jurídica, que é a pessoa coletiva, para dotá-la de obrigações e direitos, devendo ser representada pelo ser humano. Seria o meio jurídico para realizar interesse geral.

Para esta corrente teórica, a vontade da pessoa jurídica pode ter efeitos no Direito Civil ou Administrativo, nunca no Direito Penal. Este último ramo depende da subjetividade do agente, característica inexistente na pessoa coletiva.

A teoria da ficção foi criticada por não exprimir a realidade das coisas. Não parece o caso. Efetivamente, os entes coletivos não possuem vontade real, ou consciência dos atos. São criações ficcionais da norma legislada, não devendo ser ontologicamente concebidas.

De outra forma, a *teoria da realidade* admite que a pessoa jurídica tenha existência distinta dos indivíduos que a compõem, caracterizada por fins específicos (Gierke e Zitelmann).²⁹ Sustentou-se a real existência delas (orgânica), como exigência para elas serem portadoras de direitos. Era uma a vontade real coletiva.

Algumas variantes da teoria da realidade merecem destaque.³⁰ Houve sustentação de *critérios biológicos* na verificação da real existência dos entes coletivos. A comparação era entre o homem e o conjunto de órgãos e sistemas do corpo humano. Concluiu-se que havia na pessoa jurídica inteligência e vontade própria. O *critério fisiológico* não trabalha com a idéia do corpo humano, mas com a constatação da criação de um novo ser, a partir da associação de homens, com vontade una e diferente das individuais. A *teoria sociológica* entende que a pessoa jurídica tem existência objetiva, possuindo bases na teoria da realidade social.

Ainda como variantes da teoria da realidade, existem as teorias da *instituição*³¹, afirmando que a personalidade jurídica é um atributo que a ordem jurídica confere a determinados entes coletivos. Por fim, a concepção da *realidade técnica* determina que a idéia da vontade comum se coloca no plano jurídico.³² É uma realidade criada pelo Direito, naquilo que não restar exclusivamente atribuído à existência natural humana.

²⁷ REALE Jr., Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. In: PRADO, Luiz Régis (coord.). *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 138.

²⁸ SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 07.

Antes da teoria da ficção, de Savigny, existiram algumas aproximações conceituais, que fundamentaram de forma provisória a responsabilização da pessoa coletiva criminosa. Cita-se o exemplo da *La Ordenanza*, de 1670, que fez conviver uma teoria ficcional da pessoa jurídica com a sua responsabilidade penal. Conclui-se que estas duas idéias contraditórias somente se harmonizaram em face da ausência da noção do individualismo no Direito Penal. Quando o liberalismo/iluminismo trouxe esta noção, imediatamente abandonou-se a idéia do "delito corporativo". (SILVA, Guilherme José Ferreira da. *Incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 33.)

²⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 113-114.

³⁰ Apresentadas por Sanctis (SANCTIS, Fausto Martin. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 9).

³¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 114.

³² SILVA, Guilherme José Ferreira da. *Incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 37.

Percebe-se que, nestas duas últimas variantes da teoria da realidade, o argumento é normativo: realidade criada pelo Direito. Todavia, toda normatização é valoração da realidade, e não a realidade em si mesma. Parece óbvia a conclusão de que se voltou a uma teoria ficcional, com outra denominação e outros referenciais teóricos.

Conforme o artigo 4º do Código Civil pátrio, a pessoa natural adquire a personalidade civil quando nasce com vida (lhe é reconhecida a personalidade jurídica). À pessoa jurídica, contudo, é atribuída a personalidade civil no momento em que são registrados seus contratos, estatutos ou atos constitutivos nos órgãos adequados (não há mero reconhecimento, como à pessoa física. Ao contrário, há constituição).

Assim, aquilo que ao ser humano é reconhecido de forma inata (personalidade e seus direitos e deveres inerentes), às pessoas jurídicas deve ser constituído. E isso se deve ao fato de que são entes com diferentes potencialidades para direitos e deveres.

IV - Implicações dogmáticas, na teoria do delito, oriundas da responsabilização penal da pessoa jurídica.

A tradicional concepção analítica de crime começou a ser formulada de forma sistemática a partir do final século XIX: fato típico³³, ilícito e culpável. Tal momento, como antes se anunciou, foi marcado pela adoção de responsabilização penal exclusivamente direcionada ao ser humano. Significa afirmar que as categorias dogmáticas não foram originariamente elaboradas para comportar a punição da pessoa coletiva. Esta é a tradição do Direito Penal.

Entretanto, a opção legislativa pela responsabilização penal da pessoa jurídica é realidade em parte considerável dos ordenamentos jurídicos. Assim, houve necessária reformulação dogmática, para as categorias do delito comportarem tal modelo punitivo.

Qual o sistema de imputação deve ser adotado, para autorizar a responsabilidade penal da pessoa jurídica? Ao responder esta pergunta, igualmente deverão ser apresentadas as implicações desta intervenção punitiva nas demais categorias do delito.

Repete-se, por oportuno, que a apresentação de doutrinas que adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica não significa apoio a esta idéia.

4.1 – A adoção de um novo sistema de imputação.

A primeira escolha que deve ser feita é a da manutenção, ou da desconstrução, da tradicional dogmática penal.³⁴ Se a idéia for utilizar a dogmática do Direito Penal tradicional, algumas adaptações deverão ser feitas, para as teorias do delito e da pena admitirem a responsabilidade da pessoa coletiva. Não parece viável tal escolha.

Ao contrário, se um novo modelo dogmático for construído, tal responsabilização poderia ser admitida normativamente, fazendo surgir um Direito Penal afastado de suas origens humanísticas. Neste caso, uma nova concepção de imputação deve ser construída. Esta opção reúne mais adeptos atualmente.

³³ Coloca-se, como marco histórico inicial, o sistema causalista de Lisz-Beling, porquanto antes deste período ainda não existia conceituação dogmática do tipo penal, da forma como atualmente se utiliza o conceito. Beling, em 1906, apresentou à doutrina penal a expressão *Tatbestand*, concebendo o crime, seus elementos e os pressupostos de punibilidade. (VON BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal*; la doctrina del delito-tipo, p. 76 e ss.). Inicia-se, ali, o estudo do tipo penal como categoria autônoma da teoria do delito.

³⁴ “A opção política do constituinte deve se sustentar em construção dogmática bem definida. Tal construção teórica é indispensável para, nos casos concretos, orientar o operador do direito na aplicação prática dos dispositivos que estabelecem a responsabilidade penal responsabilidade (sic). No momento, é possível vislumbrar três opções teóricas para sustentar a responsabilidade. A primeira se utiliza da teoria do delito tradicional e trabalha a noção de autoria do crime para a pessoa jurídica. A segunda apresenta o desafio de construir-se uma nova teoria do delito que seja compatível com a natureza especial da pessoa jurídica, o último caminho possível a seguir impõe utilizar as noções de responsabilidade pelo fato de outrem cunhadas para o direito civil para fundamentar a responsabilidade penal da pessoa jurídica.” (GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 31.)

Galvão sustenta a inviabilidade de o modelo tradicional de imputação autorizar a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Tal concepção foi construída visando às pessoas físicas. Todavia, ele admite que o legislador (lei 9.605/98) não fundamentou a censura penal com a criação de uma nova teoria do delito.³⁵

Assim, o citado autor adota a responsabilidade penal da pessoa jurídica de forma condicionada à intervenção subjetiva do autor material da conduta punível. No Direito Penal, como os tipos se referem a condutas humanas (não às atividades da empresa), a responsabilidade da pessoa jurídica somente pode ser indireta.

Galvão usa mecanismos cíveis de imputação, utilizando a teoria da responsabilidade civil por ato de terceiro (pessoa jurídica responde por ato de seu representante): “No âmbito do direito civil já é consolidada a construção dogmática que sustenta a possibilidade da responsabilidade da pessoa jurídica, por fato praticado pela pessoa física que age (sic) em seu nome e benefício.”³⁶ Trata-se da culpa civil. Com esse argumento, não se resolve uma série de problemas de imputação. Por exemplo, não se verifica culpa em todas as situações de responsabilidade indireta pelo fato de outrem.³⁷ Assim, ele complementa o argumento com a responsabilidade objetiva (teoria do risco), que difere totalmente da teoria subjetiva da culpa e é normalmente usada na responsabilização dos atos danosos causados pelo Poder Público.³⁸

Em que pese o rigor dogmático de tal teorização, é de se constatar que a posição de Galvão traz um retrocesso complicado. Indiretamente, admite-se a volta de uma responsabilidade objetiva como mecanismo de imputação de responsabilidade penal.

Assim, merecem destaque as outras tentativas de delimitação da imputação, para a determinação de responsabilidade penal da pessoa coletiva. Duas serão analisadas, em especial. Foram elaboradas, respectivamente, por Silvina Bacigalupo e David Baigún.

A primeira dessas construções, de Silvina Bacigalupo, sustenta a existência de um sistema de imputação baseado no funcionalismo penal (sistêmico). Tratou-se de trazer ao Direito Penal os ensinamentos do funcionalismo sistêmico de Luhmann.³⁹

A autora entende ser necessária a re-construção do conceito de sujeito no Direito Penal, para a admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Partindo da premissa de que Welzel iniciou a transposição do conceito do sujeito formalmente ético (sem, contudo, afastar a

³⁵ GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 45.

³⁶ GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 57.

³⁷ “Considerando a pessoa jurídica isoladamente, os critérios para sua responsabilidade são objetivos. No entanto, a pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de pessoa física e a análise da conduta dessa possui sempre aspectos de natureza subjetiva.” (GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 70.)

³⁸ Na responsabilidade objetiva do Estado, desaparece a necessidade de demonstração de culpa do servidor na sua ação/omissão. Tal modelo decorre da atuação da Administração e vincula-se à própria noção de Estado de Direito (finalidade de fornecer bem-estar social). Assim, não se admite causar dano aos indivíduos, pela ação desastrosa do Estado, independente de sua culpa.

Dessa idéia surge a teoria do risco: a Administração assume o risco de que a sua atuação pode causar prejuízo. Basta determinar a autoria e o nexos causal para a sua responsabilização, independente de culpa. Somente não se indeniza ao indivíduo/vítima se este agiu com culpa (concorrente ou exclusiva), salvo se houver adoção da teoria do risco integral (pouco admitida na doutrina).

³⁹ BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 360/362.

Assim, em LUHMANN: “concebir a la propia sociedad como un sistema social diferenciado presupone una teoría general de los sistemas sociales que pueda vérselas no sólo con el sistema comprensivo de la sociedad como un todo, sino también con otros sistemas sociales, como la interacción cara a cara, o las organizaciones.” (LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: *No hay derecho*, n. 11, p. 29. Apud MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela corte de justiça européia. In: *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*, p. 247.)

responsabilidade penal exclusiva dos seres humanos), ela utiliza os estudos de Jakobs, para justificar tal responsabilidade penal.⁴⁰

Para a autora, o sujeito é construído pelas necessidades sociais de elaboração de expectativas e papéis. O Direito seria, nesta perspectiva, um subsistema, que deve ser regulador do sistema social. As instituições têm fins a que se destinam. Por isso, pode-se afirmar que a sociedade é funcional (daí o nome da teoria).

Nessa normatização absolutizada do Direito Penal, a política criminal que orienta os valores do Sistema Penal está teleologicamente voltada à proteção do Estado, que é considerado o regrador confiável do sistema social. E cada "ator social" tem um papel que lhe pertence, na harmonização dos subsistemas sociais. Cabe, ao Direito Penal, orientado a este fim normativo, regular as expectativas, de forma a demonstrar a confiança necessária no sistema social. Afasta-se o ontologismo finalista.

Se necessário, portanto, deve existir orientação político-criminal no sentido de conformar a dogmática à responsabilidade penal da pessoa jurídica, com a finalidade de proteção desta confiança nas expectativas sociais (para que ela não fique abalada com o crime). Cria-se, então, um sistema de imputação, de cunho funcional.

O instrumento teórico utilizado pelo funcionalismo, para obter êxito na seara da imputação de condutas às pessoas jurídicas, é a imputação objetiva, que é sistematizada para trabalhar questões de causalidade no tipo penal objetivo. Imputa-se objetivamente uma conduta a alguém quando o autor da ação/omissão cria um perigo juridicamente desaprovado pelo ordenamento jurídico, que se materialize em um resultado lesivo.⁴¹

⁴⁰ A teoria de Roxin, para Silvina Bacigalupo, apesar de ultrapassar o ontologismo finalista, não consegue oferecer sistema adequado de imputação às pessoas jurídicas. O modelo de ação pessoal, dele, ainda é dirigido às manifestações de vontade humanas: "*pues ni su nuevo concepto de acción, como acción personal, ni su Idea de culpabilidad orientada en La prevención especial permiten abarcar a la persona jurídica, ya que continúan siendo conceptos orientados estrictamente em el modelo de una persona física.*" (BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 88.)

Roxin determina um modelo pessoal de comportamento humano: "*En primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro animico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal ('somática') del hombre, o 'del ámbito material, vital y animal del ser', sin estar sometidos al control del 'yo', de la instancia conductora animico-espiritual del ser humano.*" (ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 252.)

Preocupado com a excessiva abstração do finalismo, Roxin propõe uma dogmática penal funcionalista, orientada por concepções político-criminais, de forma a não restar distante da realidade. Ele pensa o sistema jurídico-penal de forma teleológico-racional, respeitando limites de atuação do bem jurídico na construção da tutela punitiva. (ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, p. 20.)

Jakobs é mais radical em sua proposta funcionalista, rompendo totalmente com o finalismo ao afirmar que não existem conceitos pré-jurídicos na ordem penal. Todos os conceitos são construídos em função do sistema. O autor, além de rejeitar as estruturas lógico-reais na construção do Direito Penal, propõe soluções em sentido contrário, normatizando toda a dogmática. A norma se legitima em si mesma, e desta forma fundamenta o ordenamento jurídico. (JAKOBS, Günther. *Derecho penal*; parte general - Fundamentos y teoría de la imputación, p. 47 e ss.) O autor constrói as categorias do Direito Penal, orientando-as pelas necessidades de manutenção do sistema social, sem se preocupar com a tutela de bens jurídicos. Visa confirmar a confiança na norma violada, que permanece intacta.

⁴¹ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*, p. 24 e ss.

O autor coloca como elementos da imputação objetiva: as questões referentes ao princípio da confiança; o incremento do risco; a proibição de regresso; e a competência (capacidade) da vítima.

Para Jakobs, incumbe à "*teoria da imputação objetiva fornecer o instrumental conceitual com base no qual a sociedade interpreta o comportamento de determinada pessoa e o entende como comportamento delitivo, questionador da norma.*" (GRECO, Luiz, fazendo a introdução do livro de ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 122.)

Roxin acrescenta a idéia do fim protetivo da norma – que Jakobs trata dentro da questão do incremento do risco –, que hoje ele mesmo denomina 'alcance do tipo'. Trata-se de terceiro plano de discussão, sendo que os outros dois seriam o incremento do risco e a realização do resultado. (ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 352 e ss.)

Com esses argumentos, conclui Silvina Bacigalupo, estar-se-á constituído um novo sujeito no Direito Penal, autorizador da imputação penal às pessoas coletivas.⁴²

Por fim, há a teoria de David Baigún, sobre a possibilidade de imputação penal de condutas às pessoas jurídicas. Ele criou um sistema específico⁴³, sem identificar a vontade da empresa, com base na ação institucional e na responsabilidade social.

Baigún aceita uma ação institucional empresarial, executável pela pessoa jurídica (através das pessoas físicas), em termos diferentes da ação naturalística dos seres humanos. Faz-se, posteriormente, uma dicotomia entre a culpa individual e outra coletiva. As pessoas físicas, que representam o ente coletivo, apenas executam a decisão institucional.

A imputação à pessoa jurídica se faz presente através da ação institucional⁴⁴, indiretamente executada pela pessoa física que representa a vontade daquela. Com tais fundamentos, percebe-se, com o autor, que o componente individual da decisão (da pessoa física) não se separa da decisão coletiva. Ao contrário, é vetor de integração. Ele afirma que a vontade coletiva é capaz de querer e de cometer crimes.

4.2 - Alterações necessárias na teoria do crime: tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Além da alteração paradigmática quanto ao sistema de imputação, sustenta-se que a teoria geral do delito deve adaptar suas categorias para a hipotética admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Tipicidade, ilicitude e culpabilidade devem ser revisitadas dogmáticamente, no sentido de comportarem tais novidades.

No âmbito da *tipicidade*, é de se perceber que o conceito se dirige claramente às condutas do ser humano. Tipo significa modelo, forma de classificação. No Direito Penal, é um modelo abstrato, que configura uma representação genérica contida em lei de um comportamento humano proibido⁴⁵ e que ofenda a bens jurídicos protegidos.⁴⁶

A dogmática penal, desde o causalismo de Lizst e Beling, construiu o conceito destinado a regulamentar as condutas humanas. Ressalte-se que o tipo penal desenvolve funções bem definidas pela teoria do crime. Uma primeira função seria a de garantia, afirmando que o agente somente poderá ser punido se e quando cometer uma daquelas condutas proibidas por lei ou, ainda, deixar de praticar aqueles mandamentos também impostos legalmente. Desse princípio decorre a segurança jurídica, corolário do princípio da legalidade. Nesse sentido, Roxin definiu o conceito que retrata bem o princípio da legalidade: o "tipo de garantia".⁴⁷ Na verdade, não há um tipo de garantia, somente existindo uma função de garantia no tipo penal, resultado da verificação do princípio constitucional da legalidade.⁴⁸

Outras funções seriam as de selecionar as condutas proibidas ou impostas pela lei penal, e de relacionar os valores ali identificados com a ilicitude (*ratio essendi* ou *ratio cognoscendi*, conforme a teoria a ser adotada).

Todavia, a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica trouxe à dogmática penal a necessidade de recriação do conceito de tipicidade. Explica-se. A pessoa jurídica não tem capacidade de ação. Isto é fato incontroverso.

⁴² BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 364.

⁴³ As categorias do delito, como previstas na dogmática penal tradicional, não comportam imputação às pessoas jurídicas. Assim, o autor pretende adaptá-las, sem rechaçá-las, para a tal necessidade político-criminal. (Baigún, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ensayo de un nuevo modelo teórico*, p. 27 e ss.)

⁴⁴ Baigún, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ensayo de un nuevo modelo teórico*, p. 41.

⁴⁵ Assim, por todos, ver esse conceito em Vargas (VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 19 e ss.).

⁴⁶ Conforme determinam as modernas teorias sobre a tipicidade (GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. *Direito penal*; V. 2, parte geral, p. 236 e ss.)

⁴⁷ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal; tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, p. 170.

⁴⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*; a nova parte geral, p. 156.

Mais que isso, a ação deve ser uma atividade final⁴⁹ e o ser humano deve conseguir prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta. A ação penalmente relevante se compõe de um comportamento exterior, que é a execução da conduta. Contudo, integra também esse conceito o comportamento psicológico, traduzido pela vontade dirigida a uma finalidade, que pressupõe a representação mental dos meios, fins e de outras consequências. A vontade é, pois, o eixo central do conceito de ação. Assim, o dolo (como expressão mais aperfeiçoada da vontade) é o elemento subjetivo por excelência do tipo penal. Pressupõe conhecimento do fato e vontade de realizar a conduta.⁵⁰

Somente um ser humano pode realizar as condutas que se traduzam nas ações penalmente relevantes, identificando-as e conduzindo-se pela vontade e pela consciência. Somente ele pode antecipar mentalmente a ação que irá praticar.

Assim, a doutrina tradicional tem dificuldades em adequar a tipicidade à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Todavia, os adeptos dessa idéia solucionaram este problema dogmático: elaboraram o conceito de ação institucional.⁵¹

A vontade coletiva seria, desta forma, capaz de querer e de cometer crimes. O ser humano elabora e executa a decisão institucional/coletiva. Essa ação institucional passaria sempre pela prática de conduta material, a ser executada por pessoa física. Haveria, sempre, responsabilidade por ato de terceiro.

Outra advertência ainda deve ser feita, quanto à tipicidade. O legislador sempre descreveu condutas humanas, ao elaborar normas proibitivas/mandamentais. Como a pessoa jurídica não tem capacidade de realizá-las (veja-se o conceito de ação institucional), um novo modelo de descrição de atividades típicas deveria ser pensado.

Por fim, ainda no tipo penal, um último problema deve ser solucionado para a adoção da responsabilidade penal das pessoas coletivas: a questão do nexo de causalidade. A solução é apresentada de forma simples: acresce-se à teoria da *conditio sine qua non* a idéia da imputação objetiva, que surge com o funcionalismo para trabalhar questões de causalidade no tipo objetivo. É, por exemplo, a proposta de Silvina Bacigalupo, como já foi exposto.

Imputa-se objetivamente uma conduta a alguém quando o autor da ação/omissão cria perigo juridicamente desaprovado pela ordem jurídica, que se materialize em resultado lesivo.

Todas as atividades humanas contêm riscos. Alguns são aceitos socialmente e, conseqüentemente, pelo ordenamento jurídico. Todavia, existe limite a esse risco. Quando uma pessoa ultrapassa o risco permitido, com sua ação ou omissão, há a criação de uma situação juridicamente desaprovada. Se ocorre o resultado jurídico, e a questão está inclusa nos fins protetivos da norma, verifica-se a imputação objetiva.

No que se liga à *ilicitude*, também há o que se modificar para a adoção da responsabilidade penal às pessoas jurídicas, segundo os adeptos dessa teoria. Basicamente, e por motivos muito parecidos com aqueles elencados na discussão sobre a tipicidade, na *ilicitude* deve-se retirar o elemento subjetivo das causas de justificação.

Tal estratégia dogmática se faz necessária, de acordo com Baigún⁵², em virtude da ausência naturalística de consciência e vontade da pessoa jurídica. Assim, não seria possível condicionar a

⁴⁹ Mesmo que não se adote o finalismo em todas as suas premissas (algumas já revisitadas por doutrinas mais atuais e menos ontologizadas), é conceito interessante, que merece ser analisado com atenção, este da *atividade finalisticamente dirigida*. (WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal*, p. 27 e ss.)

⁵⁰ "em la actualidad, gracias al finalismo, se prefiere un concepto más restringido de dolo, que se entiende como 'dolo natural'. Según el finalismo ortodoxo, el dolo incluye únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto, y no requiere que se advierta que dicha realización es antijurídica (no incluye la conciencia de la antijuridicidad)." (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte especial, p. 261.)

⁵¹ A ação institucional, tal como sistematizada por David Baigún, apresenta três alicerces: a regulação normativa, a organização e o interesse econômico. (Baigún, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ensayo de un nuevo modelo teórico*, p. 41 e ss.) Nela, se verifica, inclusive, dolo e culpa. (p. 79 e ss.)

⁵² Baigún, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 116 e ss.

existência de uma excludente de ilicitude à manifestação de vontade de execução de um tipo permissivo por parte da pessoa coletiva.

É de se ressaltar que tal idéia não representa propriamente uma novidade, posto que já está presente na obra de alguns autores que, ainda no Direito Penal tradicional, adotam a idéia de inexistência de elementos subjetivos nas excludentes de ilicitude.⁵³

Contudo, também há outra estratégia argumentativa, que consiste em transferir a verificação do elemento subjetivo somente para o executor material da ação institucional que constitui o tipo permissivo da excludente de ilicitude. Assim, seria na conduta humana, executora da vontade institucional, que haveria constatação das vontades permissivas (excludentes de ilicitude). O problema é que essa concepção tiraria a autonomia de vontade institucional, que surge como centro reitor da discussão em questão. Não convence a idéia.

Por fim, para viabilizar a censura penal às pessoas coletivas, faz-se necessário apresentar o que se altera na *culpabilidade*. Basicamente, deve existir uma culpa coletiva paralela à culpa individual dos executores materiais das condutas proibidas, de natureza ética. Aquela primeira seria fundada igualmente na necessidade de reprovação, mas com essência mais pragmática. Já esta última tem fundamento na imputabilidade, na liberdade individual do ser humano e na capacidade deste se portar conforme a norma. É, a culpa individual, natural.

Quanto à culpa coletiva, ela teria fundamento na necessidade de maior intervenção estatal para prevenir o crime.⁵⁴ Esse modelo de culpabilidade parece ter sido construído com as bases epistemológicas do funcionalismo penal. Nítidamente se percebe que a idéia da prevenção geral positiva aparece nessa fundamentação de culpabilidade.⁵⁵

Esta dicotomia explícita a existência de duas realidades que se condicionam reciprocamente. Os teóricos que sustentam tal teoria entendem que se deve fornecer autonomia à culpabilidade individual e à coletiva, enquanto disciplinas de relevo e que podem ter aplicações paralelas, por ocasião da adoção desse modelo de punição. Esse sistema dicotômico pode ser chamado de modelo de dupla imputação.⁵⁶

Os autores afirmam que a pessoa jurídica é capaz de vontade e, portanto, de escolhas, através da ação institucional. Vontade, esta, que se dissocia das vontades dos seus integrantes e cria independência. É pragmática, deslocando a discussão do problema da vontade individual para o plano metafísico. Por isso o sistema de dupla imputação se justifica, enquanto modelo determinador de culpa concomitante para as pessoas físicas e coletivas.

⁵³ Alguns autores sustentam esta tese, mesmo rechaçando a responsabilidade penal da pessoa jurídica. É o caso, por exemplo, de Zaffaroni/Alagia/Slokar: "*Cuando se construye el concepto de antijuridicidad como juicio que verifica que un precepto permissivo confirma la vigencia de un ámbito de licitud o libertad, la exigencia de cualquier elemento subjetivo en la justificación aparece como totalmente innecesaria e incluso aberrante en un estado de derecho: nadie tiene por qué conocer en qué circunstancias actúa cuando está ejerciendo un derecho, pues el ejercicio de los derechos no depende de que el titular sepa o no sepa lo que está haciendo.*" (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 469.)

⁵⁴ Assim explica Shecaira (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 83/84). Baigún tem proposta um pouco diversa. Para ele, há a substituição do conceito de culpabilidade coletiva pelo de responsabilidade social, baseado na atribuíbilidade e exigibilidade de outra conduta. Trata-se da autorização valorativa de reprovação à pessoa jurídica que praticou o injusto penal (ato típico e ilícito). (Baigún, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ensayo de un nuevo modelo teórico*, p. 132 e ss.)

⁵⁵ Embora não sejam objetos desse estudo as implicações que a responsabilidade penal da pessoa jurídica traz para a teoria da pena, é inevitável constatar que as suas teorias fundamentadoras interferem de forma direta na concepção de culpabilidade adotada por determinado modelo teórico.

Assim, ao realizar a transposição da noção de culpabilidade individual para um modelo coletivo (exigível à pessoa jurídica), faz-se uma clara opção pela adoção do fundamento funcionalista sistêmico da prevenção geral positiva (teoria da pena), como mecanismo dogmático de legitimação da responsabilidade penal para essa situação.

⁵⁶ Tal como preceitua o art. 3º da lei 9.605/98, "*a prática de um delito pela empresa, ao mesmo tempo em que determina a necessidade de sua punição, gera, também, a possibilidade de sancionar a pessoa física que se relaciona com o fato delituoso, sem que se possa falar em bis in idem.*" (SILVA, Guilherme José Ferreira da. *Incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 132/133.)

Assim, afirma-se que a dicotomia entre culpa individual e coletiva se liga à noção de ação institucional, com natureza qualitativamente diversa da ação humana.

V – Limitações dogmáticas, na teoria do delito, impeditivas da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Não bastasse a desaprovação de determinados setores político-criminais, quanto à responsabilização penal das pessoas jurídicas, existem reprovações também de ordem dogmática, dentro da teoria geral do delito. As alterações na concepção dogmática do crime⁵⁷, para admitir a censura à pessoa coletiva, não são recomendáveis. Tais mudanças agridem uma ordem teórica construída de forma adequada e co-relacionada com teorias filosófico-jurídicas fortemente estruturadas em torno dos fundamentos e das funções essenciais do Direito Penal de tradição humanística e garantista.

O primeiro aspecto dogmático a ser analisado, no sentido crítico, relaciona-se à *incapacidade de ação* por parte das pessoas coletivas. Tal impossibilidade decorre da falta de capacidade natural de ação finalisticamente dirigida, pela pessoa jurídica.

A ação penalmente relevante se compõe do comportamento exterior, que é a execução da conduta, e do comportamento psicológico, que é a vontade dirigida a um fim. Pressupõe a representação mental dos meios, fins e outras consequências. Vontade e consciência são conceitos centrais desse conceito.

Certo é que, sem vontade, não há ação. E o dolo é a representação, por excelência, da vontade (elemento subjetivo) expressa no tipo penal.⁵⁸ Pressupõe conhecimento do fato e vontade de realizar a conduta. Sem a delimitação do dolo, não há como definir a ação/omissão penalmente relevante executada pela pessoa jurídica.

A ação institucional, que fundamenta a responsabilidade penal da pessoa coletiva, altera toda essa estrutura dogmática apresentada. Assim o faz, normatizando de forma absoluta tal conceito, retirando todo o ontologismo do conceito de ação.

A utilização dos institutos do funcionalismo penal (extraídos da versão extremada e sistêmica de Jakobs), como mecanismos reguladores do critério de imputação de condutas às pessoas coletivas, é prova desse caminho teórico seguido pela doutrina favorável à responsabilização da pessoa jurídica.⁵⁹ Retirou-se totalmente a verificação naturalística das finalidades na ação. Normatizou-se totalmente a dogmática penal das pessoas coletivas.

Não se trata, como pode parecer, de ratificar o ontologismo finalista, sem reparos. Todavia, rechaçá-lo totalmente, normatizando absolutamente o ordenamento apenas por necessidades punitivas simbólicas, é erro dogmático inescusável.

Adiante na crítica. O conceito de ação institucional é tão deficitário em seus termos, que a sua execução material só pode ser realizada pelo ser humano. Ou seja, toda ação institucional da pessoa jurídica somente pode ser materializada por uma pessoa física. Isso porque, pode-se atestar, somente o ser humano tem consciência de seus atos. Somente ele pode antecipar mentalmente a

⁵⁷ Tais alterações foram descritas no capítulo 4, anterior.

Ressalte-se que outras desaprovações, quanto a tal responsabilidade penal, surgem, igualmente, na teoria da pena. Contudo, não é objetivo deste ensaio ultrapassar as discussões para além da teoria do delito. Somente a título de ilustração, são algumas das análises feitas no campo do estudo da pena: quando se aplica a pena a uma pessoa jurídica, ela vai ultrapassar a esta personalidade coletiva, atingindo aos sócios minoritários, empregados e todas as pessoas que se colocaram contra a atividade delituosa; a pessoa jurídica, como não tem consciência, por não ter existência natural, não pode se arrepender, ressocializar-se ou se intimidar; entre outras implicações.

⁵⁸ Sem o esquecimento dos demais elementos subjetivos do injusto.

⁵⁹ Tal como fez Silvina Bacigalupo. Os autores que apresentam outras justificativas teóricas (como Galvão e Baigún, antes apresentados nesse ensaio) também utilizam, ao menos indiretamente, uma argumentação fundamentalmente normatizada. Veja-se a questão da teoria do risco, que Galvão usa para substituir a imputação subjetiva. Ainda, veja-se a resposta de Baigún à ausência de capacidade de culpabilidade naturalística, que ele substitui por outra culpa, agora coletiva. Por fim, veja-se a adoção das finalidades gerais positivas que a pena teria nesses casos (Baigún).

ação. Desconhecer isto é praticar um Direito Penal de responsabilidade objetiva. Tal proposta não merece aceitação.

Nesse sentido, até a questão do concurso de pessoas fica complicada de ser analisada. São requisitos desse conceito: pluralidade de agentes e de condutas; relevância causal de cada conduta; liame subjetivo entre os agentes; e identidade de infração penal.

Como se percebe, o vínculo subjetivo entre os co-autores é requisito que tem importância impar para a configuração do concurso de pessoas. É a vontade da obra comum. Todavia, este vínculo não é verificável entre seres humanos e entes morais.

O simples conhecimento da ação delituitosa não configura o vínculo psicológico, se o conhecedor não quis tomar parte do crime. Esta pessoa não será punida, a menos que a sua convivência constitua, por si mesma, proibição.⁶⁰ A vontade de concorrer no crime deve ser anterior, ou contemporânea, à realização do mesmo. Com Cerezo Mir:

Estamos ante la coautoría, em cambio, cuando varias personas, entre las que existe um acuerdo de voluntades para la ejecución del hecho, realizan cada una de ellas alùn elementos del tipo. El acuerdo de voluntades puede ser anterior o simultâneo, expreso o tácito.⁶¹

Salvo por imposição normativa de uma ficção, é impossível constatar o vínculo subjetivo entre um ser humano que tenha consciência de seus atos (com todas as conseqüências que essa consciência implica) e um ente que não tem tal capacidade de compreensão e de ação naturalística (capacidade de vontade e consciência).

Pelo exposto, não convence o conceito de ação institucional. Ali, a única vontade, com a posterior execução material da ação, é do ser humano. Tal vontade se transforma em pseudo-intenção da pessoa coletiva, por uma imposição simbólica totalmente normatizante da vontade humana.

Igualmente, no âmbito da *ilicitude*, outros problemas surgem na teoria da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Resumindo o conceito de *ilicitude*, devem-se verificar basicamente dois momentos. Primeiro, constata-se a existência de uma conduta voluntária na origem, positiva ou negativa, antagônica ao comando normativo (fazer o que é vedado ou não fazer o que está obrigado). Depois, verificam-se as possíveis conseqüências danosas ao meio social, oriundas dessa mesma conduta, ponderando-se a partir dos bens jurídicos tutelados.⁶² Percebe-se a adoção de um conceito unitário de *ilicitude* que, superando a concepção meramente formal, acresce-lhe materialidade e valora o injusto com a verificação da ofensa a bem jurídico-penal protegido.

Para a corrente subjetivista, surgida a partir da teoria finalista, a *ilicitude* não pode ser compreendida sem referência ao desrespeito subjetivo ao comando emitido pela norma. Tal concepção tem como característica o respeito à compreensão dos aspectos valorativos e imperativos como complementares, não podendo ser compreendidos separadamente. A norma não valora nem comanda de forma separada.

Para os autores que ultrapassaram o causalismo, resta impraticável a idéia do injusto sem subjetivação. Isto é incontroverso. Assim, para a maioria deles, não se pode pensar no tipo permissivo sem verificação da vontade do agente, seja no Direito Penal tradicional, ou nas inovações dogmáticas proporcionadas pela responsabilidade penal da pessoa jurídica. Com Figueiredo Dias:

Doutrinariamente afastada pode hoje dizer-se a idéia segundo a qual os tipos justificadores operariam em pura objectividade, independentemente, portanto, da exigência de quaisquer elementos subjetivos. (...) A verdadeira

⁶⁰ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*, t. 2, p. 251.

⁶¹ CEREZO MIR, José. *Derecho penal*; parte general, p. 1094.

⁶² TOLEDO, Francisco de Assis. *Principios básicos de direito penal*, p. 163.

razão por que se impôs a exigência de elementos subjectivos da justificação reside em que os elementos objectivos do tipo justificador só apresentam virtualidade para excluir o desvalor do resultado, enquanto os elementos subjectivos servem para caracterizar, por excelência, a falta do desvalor da acção. (...). Por isso, elementos subjectivos da justificação devem considerar-se essenciais à exclusão da ilicitude.⁶³

Zaffaroni, Alagia e Slokar, todavia, usam argumentação diferente, separando os comandos imperativos e valorativos da norma penal. E, mais que isto, eles separam os momentos legislativos e judicantes na apreciação da proibição da conduta.⁶⁴ Os autores aceitam o injusto finalista, subjetivado. Todavia, na ilicitude verificam uma inicial valoração subjetiva na fase pré-legislativa e uma análise concreta objetiva. Acertadamente, eles concordam que a valoração da proibição antecede a elaboração do tipo penal. Há a constatação valorativa da ilicitude, de forma a somente tipificar condutas que sejam abstratamente manifestações das intenções do agente no sentido da execução de condutas proibidas (e que causem ofensa aos bens jurídicos protegidos).

Em resumo, na ilicitude igualmente há problemas sérios a serem resolvidos na teoria que admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Por fim, resta mencionar a incapacidade de *culpabilidade* por parte das pessoas coletivas. É inconcebível a criação de uma culpa paralela à culpa individual. Não convence o argumento de que, por ser questionável o livre arbítrio individual, seria possível a existência da culpa coletiva. O fato de a culpa naturalística ser contestada não autoriza a criação desta outra. Antes, um modelo crítico de culpa individual deve ser pensado.⁶⁵

⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*; parte geral, tomo I, p. 392/393.

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, 468.

Veja-se, também, Maurach e Zipf: "*Que el derecho manda es algo evidente; pero no existe orden alguna que surja de una situación sin un presupuesto. Si el ordenamiento jurídico ordena hacer una cosa y dejar de hacer otra, es porque antes ha examinado el valor de la acción y reconocido que una es buena y la otra mala. En este sentido se habla de una función de valoración y de determinación del derecho y entre éstas no cabe poner en duda que la preeminencia temporal y lógica corresponde a la primera.*" (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 419.)

⁶⁵ Roxin critica o tradicional conceito de culpabilidade: "*El concepto de culpabilidad como fundamento de la retribución es insuficiente y debe ser abandonado, pero el concepto de culpabilidad como principio limitador de la pena debe seguir manteniéndose y puede fundamentarse también teóricamente en esta segunda función.*" (ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, p. 43.)

Figueiredo Dias também censura as concepções trabalham de forma metafísica os conceitos de livre arbítrio e poder-agir-de-outro-modo: "*A primeira e mais radical dificuldade provém de que, nesta perspectiva, o 'poder de agir de outra maneira', em que se traduz a liberdade consubstancial ao conceito material de culpa, há-de ser comprovável não apenas na vertente teórica de saber se em geral um tal poder existe, mas também na vertente prática de saber quando e em que medida se depara com ele, como capacidade real de uma pessoa individual, na situação concreta de acção.*" (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*; parte geral, tomo I, p. 516.)

Propõe, o referido autor, um modelo funcional de culpabilidade, nos seguintes termos (evidentemente diverso daquele proposto por Jakobs): "*Ficou já dito que, em nossa opinião, se a culpa jurídico-penal se encontra inevitavelmente funcionalizada ao sistema, na medida em que quer cumprir uma função político-criminal primária de limitação do intervencionismo estatal em nome de uma defesa consistente da eminente dignidade da pessoa, justamente por esta via ela tem de participar, segundo o seu conteúdo, de uma violação ética, como violação pela pessoa do dever originário e essencial de realização e desenvolvimento do ser-livre (do dela e do de todos os outros).*" (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*; parte geral, tomo I, p. 514.)

Sem apresentar a inteireza do seu pensamento (bem mais complexo), conclui o autor: "*culpa é ter que responder pelas qualidades pessoais – juridicamente censuráveis – que se exprimem no concreto ilícito típico e o fundamentam.*" (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*; parte geral, tomo I, p. 528.)

O Direito Penal não parte de tese absolutamente indeterminista de um livre arbítrio total.⁶⁶ Todavia, o ser humano tem responsabilidade pelo conhecimento do sentido da norma e tem capacidade de se portar de acordo com este conhecimento (com liberdade de escolha).

Culpabilidade é o elemento do crime que determina a censura ao autor, responsável, de um fato injusto que tomou uma decisão em desconformidade com o sentido (com livre autodeterminação). Trata-se de verificar se uma pessoa pode agir de outro modo, diante do conhecimento do ilícito.

E, como já se sustentou, somente a pessoa natural pode ter conhecimento do caráter ilícito de uma conduta, podendo agir de outro modo. A capacidade de conhecer e de se portar de acordo com este conhecimento é inexistente na pessoa jurídica.

Esses elementos do tradicional conceito de culpabilidade são procedimentos cognitivos absolutamente incompatíveis com a natureza constitutiva das pessoas coletivas. E a criação da culpabilidade coletiva (ou, para Baigún, responsabilidade social) não corrige as impossibilidades de capacitação de juízo de censura às pessoas coletivas. Apenas constata a situação e determina que essa responsabilidade se dará por critérios pragmáticos de necessidade de maior intervenção estatal para prevenir o crime.

Novamente, percebe-se a evidente aproximação desse modelo com o funcionalismo de Jakobs. A sua concepção de culpabilidade parte de uma compreensão funcionalista do direito e da sociedade. Atuando apenas como limite da pena (que é instrumento para estabilizar ordem jurídica, que está abalada pela conduta do agente), essa culpabilidade não tem conteúdo material. É absolutamente baseada na normatização da proteção estatal contra o crime. Há um descrédito total na concepção naturalística de culpabilidade e livre arbítrio, afastando-se da idéia de responsabilização do autor do fato pela sua capacidade de compreensão do caráter proibitivo das normas e de condução pelo sentido.⁶⁷

Tal concepção de culpabilidade (de Jakobs) reflete apenas as necessidades estatais de punição (manutenção do sistema). Ainda, identifica a motivação contrária ao Direito, que autoriza a censura, pelo déficit na fidelidade às normas estatais que determinam as expectativas sociais.

Oportunas, então, são as palavras críticas de Figueiredo Dias⁶⁸: "(...) retirar todo o substrato ao conceito de culpa, transformando-o em 'puro juízo de censura', é solução que furta ao conceito o cumprimento da função que deve desempenhar no sistema e fora do qual ele perde seu carácter irrenunciável e sem alternativa."

Ao que parece, a culpabilidade coletiva proposta às pessoas jurídicas cumpriria esse mesmo papel funcionalista, simbólico e normativo, a se julgar pelas propostas dogmáticas apresentadas pelos autores que defendem a tal concepção político-criminal.

⁶⁶ "La culpabilidad se entiende como un juicio personalizado que le reprocha al autor su injusto, considerando el ámbito de auto-determinación con que actuó. De ello se sigue que el principio de que a nadie puede cargársele con un injusto si no há sido resultado de su libre determinación y que no puede hacérsele en medida que supere su ámbito de autodeterminación, sea un mínimo requisito de racionalidad.

Esta cuestión no se vincula al concepto idealista o romántico de libre albedrío, entendido como ficción según la cual todos los humanos son igualmente libres. En tal caso la culpabilidad resultaría innecesaria porque para ser todos igualmente libres en cualquier circunstancia, sería necesario que fuésemos iguales e inmutables. Precisamente por tener diferentes ámbitos de autodeterminación se hace necesario precisar cuál fue el que, en concreto, tuvo la persona en el momento de realizar el acto, teniendo en cuenta sus condiciones personales generales, la modificaciones que sufría en esa coyuntura y las circunstancias en que se hallaba en concreto.

Ademas, si sobre la base de una antropología romántica se admitiese la libertad de decisión como absoluta, ilimitada e incondicionada, se caería en la paradoja de permitir en cualquier caso concluir, con facilidad, en la responsabilidad tanto como en la irresponsabilidad. Un ser absolutamente libre puede ser considerado absolutamente responsable, pero también debe reconocérsele la posibilidad de destruirse y rehacerse en forma igualmente absoluta, o sea, de suprimir su identidad y construir permanentemente outra." (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general p. 508.)

⁶⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho penal*; parte general - Fundamentos y teoría de la imputación, p. 575 e ss.

⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*; parte geral, tomo I, p. 513.

Certo é que o conceito de culpabilidade deve significar um limite à intervenção punitiva, evitando seus abusos. Não o contrário.

Assim, e em conclusão, também no campo da culpabilidade existem sérios problemas para a configuração de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica.

VI – Nota conclusiva: o afastamento da seara penal e a adoção do Direito Administrativo sancionador.

A atual discussão doutrinária acerca dos limites e fundamentos da tutela penal guarda contornos interessantes. Ao passo que há a opção por uma melhor compreensão e respeito aos direitos fundamentais, verifica-se um movimento expansionista da tutela punitiva, nem sempre respeitosa à fundamentação constitucional que lhe é conferida.

O final do século XX destacou definitivamente uma forma de poderio econômico: a globalização. Trata-se de uma dominação plena e irreversível, com a legitimação de uma nova ordem mundial. O mercantilismo e colonialismo dos séculos XV e XVI cederam à revolução industrial e ao neocolonialismo dos séculos XVIII e XIX, que por sua vez desembocaram na revolução tecnológica e na globalização dos séculos XX e XXI.⁶⁹

Este fenômeno sócio-econômico, ao maximizar os mercados e expandir as comunicações, trouxe problemas. Os conflitos individuais são substituídos pelos supra-individuais.⁷⁰ Os riscos, que sempre existiram, agora são proporcionalmente maiores, posto que são criações humanas (não mais oriundos apenas de fenômenos naturais).⁷¹

O fenômeno agora investigado tem base na verificação de uma sociedade de riscos, e que ingressa nessa já mencionada globalização desinteressada na preservação do indivíduo enquanto ser humano.⁷² Há uma crise da tradicional concepção penal. O sistema punitivo perdeu espaço para uma intervenção agressiva e, não raras vezes, equivocadamente afastada do marco legitimador constitucional.

Como já foi assinalado, há uma mudança considerável nas premissas sociais que requisitam a intervenção punitiva estatal. As proteções a bens jurídicos adquirem novos contornos à medida que se constata a existência de uma sociedade de maiores riscos. Há a experimentação de um Direito Penal em constante expansão.

Silva Sanchez sustenta a idéia de que o Direito Penal tem diversas velocidades.⁷³ A primeira velocidade existiria no que ele determina ser o Direito Penal "da prisão". Nesse caso, todas as garantias individuais e outros princípios constitucionais deveriam ser rigorosamente mantidos por ocasião da tutela punitiva. Já a segunda velocidade do Direito Penal é caracterizada pela substituição da sanção de privação de liberdade pela restrição de direitos e pelas penas pecuniárias. Neste caso, existiria a possibilidade de relativizar as referidas garantias, proporcionalmente à menor agressão da censura.

O autor constata, ainda, um Direito Penal de terceira velocidade, com a flexibilização dessas garantias constitucionais em algumas situações de aplicabilidade de pena privativa de liberdade. Sem contestar que o espaço dessa velocidade seja restrito, ele acolhe, com reservas a seguinte opinião: "(...) a existência de um espaço de Direito Penal de privação de liberdade com regras de

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 341 e ss.

⁷⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*, p. 37.

⁷¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra individual: interesses difusos*, p. 36.

⁷² GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*, p. 27 e ss.

⁷³ SILVA SANCHEZ, Jesús -Maria. *A expansão do direito penal*; aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, p. 148.

imputação e processuais menos estritas que as do Direito Penal da primeira velocidade, com certeza, é, em alguns âmbitos excepcionais, e por tempo limitado, inevitável."⁷⁴

A ligação desse pensamento de Silva Sanchez com a idéia do Direito Penal do Inimigo, proposto por Jakobs, é clara. Ali se concretiza uma política criminal na qual a questão dos bens jurídicos fica relegada a uma premissa menor, perdendo importância em detrimento à verificação da validade da norma. Trata-se de paradigma no qual o delinquent (inimigo) tem que ser combatido em atenção a uma ordem estatal baseada em expectativas que devam ser cumpridas.⁷⁵ Inimigo é todo aquele indivíduo que abandonou o Direito de forma duradoura. Ele traz insegurança social (reincidência, crime organizado, etc) e é considerado perigoso. Tem que ser aniquilado e não deve merecer as garantias processuais de forma plena, tais como os demais cidadãos que acidentalmente cometem crimes.

Conclui-se que esta distorcida manipulação social faz com que o simbolismo penal, afastado da logicidade constitucional, apareça como ilusória resolução de conflitos sociais.

Em meio a essa expansão punitiva surgem, ainda, proteções penais especiais: ordem econômica, meio-ambiente, bioética, etc. Existe, na atualidade, uma intervenção punitiva prevencionista (com excessiva tutela do perigo abstrato) e que tende a se afastar do princípio da ofensividade. O bem jurídico desloca atenções à coletividade (direitos supra-individuais).

Este é o contexto sócio-jurídico no qual se intensificou a discussão dogmática (e a crescente aceitação) em torno da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Ocorre que tal expansão do Direito Penal, que cuida desta moderna criminalidade da sociedade de novos riscos, não pode desconsiderar a dogmática jurídico-penal tradicional. Igualmente, deve respeito à legitimação constitucional do sistema punitivo.⁷⁶

Em oposição a este discurso expansionista, que tornou simbólico e irracional o discurso punitivo, ainda existe espaço (e necessidade) na dogmática penal para uma argumentação de ordem constitucional, sob pena de se transformar tal intervenção estatal em um império normativo punitivo autoritário.⁷⁷ É o que se convencionou denominar *Teoria do Garantismo Penal*, sistematizada por Ferrajoli.⁷⁸

⁷⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús -Maria. *A expansão do direito penal*; aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, p. 148/149.

⁷⁵ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, p. 72.

Ainda: SILVA SANCHEZ, Jesús -Maria. *A expansão do direito penal*, p. 149.

Todavia, é acertada a crítica de Zaffaroni a esta idéia do inimigo (*El enemigo em el derecho penal*, p. 188 e ss.)

⁷⁶ Não parece viável, portanto, o entendimento de Galvão: "A mudança de paradigma, certamente, encontrará a resistência dos conservadores. Mas importa lembrar que cabe ao legislador definir os contornos da política criminal a ser implantada em nossa sociedade. Se o legislador, legitimamente, fez a opção por responsabilizar a pessoa jurídica não podem os operadores do direito inviabilizarem essa opção política. Uma tal resistência é manifestamente ilegítima. Feita a opção política, cabe aos operadores construir o caminho dogmático necessário a realizar a vontade do legislador." (GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 6/7.)

Pode-se afirmar que a Constituição que não respeite o paradigma dos direitos fundamentais não adquire legitimação para normatizar racionalmente um Estado Democrático de Direito (FERRAJOLI, Luigi. *La ley del más débil*, p. 67.). Somente tais valores podem, dentro da Constituição, fundamentar um Direito Penal legítimo e racional. A resistência de idéias que atentem contra esses princípios é legítima.

⁷⁷ "a concepção constitucionalmente orientada do objeto da tutela penal, sobre a qual muito se escreveu e que, mesmo atualmente considerada em crise por alguns, além de prospectar um fundamento constitucional, sem dúvida mais garantista e, portanto, mais compatível com os Estados sociais e democráticos, tanto enriqueceu a elaboração doutrinária dos já existentes princípios constitucionais e político-criminais, e.g., da personalidade, da humanidade, da extrema ratio, e colocou bases para a rica elaboração ainda em curso sobre a ofensividade." (SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*, p. 96/97.)

⁷⁸ " 'Garantismo', com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados. É

É necessário entender a hermenêutica constitucional sob outra perspectiva: uma interpretação adequada da Constituição é capaz de ratificar seu direcionamento normativo e sistematizador em relação ao resto da ordem jurídica.⁷⁹ A construção interpretativa do Direito passa pelo reaprendizado da leitura da Constituição.⁸⁰

Um Direito Penal incluso nessa lógica constitucionalizada deve ser, inevitavelmente, minimalista e fragmentário. Essa é a política criminal que se espera como resposta punitiva estatal ao crime. Trata-se, pois, de orientação valorativa que deveria impedir a responsabilização penal da pessoa jurídica.

Em uma constitucionalizada teoria geral do crime, deve-se concluir que esse novo "Direito Penal" não ocasionou um rompimento tão intenso com a tradicional dogmática penal (humanística e respeitadora das garantias individuais). Em outras palavras, a concepção de responsabilidade penal da pessoa jurídica, símbolo claro dessa nova "era" do Direito Penal, não deve ser analisada como etapa necessária e inevitável dessa transposição.

É evidente que não se pode desconsiderar as novas formas de intervenção penal nesta sociedade de riscos. Tal negligência seria uma temeridade e não é isto que aqui se propõe. Ocorre apenas que este novo modelo punitivo, na contramão do discurso simbolista, deve respeito à argumentação garantista e constitucional antes proposta.

Um ordenamento jurídico, racional, baseia-se no respeito e na proteção dos direitos e garantias fundamentais. Então, o Estado que se queira democrático, e constitucionalista, deve reconhecer seus limites intervencionistas na liberdade dos indivíduos. Importa discutir a legitimação constitucional do sistema penal. É o caso.

Assim, por tudo o que se expôs nesse ensaio, não é recomendável admitir-se a responsabilização penal para a pessoa jurídica.

No espaço de atuação político-criminal, constata-se que tal postura punitiva traduz-se em um populismo simbolista e inoperante. Acresça-se a crítica de ordem dogmática, com a verificação de que as três categorias do delito (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) não estão aptas à responsabilização penal da pessoa jurídica. Repete-se que este ensaio não pretendeu discutir a teoria da pena, na qual há outras críticas.

A admissão desta política punitiva significaria o rompimento com a teoria do crime, tal como é estruturada dogmaticamente. Contudo, o sistema penal, por vezes, encontra-se obsoleto ao lidar com essa nova criminalidade, da era dos riscos aumentados e de ampliação das necessidades protetivas. Isto também é inegável.

Qual solução possível de ser adotada? Até que ponto pode-se alterar a estrutura dogmática do Direito Penal, sem ofender princípios constitucionais e garantistas?

O certo é que deve haver uma contração do sistema penal, como imperativo de racionalidade no Estado Democrático de Direito. Melhor, então, é ter um Direito Penal de conformidade com a Constituição Federal: subsidiário, limitado minimamente às situações de absoluta necessidade, e que seja garantidor das liberdades individuais.

Mas, repete-se, qual solução para a censura aos atos ilícitos cometidos pelas pessoas jurídicas?

Parece uma melhor escolha político-criminal a adoção de um modelo de repressão penal para as pessoas físicas envolvidas nos crimes empresariais (com respeito a todas as garantias individuais) e, às pessoas coletivas, o uso do Direito Administrativo sancionador.⁸¹

precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos o direito penal e o próprio princípio majoritário." (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 271.)

⁷⁹ "Consequentemente, a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico." (STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 237.)

⁸⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional; a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*, p. 11.

⁸¹ Assim explica Silveira (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, p. 199 e ss.).

Também denominado Direito de intervenção (Escola de Frankfurt), tal modelo retiraria do Direito Penal as tutelas de bens jurídicos que podem ser exercidas em outro ramo do Direito, evitando a questionável expansão da intervenção penal. Assim, seria possível censurar as pessoas jurídicas sem ofender as garantias constitucionais aplicáveis ao sistema penal. E, o que é mais importante, haveria punição com eficácia.

Seria uma forma de evitar, ao mesmo tempo, as ofensas aos mecanismos dogmáticos que regulam a tradicional teoria do delito, e também a intervenção simbolista do Direito Penal, resgatando seu caráter fragmentário e garantista.

VII – Referências.

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. da 5ª ed. Alemã, por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios; da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6 ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BACIGALUPO, Enrique. La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho europeo. In BACIGALUPO, Enrique (director). *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. P. 65 – 89.
- BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998.
- BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ensayo de um nuevo modelo teórico*. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*, v I, t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. Trad. Alberto Silva Franco e Paulo José da Costa Júnior.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 51 -71.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5 ed. Coimbra: Almadina, [s.d.].
- CEREZO MIR, José. *Derecho penal; parte general*. 1 ed. Brasileira. São Paulo/Lima: Revista dos Tribunais/ARA Editores, 2007.

Figueiredo Dias trabalha com idéia semelhante, anunciando a existência de um Direito Penal Secundário para resolver essas questões ligadas aos bens jurídicos difusos, com autonomia em relação ao Direito Penal tradicional. Assim é o conceito: "de um ponto de vista jurídico-formal, direito penal secundário é o conjunto de normas de natureza punitiva que constituem objecto de legislação extravagante e contém, na sua generalidade, o sancionamento de ordenações de carácter administrativo." (DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Direito penal secundário*, p. 27.). Nessa scara seriam tratadas as questões da responsabilidade penal da pessoa jurídica. (p. 25)

Por fim, ao contrário de outros autores portugueses, Figueiredo Dias entende haver separação entre os seguintes três conceitos: Direito Penal Secundário, Direito Penal Administrativo e Direito das Contra-Ordenações: "Se perguntarmos às doutrinas que – como é sobretudo o caso da alemã-ocidental, da portuguesa e, em data recente, também da suíça e da italiana – ao problema têm dedicado cuidada atenção, qual o estado actual do problema do direito penal administrativo, a resposta gozará de singular unanimidade. Ela dirá que o que até ao fim da II Guerra Mundial se chamava direito penal administrativo corresponde essencialmente àquilo, ou não é senão mesmo aquilo, que hoje se chama direito de ordenação social, de mera ordenação social ou das contra-ordenações. (...) Não creio, porém, que esta tese possa considerar-se procedente. Julgo, diferentemente, não dever aceitar-se a identificação entre direito penal administrativo e direito de mera ordenação, pois que este é fruto de problemas, de preocupações e de finalidades distintas das que presidem àquela: julgo, em suma, que o direito de mera ordenação não é filho ou herdeiro de um direito penal administrativo já falecido, não é a sua máscara presente, mas é sim limite negativo de um direito penal administrativo que evoluiu e surge hoje renovado sob a face do direito penal secundário." (DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Direito penal secundário*, p. 27-30.)

- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*; parte geral, tomo I. 2 ed Portuguesa/1 ed Brasileira. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Direito penal secundário*. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2006. P. 13 – 69.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*; teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Tradução Luiz Régis Prado.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v 1. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer. et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trola, 1999.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*; a nova parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____; MOLINA, Antônio García-Pablos de. *Direito penal*; V. 2, parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 1997/Reimpressão 2002.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal*; parte general - Fundamentos y teoría de la imputación. 2 ed, corregida. Traducción por Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano G. de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- _____. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007. Org. e trad.: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*; parte general. 4 ed. Granada: Comares, 1993. Tradução José Luiz Manzanares Samaniego.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela corte de justiça europeia. In: ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Paradoxos da auto-observação*: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: J M editora, 1997. P. 243-278.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte especial. 7 ed. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.
- REALE Jr., Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. In: PRADO, Luiz Régis (coord.). *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982. Versión de Rodrigo Naranjo Vallejo.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

- _____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *Teoría del tipo penal; tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1979. Versión castellana del Enrique Bacigalupo.
- _____. *Derecho penal; parte general*. T. I. 5 reimpressão. Traducción de la 2 ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días, García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SILVA SANCHEZ, Jesús -Maria. *A expansão do direito penal; aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha.
- SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2004.
- SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SILVA, Guilherme José Ferreira da. *Incapacidade criminal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista de Tribunais, 2003.
- _____. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista de Tribunais, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Terceira edição revista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em el derecho comparado. In GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 25 -45.
- VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- VON BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal; la doctrina del delito-tipo*. Traducción de Sebastián Soler y análisis de Carlos M. de Elía. s/ed. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002.
- WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal; uma introdução à doutrina da ação final. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Tradução de Luiz Régis Prado.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; et. al. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- _____. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006.
- _____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal; parte general*. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2006.

COMENTÁRIOS SOBRE A NOVA LEI 12.015, DE 7 DE MAIO DE 2009

André Myssior
Mestre em Ciências Penais pela
UFMG. Professor da Escola Superior
Dom Helder Câmara, Advogado

1. INTRODUÇÃO

Em 10 de agosto próximo passado foi publicada no Diário Oficial da União a Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, que trouxe várias modificações na Parte Especial do Código Penal no que se refere aos crimes sexuais.

De fato, as alterações trazidas por referida lei vão além de meras mudanças pontuais nos tipos penais previstos e nas penas a eles cominadas. Há uma mudança estrutural na disciplina jurídico-criminal da matéria, o que se nota desde a alteração operada na lei no próprio nome do Título VI da Parte Especial do Código, que trata desses crimes.

Supera-se, com a nova lei, a vetusta denominação *crimes contra os costumes*, passando o Título VI a vigor com a denominação *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Mais do que uma mera mudança de nomes, essa alteração indica o propósito do legislador de modificar o foco da proteção jurídica.

Ao denominar o título *dos crimes contra os costumes*, o Código Penal transmitia a idéia que a tutela penal dessas condutas dirigia-se mais ao controle da moralidade pública. Com a mudança da denominação para *crimes contra a dignidade sexual*, o legislador transmite a idéia de que o interesse jurídico tutelado refere-se não só à liberdade sexual (Capítulo I), mas à idéia de assegurar a proteção da disposição do corpo para fins sexuais, do regular e saudável desenvolvimento da identidade e maturidade sexual da pessoa e da proteção da pessoa contra diversas formas de exploração sexual.

Em suma, abandona-se a idéia de proteção da moralidade pública, da castidade e do pudor público em prol da proteção da autodeterminação sexual como atributo da própria personalidade do indivíduo e, em última análise, da dignidade da pessoa humana.

Ou seja, a nova lei altera o foco de proteção, rompendo a antiga busca da tutela de um suposto sentimento ou moralidade pública acerca do sexo para proteger a própria pessoa cuja liberdade, autodeterminação e desenvolvimento pessoal são violadas ou postas em risco no que se refere à atividade sexual.

Conquanto nem todas as alterações processadas no Código Penal Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009 tenham sido, a nosso ver, as mais adequadas, é inegável que, em seu conjunto, referida lei trouxe uma modernização no tratamento penal à tutela dos crimes sexuais.

Na verdade, essa nova lei pode ser tida como continuação do movimento de modernização da disciplina jurídico-penal da matéria, que fora iniciado com a Lei 11.106, de 28 de março de 2005.

A lei de 2005 teve por escopo principal (embora tenha, também, incluído um novo tipo penal no Código – Art. 231-A, tráfico interno de pessoas) a retirada da lei de tipos penais e elementos dos tipos anacrônicos, de pouca ou nenhuma valia mais de sessenta anos após a entrada em vigor da Parte Especial do Código, de 1940.

Assim, na oportunidade, foram revogados os crimes de sedução (art. 217), rapto, em todas suas modalidades (arts. 219 a 222) e adultério, além de eliminada do texto do Código a vetusta expressão *mulher honesta*, bem como as causas extintivas de punibilidade dos crimes contra os costumes relativas ao casamento da vítima com o agente ou com terceiro.

Já a Lei 12.015/2009 atua em outra vertente. Dirige-se à ampliação e adequação da tutela penal da dignidade da pessoa humana no que se relaciona às atividades sexuais.

Assim, sem a pretensão de esgotar o tema, passaremos à análise das alterações específicas trazidas ao ordenamento jurídico por essa nova lei.

2. DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

2.1 Estupro e atentado violento ao pudor

Aqui foi mantida a redação original do Código Penal da denominação do capítulo. De fato, o bem jurídico tutelado pelos tipos penais neste capítulo – em especial após as modificações trazidas pela Lei 11.106/2005 – é a liberdade sexual, compreendida como a livre disposição sobre o próprio corpo para praticar ou deixar de praticar atos de índole sexual. E, assim como na sistemática anterior, os meios de execução desses crimes são basicamente os mesmos: as formas básicas de supressão ou redução da livre emissão volitiva do sujeito passivo, quais sejam, a violência, a grave ameaça, a fraude e a superioridade hierárquica.

A estrutura dos tipos penais desse capítulo, porém, sofreu profundas alterações, que passaremos a destacar.

A primeira e mais notável foi a radical alteração do delito de estupro. Se, originalmente, o estupro era concebido como “*a conjunção carnal natural com mulher, contra a sua vontade, por violência, física ou moral, ou sem o seu válido consentimento*”⁸², pela nova redação do art. 213 a realidade mudou completamente.

Na redação original do Código Penal, a prática de ato libidinoso mediante violência ou grave ameaça recebia tratamentos distintos conforme o sujeito passivo e a natureza do ato libidinoso praticado.

⁸² MESTIERI, João. *Do delito de estupro*. RT. São Paulo, 1982, p. 18.

Quando o ato libidinoso era a conjunção carnal, isso é, a cópula vagínica, o tipo penal era o estupro, desde que o sujeito passivo fosse mulher. Se o ato libidinoso era diverso da conjunção carnal, tratava-se de atentado violento ao pudor (art. 214) e, nesse caso, o sujeito passivo não era distinguido por gênero. Poderia ser homem ou mulher.

A nova redação do art. 213, porém, elimina essa distinção. Considera-se estupro *“constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”*.

O que significa que, tanto o sujeito passivo quanto o sujeito ativo podem ser o homem e/ou a mulher e que o ato libidinoso praticado mediante constrangimento será de qualquer natureza, consista ou não em conjunção carnal.

Ao aglutinar em um só tipo penal o que anteriormente era previsto em dois tipos apartados (arts. 213 e 214), o legislador conclui um processo de unificação da tutela penal dessas condutas. É que a redação original do Código Penal previa penas diversas para o estupro e o atentado violento ao pudor, sendo aquela mais alta do que essa. Após algumas alterações nos máximos e mínimos das penas cominadas, a Lei 8.072/90 igualou-as no patamar de 6 a 10 anos de reclusão.

Por um lado, é plenamente defensável que a resposta penal àquele que constrange uma mulher ou um homem a uma relação sexual contra a vontade do sujeito passivo, mediante violência ou grave ameaça seja a mesma. Se homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, não se concebe como possa ser mais grave o constrangimento da mulher à conjunção carnal do que o constrangimento de um homem a uma cópula anal.

No entanto, essa equiparação total (no máximo e no mínimo das penas cominadas) pode gerar algumas distorções. Se há uma clara e inegável relação de proporcionalidade entre a conjunção carnal e uma cópula anal ou mesmo ao sexo oral, o mesmo não se pode afirmar entre uma conjunção carnal e diversos outros atos libidinosos, bem menos invasivos ou constrangedores do que aqueles acima referidos.

Assim, poder-se-á chegar à situação (possível, inclusive, desde antes da Lei 12.015, mas desde a edição da Lei 8.072/90) de que um beijo à força ou uma “passada de mão” viesse a ser equiparada à conjunção carnal.

O ideal seria, para garantir a proporcionalidade, seja quando o ato libidinoso fosse perfeitamente equiparável à conjunção carnal, seja quando fosse bastante menos grave, a previsão de uma pena mínima para o atentado violento ao pudor menor do que a do estupro, mas tendo ambos os crimes a mesma pena máxima.

Naturalmente, com a unificação dessas condutas em um só tipo penal, resta eliminada essa possibilidade de adequação das penas cominadas a uma e outra conduta.

2.1.1 A estrutura do tipo, o concurso aparente e o concurso real

Não houve, contudo, sensível alteração no que pertine ao *iter criminis* do delito, ou seja, na forma de execução e seu momento consumativo. O novo delito de estupro (que congrega o que originalmente era tratado como estupro e atentado violento ao pudor) é crime material e que, por

isso, somente se consuma com a produção do resultado naturalístico (conjunção carnal ou ato libidinoso diverso).

O tipo penal passa a apresentar estrutura de tipo misto alternativo, isso é, que prevê mais de uma forma de realização e que não necessita de que todos os resultados previstos sejam realizados para que esteja configurado. Qualquer um deles basta.

Entretanto, pode ocorrer de o agente dar causa a mais de um resultado (conjunção carnal e ato libidinoso diverso ou dois ou mais atos libidinosos diversos) mediante uma ou mais ações. Nesses hipóteses, poderá ocorrer concurso de crimes ou mesmo um concurso aparente de crimes.

O concurso aparente de normas ocorrerá quando houver uma só ação e, embora aparentemente haja mais de um resultado, um deles esteja absorvido pelo outro. Seria, por exemplo, o caso de, mediante violência ou grave ameaça, o agente constranger a vítima à conjunção carnal mas, no curso da execução, vir a praticar outros atos libidinosos. Se esses atos libidinosos diversos da conjunção carnal estão contidos dentro do próprio *iter criminis* da conjunção, tais como manipulações de partes íntimas, abraços, beijos e outros semelhantes, não se pode considerar tais atos como autônomos ou independentes da conjunção.

Essa sorte de atos são aqueles que comumente se chama *praeludia coiti*, isso é, atos libidinosos que, embora diversos da conjunção carnal, estão inteiramente contidos no *iter criminis* dessa e, por força do princípio da consunção, ficam por ela absorvidos.

E, se antes da Lei 12.015/2009, isso impedia o concurso entre os crimes do art. 213 e 214, a partir de sua entrada em vigor não houve alteração. O agente que pratica o crime de estupro na forma acima descrita incorre apenas uma vez nas sanções do atual art. 213.

Caso, entretanto, haja prática de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso e esse último não se configure como *praeludia coiti*, isso é, seja autônomo, haverá concurso de crimes, já que haverá pluralidade de resultados. Se essa pluralidade de resultados decorrer de uma só ação haverá concurso formal, se decorrer de pluralidade de ações, concurso material que, conforme o caso, poderá se dar sob a forma de continuidade delitiva.

Na hipótese de haver unicidade de ação e pluralidade de resultados, o concurso formal será necessariamente próprio ou perfeito. Conquanto os crimes concorrentes sejam, naturalmente, dolosos, é difícil imaginar que decorram de desígnios autônomos. Ora, pela redação do art. 70 do Código Penal⁸³, não basta à configuração do concurso formal impróprio que os crimes concorrentes sejam dolosos. Eles devem resultar de desígnios autônomos, ou seja, a motivação para um e outro crime deve ser independente.

Assim, no caso de, mediante uma só ação (a mesma violência ou grave ameaça) o agente mantiver dois ou mais atos libidinosos (seja ou não um deles a conjunção carnal) com a vítima, naturalmente todos os resultados resultarão do mesmo desígnio, isso é, a intenção do agente de satisfazer sua libido através da submissão sexual do sujeito passivo.

⁸³ Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior

Quando, porém, houver mais de uma ação e mais de um resultado, o caso naturalmente será de concurso material. Mas se, a despeito da pluralidade de ações e resultados, houver identidade nas circunstâncias de tempo, lugar, meio de execução e outras, o caso será de crime continuado.

A propósito do crime continuado, a nova redação do artigo 213 do Código Penal elimina discussão doutrinária e jurisprudencial que havia em torno da possibilidade de aplicação dessa regra de concurso de crimes entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor.

Até a entrada em vigor da nova Lei 12.015/09, a maioria da jurisprudência entendia que não era possível haver crime continuado entre estupro e atentado violento ao pudor. Nesse sentido:

“PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COMETIDOS CONTRA A MESMA VÍTIMA. CONCURSO MATERIAL. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, conquanto do mesmo gênero (ato libidinoso), constituem espécies diferentes, o que elide a continuidade delitiva e configura o concurso material. Precedentes do STJ e do STF”. (STJ - Acórdão RVCr 534/SP - Relator: Min. PAULO MEDINA - DJ DATA: 06/10/2003 - PG: 00202).

O entendimento segundo o qual o estupro e o atentado violento ao pudor não seriam crimes da mesma espécie decorria do fato de serem previstos em tipos penais diversos. Ora, se, atualmente, ambas as condutas estão previstas no mesmo tipo (que é misto alternativo), não se pode negar que sejam da mesma espécie. E, coincidindo as circunstâncias de tempo lugar, modo de execução e outras semelhantes, não se pode mais negar a incidência da regra do crime continuado, conforme o art. 71 do Código Penal.

2.1.2 Formas qualificadas pelo resultado e causas de aumento de pena

As formas qualificadas pelo resultado que, originalmente estavam previstas em artigo à parte, componente do Capítulo que continha as disposições gerais, passam agora a integrar o próprio artigo 213, nos §§ 1º e 2º.

Mantidas foram as formas qualificadas pelo resultado lesão corporal grave e morte tendo sido, contudo, elevadas as penas cominadas a uma e outra hipótese.

Além disso, passou-se a prever mais uma qualificadora, relativa não ao resultado, mas à idade da vítima (maior de 14 e menor de 18 anos). Nessa hipótese, na forma do § 1º, a pena será a mesma de quando resulta lesão corporal de natureza grave.

Ao lado das qualificadoras mantidas e da nova incluída, figuram as causas de aumento de pena, que podem ser encontradas no artigo 226 (cuja redação definida pela Lei 11.106/2005 resultou inalterada pela Lei 12.015/2009) e no art. 234-A. Esse último artigo trouxe duas inovações, que reforçam a noção de que objeto de proteção jurídica efetivamente foi desviado da moralidade pública representada pelo termo *costumes* em prol da tutela da *dignidade* do sujeito passivo e das conseqüências que o crime sexual gera ou pode gerar para a saúde física e psíquica da vítima.

Assim é que o art. 234-A prevê o aumento de pena de metade se, do crime resulta gravidez (inciso III) e de um sexto a um meio, se resulta à vítima doença sexualmente transmissível de que

sabe ou deveria saber ser portador (inciso IV) ⁸⁴. A determinação, pelo juiz, do *quantum* de aumento nessa hipótese deverá atender a dois critérios: à natureza e gravidade da moléstia transmitida e ao dolo do agente. Uma vez que o dispositivo legal admite as modalidades dolo direto e dolo eventual, naturalmente o aumento no primeiro caso deverá ser maior do que no segundo, ante o maior desvalor da ação quando o agente efetivamente deseja o resultado do que quando apenas consente com sua produção.

2.2 VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE

O crime que, originalmente, tinha o *nomen iuris* “posse sexual mediante fraude” passa a ser designado por “violação sexual mediante fraude”. A mais significativa modificação nesse artigo já tinha sido operada pela Lei 11.106/2005. Antes da entrada em vigor dessa lei, o sujeito passivo da posse sexual mediante fraude era “mulher honesta”. Esse elemento normativo do tipo já não tinha, mesmo, de subsistir, dada a sua profunda inexatidão e subjetivismo. Foi, então, suprimida a expressão “honestas”, passando o sujeito passivo a ser apenas “mulher”.

Por seu turno, a Lei 12.015/2009 empregou à prática da conjunção carnal e do ato libidinoso diverso mediante fraude a mesma lógica empregada quando esses atos são praticados mediante violência ou grave ameaça. Da mesma forma que o art. 214 foi revogado, passado o delito de estupro a compreender tanto a conjunção carnal quanto o libidinoso diverso, a violação sexual mediante fraude configura-se também com a prática de qualquer ato libidinoso.

Assim, o sujeito passivo deixou de ser apenas a mulher, passando a ser designado pelo termo “alguém”, que não faz distinção quanto ao gênero.

Outra alteração pela qual passou referido artigo foi a introdução de outro meio de execução, além da fraude. Passa a haver, também, o crime quando a conjunção carnal ou ato libidinoso diverso ocorre mediante fraude *ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima*.

Ao se prever a possibilidade da configuração do crime do art. 215 do Código Penal mediante outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima, criou-se um problema para distinguir entre a violação sexual mediante fraude e uma das modalidades estupro de vulnerável prevista no § 1º do art. 217-A (que será objeto de análise mais detalhada à frente). Referido parágrafo ostenta a seguinte redação:

“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”. (grifamos)

Combinando-se a previsão desse parágrafo com a do *caput*, isso significa que manter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém que, por qualquer causa (assemelhada) à menoridade de 14 anos ou à deficiência mental, não tem condições de oferecer resistência configura o crime do art. 217-A, § 1º.

⁸⁴ Os incisos I e II do art. 234-A foram vetados.

Pense-se, então, na seguinte situação: o agente, sorrateiramente, coloca um potente sonífero na bebida de uma mulher e, aproveitando-se do efeito da droga, mantém com ela conjunção carnal. Seria, a princípio, verdadeiro afirmar tanto que o agente *praticou conjunção carnal mediante meio que impediu a livre manifestação de vontade* (art. 215 – pena de reclusão de 2 a 6 anos) quanto que o agente *teve conjunção carnal que não podia oferecer resistência* (art. 217-A, § 1º – pena de reclusão de 8 a 15 anos). Então, qual crime praticou o agente?

Registre-se que, se a administração da droga causar efetivo dano (dano significativo) à integridade física do sujeito passivo, isso poderá configurar lesão corporal que, por sua vez, configurará a *violência*. E, mantida a conjunção carnal mediante violência, nenhuma dúvida há: o crime é de estupro.

Entretanto, se a simples inconsciência da vítima não for apta a configurar a lesão corporal, sequer leve, persiste a questão lançada acima. Haverá aí caso claro de sobreposição de normas com o mesmo conteúdo, regulando a mesma matéria. E a opção deverá ser feita pela incidência do artigo 215, em detrimento do § 1º do art. 217-A. Isso porque é inegável que o ato sorrateiro de ministrar droga que possibilite ao agente a prática da conjunção carnal (ou outro ato libidinoso) assemelha-se muito mais à *fraude* do que à menoridade ou à deficiência mental. Apesar de a pena cominada ao art. 215 ser menor do que a do art. 217-A, § 1º aplica-se o primeiro.

De fato, impedir a vítima de manifestar livremente sua vontade é praticamente sinônimo de a vítima não poder oferecer resistência (por ato do agente). Apenas poderá haver a configuração da última hipótese do § 1º do art. 217-A quando a circunstância que impossibilita a resistência da vítima não foi criada pelo agente, isso é, quando ele se aproveita de uma situação preexistente, decorrente de caso fortuito, força maior ou por ato de terceiro (com quem não haja prévio encontro de vontades, pois nesse caso haveria concurso de agentes). Caso contrário, isso é, se o próprio agente criou a situação que impossibilita a resistência da vítima, isso se assemelhará à fraude e o crime será o do art. 215.

Ainda no capítulo dos crimes contra a liberdade sexual, resta o assédio sexual (art. 216-A), cuja estrutura típica permanece a original, incluída no texto do Código Penal pela Lei 10.224, de 15 de maio de 2001. A única modificação quanto a esse crime trazida pela Lei 12.015/2009 foi a inclusão de parágrafo prevendo causa de aumento de pena quando a vítima é menor de 18 anos, mantendo coerência com o § 1º incluído no art. 213. Por ser essa a única alteração trazida ao assédio sexual, dispensa-se o tratamento desse crime em item à parte para o fim a que se destina este estudo.

3. DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL

O Capítulo II do Título VI da Parte Especial do Código Penal traz uma forma nova de abordagem dos crimes sexuais, introduzindo na lei a figura do *vulnerável*, previamente inexistente.

Talvez resida nisso um dos aspectos mais dignos de elogios da lei. Resistindo a algo que se vê com crescente frequência em novas leis penais, o legislador evitou usar o termo “vulnerável” como elemento normativo do tipo, o que causaria sérios transtornos na interpretação e aplicação da lei. Ao contrário, definiu precisamente o seu conteúdo.

Por vulnerável entende-se a pessoa que, por sua idade (ora fixada em 14 anos, ora em 18), deficiência mental ou outra causa que impeça a resistência, tem menor capacidade de autodeterminação, de consentir livre e validamente e de dispor de seu próprio corpo.

Mas o sucesso do legislador em escapar da armadilha de utilizar o termo *vulnerável* como elemento normativo não torna o Capítulo imune a críticas. Passemos, então, à análise dos novos tipos lá previstos.

3.1 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A presunção de violência que existia na redação original do Código Penal foi mantida, mas não como uma disposição geral aplicável aos artigos precedentes, mas como tipo penal autônomo.

Originalmente, as hipóteses de presunção de violência, que eram previstas no art. 224 (revogado pela Lei 12.015/2009), atuavam substituindo o elemento do tipo *violência* dos artigos 213 e 214.

Pela construção de um novo tipo penal que dispõe simplesmente “*ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos*”, ficou clara a intenção do legislador de acabar de vez com a discussão que havia sobre o revogado artigo 224, no sentido de ser absoluta ou relativa a presunção de violência quando o sujeito passivo era menor de 14 anos. É clara a intenção do legislador de simplesmente proibir a prática de atos sexuais com menores de 14 anos, presumindo de forma absoluta a total invalidade do consentimento porventura exprimido por pessoa menor dessa idade. É igualmente clara a intenção de reprimir o abuso sexual de crianças e jovens adolescentes.

Mas, para garantir essa proteção, é verdadeiramente necessário presumir absolutamente a invalidade do consentimento de qualquer menor de 14 anos? Lembre-se que os primeiros entendimentos no sentido de ser relativa a presunção, que datam da última década do século passado, fundaram-se (dentre outros argumentos) na constatação de que, na sociedade contemporânea, é um dado da realidade que frequentemente uma pessoa menor de 14 anos já possui maturidade e discernimento suficiente no que se refere ao sexo para consentir de modo válido para a prática de ato sexual.

Essa constatação toma ainda mais força quando se lê a exposição de motivos da Parte Especial do Código Penal. Tendo sempre em mente que a exposição de motivos é de 1940, convém lembrar o que se escreveu na ocasião a respeito da presunção de violência:

“Na identificação dos crimes contra a liberdade sexual é presumida a violência (art. 224) quando vítima: *a*) não é maior de 14 (quatorze) anos; *b*) é alienada ou débil mental, conhecendo o agente esta circunstância, ou *c*) acha-se em estado de inconsciência (provocado, ou não, pelo agente), ou, por doença ou outra causa, impossibilitada de oferecer resistência. Como se vê, o projeto diverge substancialmente da lei atual: reduz, para efeito de presunção de violência, o limite de idade da vítima e amplia os casos de tal presunção (a lei vigente presume a violência no caso único de ser a vítima menor de dezesseis anos). Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato contemporâneo, qual seja, a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes,

é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu *consentimento*. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem”.

É então de se indagar: se é verdade que, em 1940, *seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem*, o que dizer da época atual?

Não se pretende aqui, em absoluto, defender como sendo salutar o fato de pessoas de doze, treze anos já terem vida sexual ativa. Mas, da mesma forma que, em 1940 – antes, portanto, da televisão, da internet e outros meios de difusão de informação massiva – notou-se uma precocidade no conhecimento dos fatos sexuais, é inegável que, sessenta e nove anos depois esse processo acelerou-se. Insista-se que esse fato não é destacado como algo bom. É destacado apenas como fato. E se é um fato indesejável, certamente o direito penal não é o instrumento mais apropriado para enfrentá-lo.

E, atento a essa realidade, e do ponto de vista exclusivamente do direito penal, continua parecendo-nos muito mais adequado que a presunção de violência quando o sujeito passivo é menor de 14 anos seja tida por relativa, não absoluta, atribuindo-se ao réu o ônus de provar a validade plena do consentimento da pessoa menor com quem manteve conjunção carnal ou ato libidinoso diverso.

De fato, com a nova sistemática da disciplina dos crimes sexuais trazida pela Lei 12.015/2009, faz ainda menos sentido proibir terminantemente a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com menor de 14 anos, presumindo-se absolutamente a violência.

Se o que antes era chamado *crime contra os costumes* é agora denominado *crime contra a dignidade sexual*, uma reflexão faz-se pertinente. Pode-se entender por *dignidade sexual* a garantia de autodeterminação, de plena e personalíssima disposição do próprio corpo, do próprio desejo e das próprias preferências sexuais pela pessoa. É perfeitamente nítida a intrínseca relação entre a dignidade sexual e a dignidade da pessoa humana. E, naturalmente, se a pessoa cuja dignidade sexual é violada é *vulnerável*, a resposta estatal deve ser severa.

Mas, ao se considerar que, com freqüência, encontrar-se-á pessoa menor de 14 anos apta a consentir livre e validamente para a prática de relação sexual, pode-se afirmar que proibir absolutamente que com ela se mantenha conjunção carnal ou mesmo atos libidinosos diversos e de menor intensidade (o que inclui beijos, e outras carícias) acaba por violar a própria dignidade sexual da menor a que se visa proteger! A dignidade sexual não envolve somente o direito de negar-se à prática sexual quando não se a deseja; mas também o de manter o relacionamento quando ambas as partes validamente consentem.

E maior relevância toma essa reflexão, quando se percebe que a pena mínima cominada ao crime do artigo 217-A é de oito anos. Mais alta, portanto, do que a pena mínima cominada ao homicídio simples!

Assim é que, a despeito da alteração legislativa em tela, continuamos a sustentar que a presunção de violência (embora essa expressão não seja mais utilizada pela lei, continua viva) seja relativa. A presunção absoluta é, no mínimo, injusta e desproporcional.

Mas, como o novo artigo 217-A não lida com a questão de presunção trazida pelo antigo art. 224, a solução deverá ser diversa da que se defendia antes das alterações trazidas pela Lei 12.015/09.

Na hipótese de se verificar, pela prova dos autos, que o ato libidinoso (consistente ou não em conjunção carnal) mantido com menor de 14 foi livremente consentido e, mais, que o sujeito passivo tinha noção suficiente para ter como válido esse consentimento, a solução deverá ser a absolvição, por atipicidade material.

Se a simples prática de ato libidinoso com menor de 14 anos já configura o tipo, não se pode perder de vista que esse juízo de tipicidade está a atender critério puramente formal. Sabe-se, porém, que o moderno Direito Penal não se satisfaz com um conceito puramente formal de tipicidade. O juízo de tipicidade submete-se à constatação da tipicidade formal (perfeita justaposição da ação humana à previsão anterior e abstrata da norma pena incriminadora) e à constatação da tipicidade *material*, que pode ser entendida como a verificação da lesão efetiva ou do perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal proibitiva.

No caso de o sujeito passivo ser comprovadamente apto a consentir validamente para a prática do ato sexual, não haverá lesão ao bem jurídico tutelado. O bem jurídico *dignidade sexual*, como já dito, pressupõe o direito da pessoa dispor livremente de seu corpo e exercer livremente (respeitado, é óbvio, o direito alheio) seu desejo sexual. Ora, se a pessoa já possui desenvolvimento mental e social suficientes para consentir livremente com a prática do ato sexual, é a proibição legal dessa relação sexual (trazida pelo art. 217-A) que está a violar a dignidade sexual do sujeito passivo.

Logo, no caso de haver prova de que o sujeito passivo tem conhecimento suficiente dos fatos sexuais, o fato será materialmente atípico. Não haverá crime. Entendimento diverso contraria o próprio espírito da Lei 12.015/09, quando essa desloca o eixo de proteção penal dos *costumes* (tutela eminentemente da moral sexual) para a *dignidade sexual* (eminentemente ligada da dignidade da pessoa humana). E tutela eminentemente moral não dá ensejo, não confere legitimidade, ao Direito Penal, na medida da exata advertência de Claus Roxin:⁸⁵

Esta es la cuestión acerca del 'concepto material de delito', es decir, de la cualidad en cuanto a contenido de la actuación punible. (...) Por tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio políticocriminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho penal, que aquí se entiende cómo 'protección subsidiaria de bienes jurídicos'.

(...)

La exigencia de que el Derecho penal sólo puede proteger 'bienes jurídicos' ha desempeñado un importante papel en la discusión de la reforma de las

⁸⁵ Derecho Penal - Parte General t. I - traduzida da 2ª ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conillendo e Javier de Vicente Remesal - Editorial Civitas: Madrid, 1997. p. 51/52.

ultimas décadas. Se partió de la base de que el Derecho penal sólo tiene que asegurar determinados bienes previamente dados (...) y de esa posición se ha deducido la exigencia de una sustancial restricción de la punibilidad en un doble sentido.

3.2 DEMAIS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEIS

A nova Lei 12.105/2009 traz o arcabouço maior para a proteção da dignidade sexual do vulnerável do que se via tanto na redação original do Código Penal como nas alterações procedidas pela Lei 11.106/2005.

Os artigos cuja redação foi alterada e os que foram introduzidos no Código Penal demonstram uma nítida intenção do legislador em punir com mais rigor condutas que afetem, direta ou indiretamente a dignidade sexual do vulnerável, notadamente no que se refere à prostituição e demais formas de exploração sexual.

A propósito, a própria introdução dessa elementar “outra forma de exploração sexual”, que se vê em diversos dispositivos já é em si inovação no sentido de ampliar a tutela penal desse bem jurídico, na medida em que se reconhece a realidade de que a submissão, induzimento, facilitação à prostituição, bem como a obtenção de qualquer vantagem sobre essa atividade é apenas uma forma de exploração sexual. Isso é, pode haver exploração sexual de outra natureza que não a prostituição. Compreendida a prostituição apenas como a atividade sexual que se exerce mediante paga, é inegável que a submissão da pessoa (especialmente se vulnerável) a atividades desse jaez, mas em que não haja pagamento, é igualmente ofensiva à dignidade sexual.

Conclui-se, então que, realmente, faz sentido ampliar a tutela penal, através de tipos mais abertos, que permitam incluir atividades de exploração sexual que não se exerçam mediante pagamento, ou seja, que não se configurem como prostituição.

3.2.I Art. 218

A indução do vulnerável, menor de 14 anos, pune aquele que, ainda que indiretamente, contribui para a ocorrência do estupro de vulnerável. É necessário, porém, identificar quando esse crime efetivamente estará realizado e, mais, quando a ação, embora coincidente com a descrição abstrata do tipo, realmente configurará a infração do art. 218, ou significará concurso de agentes sob a forma de participação, para o crime do art. 217-A – estupro de vulnerável.

De início, é importante deixar claro que, embora o núcleo do tipo seja “induzir”, não basta para a configuração do crime a mera indução do menor de 14 a satisfazer a lascívia de outrem. O crime somente resta configurado quando há, efetivamente, a prática do ato libidinoso. Isso porque se, a despeito da persuasão do agente, o sujeito passivo não satisfaz a lascívia de outrem, isso significará que a ação do sujeito ativo foi inidônea a atingir o fim a que se destina. Em outras palavras, haverá crime impossível.

Assim, o que dirá se o ocorrido foi a indução à satisfação à lascívia de outrem ou estupro de vulnerável em concurso de agentes não será a prática ou não do ato libidinoso. Será a existência do acordo prévio de vontades entre o indutor e o sujeito que pratica o ato libidinoso com o menor de

14 anos. Se não houver esse acordo prévio de vontades, o indutor responderá pelo crime do art. 218 e o que praticou o ato libidinoso responderá pelo delito do art. 217-A. Se houver o acordo prévio de vontades, ambos responderão por estupro de vulnerável, cada um na medida de sua culpabilidade (art. 29); o que praticou o ato libidinoso responderá como autor, o que induziu responderá como partícipe (auxílio).

3.2.2 Art. 218-A

A previsão desse crime visa à proteção da dignidade sexual do vulnerável, na medida em que submissão do menor de 14 a assistir a prática de ato libidinoso compromete diretamente o desenvolvimento regular de sua personalidade no que se refere ao sexo.

Necessário anotar que, pela estrutura do tipo, não basta à configuração do crime a realização de ato libidinoso perante pessoa menor de 14 anos. Além de, obviamente, ser necessária a ciência do(s) autor(es) da presença do vulnerável, o tipo prevê o fim especial de agir “*a fim de satisfazer a lascívia própria ou de outrem*”.

Dessa forma, o crime somente existirá se a presença do menor de 14 for elemento necessário à satisfação do desejo sexual exibicionista do agente.

3.2.3 Art. 218-B

É através do crime previsto neste artigo que o legislador visa punir mais severamente a exploração da prostituição e outras formas de exploração sexual infantil e de adolescentes. Isso fica claro já no *caput*, que considera, para fins desse artigo, vulnerável a pessoa menor de 18 anos. Nos artigos antecedentes, viu-se é considerada vulnerável a pessoa menor de 14 anos. O art. 218-B amplia esse limite etário.

A estrutura desse tipo penal mantém a lógica segundo a qual a prostituição, em si, não é ilícita. O crime ocorre quando outrem dá, de qualquer forma, ensejo a que a pessoa venha a se prostituir ou se mantenha nessa situação. Se o sujeito passivo é vulnerável, aplica-se a pena do art. 218-B. Se não, a do art. 228.

Outra interessante inovação trazida por esse artigo – direcionada mais claramente à repressão da prostituição e exploração sexual infantil e de adolescente – é o § 2º. Esse parágrafo faz incidir nas mesmas penas: 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; e II) o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no *caput* deste artigo.

No caso do inciso I, supre-se lacuna até então existente na lei. Até o advento da Lei 12.105/2009, não era punível a pessoa que mantinha relação sexual com o menor prostituído ou submetido a outra forma de exploração sexual. E é evidente que a impunidade do usuário desse serviço espúrio favorece a continuação da exploração.

Ressalte-se apenas que o inciso I restringe a punição do sujeito que mantém conjunção carnal ou outro libidinoso quando o sujeito passivo é maior de 14 e menor de 18 anos pois, se, menor de 14 a vítima, o crime será de estupro de vulnerável.

Já o inc. II pune o indivíduo que mantém o estabelecimento onde as atividades descritas no *caput* ocorrem, de forma mais grave (a pena cominada é maior) que o artigo 229 – casa de prostituição. Assim, a pessoa que mantém o estabelecimento onde se desenvolve prostituição ou exploração sexual de vulnerável incide na pena do art. 218-B, § 2º, inc. II. Caso haja no estabelecimento, também, prostituição ou outra forma de exploração sexual de pessoas não vulneráveis, haverá o concurso formal com o crime do art. 229.

4. DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

Neste Capítulo, a Lei 12.015/2009 não trouxe muitas alterações. As mais notáveis são a alteração do art. 229, que trata da casa de prostituição e a inclusão, nos demais tipos penais que tratam de prostituição da elementar “outras formas de exploração sexual”, o que já foi objeto de comentário no item anterior.

Com relação à casa de prostituição, o legislador finalmente deu algum sentido ao tipo – oportunidade que, lamentavelmente, foi perdida na Lei 11.106/2005.

A redação anterior do art. 229 mostrava-se, já há algum tempo, incrivelmente defasada. Não havia mais sentido em manter no tipo a expressão “lugar destinado a encontros para fins libidinosos” já que isso, formalmente, incluiria estabelecimentos absolutamente aceitos na sociedade atual, tais como os *metéis*.

A redação atual do tipo dirige-se, efetivamente, a dos fins visados pela nova lei, que é a repressão da exploração da dignidade sexual da pessoa sob qualquer forma. Assim é que a lei restringe-se, atualmente, à punição daquele que mantém o estabelecimento em que ocorra a *exploração sexual*, ocorra ou não a intenção de lucro (prostituição).

Dessa forma, reprime-se aquele que promove a exploração sexual, sem reprimir a prática da prostituição em si que, como já dissemos anteriormente, não é ilícita.

5. AÇÃO PENAL

Por fim, destaca-se a alteração procedida pela Lei 12.015/2009 no que tange à ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. Na redação original do Código Penal, previa-se que a ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e de corrupção de menores era, em regra, de iniciativa privada.

Essa antiga disposição gerava controvérsias, principalmente no que se referia aos crimes complexos (estupro e atentado violento ao pudor), já que o meio de execução (ameaça ou violência), quando praticados de forma autônoma (respectivamente, arts. 129 e 147 do Código Penal), eram de ação pública.

Inicialmente, a questão chegou a ser pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 608, que prevê:

“No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal concretizado nessa Súmula (de 1984) decorria do fato de que a violência real, como meio de execução do crime de estupro (e também do atentado violento ao pudor) seria sempre infração de ação pública incondicionada (lesão corporal ou via de fato).

Porém, com o advento da Lei 9.099/95, a discussão reiniciou-se. Referida lei previu que o crime de lesão corporal simples seria de ação pública condicionada. Por extensão, passou-se a considerar que a iniciativa do Ministério Público na contravenção de vias de fato também dependeria de representação do ofendido.

Passou-se, então, a indagar: se o crime de ameaça é de ação pública condicionada e esse fato não transforma o estupro cometido mediante grave ameaça, nos termos da Súmula 608 do STF em crime de ação pública, tal Súmula permanece válida após a lesão corporal (violência real) ter sido transformada, também, em crime de ação pública condicionada? Embora o Supremo não tenha cancelado essa súmula após o advento da Lei 9.099/95, a questão persistiu.

Era, também, difícil conciliar o fato de o estupro e o atentado violento ao pudor, crimes de tamanha gravidade (considerados, inclusive, hediondos pela Lei 8.072/90), fossem de ação penal de iniciativa privada. Nesse sentido, já defendia Eugênio Pacelli de Oliveira, antes do advento da Lei 12.015/09:⁸⁶

“Se já era inaceitável a jurisprudência nesse sentido – o de admitir ações privadas para crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados sem violência *real*, e, sim, *moral* –, agora, a partir de recentes julgamentos na Suprema Corte, a questão passou a ser teratológica.

“Com efeito, a Suprema Corte vem decidindo que o estupro e o atentado violento ao pudor, praticados em quaisquer de suas formas, simples ou qualificadas, caracterizam-se como *crimes hediondos*, independentemente do resultado qualificado previsto no art. 223. Sem adentrar o mérito da interpretação (...) o fato é que ali se vislumbra o alto grau de reprovação aos citados delitos.

(...)

“Como, enfim, lidar com uma ação penal *privada*, informada pelo princípio da *disponibilidade*, e não pela obrigatoriedade, em um crime considerado *HEDIONDO*? Morta a vítima, divulgado o fato, instruído o processo, não remanesceria qualquer interesse público a ser tutelado?”

A nova redação do art. 225 solucionou essas questões, transformando os crimes dos Capítulos I e II em de ação pública condicionada, ressaltando, no parágrafo único que, quando a vítima for menor de 18 anos ou vulnerável, a ação será pública incondicionada.

Modificação extremamente salutar. Ao prever, em regra, para os crimes contra a liberdade sexual a ação pública condicionada, a nova lei elimina as perplexidades causadas pela previsão

⁸⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 142/143.

anterior de ação de iniciativa privada, mantendo, contudo, a discricionariedade da vítima quanto ao desejo de representar ou não.

E, ao prever para os crimes sexuais contra menores e vulneráveis a ação pública incondicionada, retira dos representantes legais a discricionariedade, mantendo toda a iniciativa nas mãos do Ministério Público, o que atende à supremacia do interesse público sobre o particular no que pertine à proteção da criança e do adolescente.

6. CONCLUSÃO

Como dito no início, o propósito desse estudo era apenas o de analisar as mudanças introduzidas no Código Penal pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, não de fazer um estudo sistemático de todos os crimes contra a dignidade sexual.

Por essa razão, restringimo-nos à análise das mudanças mais relevantes introduzidas pela nova lei, como contributo para o início do estudo do impacto dessa nova legislação.

Para encerrar, não poderíamos deixar de anotar que, na verdade, de nada adiantará a existência de nova lei, com a previsão de novos crimes e de penas mais altas, se, na prática, não houver melhor aparelhamento e mais eficiência dos órgãos públicos encarregados da fiscalização, investigação, processo e punição daqueles que praticam essa sorte de atos abomináveis e dignos resposta firme e certa do Estado.

7. BIBLIOGRAFIA

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. 3 ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1981. Volume 2.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 4 ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1958. Volume 8.

MESTIERI, João. Do Delito de Estupro. 1 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1982.

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. 17.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1979. Volume 3.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General* t. I - traduzida da 2ª ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal – Editorial Civitas: Madrid, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et alii. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LEI ANTIDROGAS: LIBERDADE PROVISÓRIA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: VEDAÇÃO LEGAL PRE VISTA NO ART. 44 DA LEI N. 11.343/06. VISÃO CONCRETISTA, PRINCIPIOLÓGICA E CONSTITUCIONALISTA DO DIREITO

Guilherme Tinti de Paiva

Bacharel em Direito pelo Instituto Vianna Júnior.
Pós-graduando em ciências penais pelo IEC-PUC-MG. Defensor Público do Estado de Minas Gerais

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é realizar uma análise crítica da proibição de concessão da liberdade provisória e substituição da pena nos casos de cidadãos autuados em flagrante e denunciados por suposta prática dos delitos previstos na Lei n. 11.343/06.

O exercício das funções institucionais junto à Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, atuando, em específico, perante a 3ª Vara de Tóxicos de Belo Horizonte e junto à Defensoria Pública criminal especializada em segunda instância, durante o período de março de 2008 a janeiro de 2010 trouxeram experiências concretas que permitem e tornam necessário o aprofundamento do debate, não existindo, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, entendimento unânime a respeito da matéria.

A Lei n. 11.343/06, em seu artigo 44, veda expressamente a concessão de liberdade provisória e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Na prática, diversos pedidos de concessão de liberdade provisória e aplicação de penas alternativas são negados com fundamento exclusivo na vedação prevista na legislação antidrogas e, rotineiramente, presenciamos diversos assistidos serem absolvidos e liberados após permanecerem presos preventivamente por período superior a 05 meses, podendo chegar, em caso de absolvição em segunda instância, 01 ano e 05 meses, acarretando prejuízos muita das vezes irreparáveis.

Pretendemos, pois, neste trabalho, suscitar a incompatibilidade do dispositivo legal, a partir de uma visão crítica do direito, demonstrando, de maneira clara e objetiva, que a Constituição da República somente admite a prisão provisória, antes do trânsito em julgado, quando os requisitos da prisão cautelar se encontram presentes, padecendo a norma prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/06 de vício de inconstitucionalidade material. Por outro lado, busca demonstrar a incompatibilidade da vedação apriorística da aplicação das penas alternativas com o princípio constitucional da individualização da penas.

2. Possíveis limitações constitucionais e legais à concessão de liberdade provisória

Algumas decisões que não concedem a liberdade provisória se pautam em uma "possível" vedação prevista na própria Constituição da República, além da disposição legal contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06.

Entretanto, tal interpretação do texto constitucional não se encontra, *data venia*, pautada em argumentos sólidos e válidos, de maneira que não se sustentam após uma visão completa dos institutos envolvidos.

Argumenta-se que a proibição de liberdade provisória decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (art. 5º, inc. XLIII). Vejamos a seguinte ementa de um Habeas Corpus julgado pela primeira turma do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente. 3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 4. Ordem denegada.⁸⁷

No entanto, os argumentos apresentados não encontram suporte na Constituição da República, constituindo, *data venia*, interpretação desarrazoável das normas constitucionais.

A Constituição da República, quando trata dos crimes hediondos e a ele equiparados, definiu, expressamente, os benefícios que não podem ser concedidos, *in verbis*:

“Art. 5º (...) XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da 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 omitem”.

Em nenhuma oportunidade a Constituição veda expressamente a possibilidade de concessão de liberdade provisória. A assertiva no sentido de que os delitos de tráfico, além daqueles considerados hediondos, são insuscetíveis de fiança, não pode ser interpretada para alcançar a liberdade provisória sem fiança, uma vez que esta é um adicional em relação aquela, sob pena de se consagrar a regra da analogia *in malam partem*, vedada expressamente pelo texto constitucional, e porque o texto legal não dá margem à incidência da interpretação analógica, vez que a redação do dispositivo é objetiva e sucinta.

⁸⁷ HC 98548, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 24/11/2009, DJE-232 DIVULG 10-12-2009 PUBLIC 11-12-2009 EMENT VOL-02386-02 PP-00404

A liberdade provisória é o gênero, que inclui duas espécies, segundo o disposto no art. 310 do Código de Processo Penal. Assim, pode ser concedida sob duas condições: 1) apresentação de fiança; 2) sem apresentação de fiança;

Ao vedar a concessão de fiança a Constituição visa assegurar que a manutenção do flagrante fica condicionada à presença dos requisitos que autorizam a prisão cautelar, hipóteses taxativamente previstas no art. 312 do CPP, exigindo-se que a liberação do autuado somente ocorra sob o crivo judicial e nos casos em que a prisão não for necessária.

A liberdade obtida por meio da fiança não fica condicionada à análise dos requisitos que autorizam a prisão preventiva. Se couber fiança, a liberdade será concedida, independente dos motivos que autorizam a custódia preventiva estejam presentes ou não.

Nos casos de crimes hediondos e a ele equiparados, a liberdade provisória fica condicionada à ausência dos requisitos que autorizam a custódia cautelar. Essa a restrição que a Constituição impôs, de maneira a assegurar o controle judicial, com razoabilidade, sem excessos, de maneira a preservar o núcleo fundamental do princípio do estado de inocência e, ao mesmo tempo, assegurar a instrumentalidade do processo e do direito penal.

A liberdade provisória é instituto que encontra previsão expressa na Constituição da República. Dispõe o art. 5º, inciso LXVI, que

“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança...”

Se a intenção do legislador constituinte fosse realmente excluir a liberdade provisória nos crimes hediondos e a ele equiparados não teria incluído o adjetivo “inafiançável”. Eugênio Pacelli de Oliveira, a propósito, leciona:

“Por isso, quando a Constituição veio a se referir à inafiançabilidade para os crimes de racismo e de tortura, e outros, incluindo os previstos no Estatuto do Desarmamento (arts. 14 e 15) e na Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06), a única conclusão que se poderia e que se pode extrair do texto é a vedação da concessão da liberdade provisória com fiança. Não há de se falar em proibição da aplicação do art. 310, parágrafo único, seja porque não houve referência expressa na Constituição – e é a própria Constituição que reconhece também existência do regime de liberdade provisória sem fiança (art. 5º, LXVI) -, seja sobretudo, porque não se interpreta uma norma constitucional superveniente com base exclusivamente com base exclusivamente na legislação ordinária então vigente...”⁸⁸

E, mais. Por se tratar de prisão antes de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, a liberdade provisória deve ser interpretada em sintonia com o princípio constitucional do estado de inocência, consagrado como um dos pilares do direito fundamental à liberdade no Estado Democrático de Direito.

O direito fundamental à liberdade provisória somente pode ser restringido, por meio da lei, com base em fundamentos de cautela, atuando a prisão antes do trânsito em julgado como instrumento de cautela necessária à efetividade do processo, e não como forma de punição do simples flagrante.

E isso porque o artigo 5º, LVII, dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

E para demonstrar ainda mais a inconsistência dos argumentos no sentido da existência de óbice na constituição, apresento o seguinte caso concreto, que fica com solução absolutamente desarrazoável.

⁸⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 457/458

Suponhamos que uma pessoa foi atuada em flagrante por suposta prática do crime de homicídio qualificado, delito classificado pela Lei n. 8.072/90, como hediondo. No caso, imagine que o crime foi praticado em situação de legítima defesa.

Dispõe o art. 310 do Código de Processo Penal o seguinte:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Como o juiz, no caso concreto, deveria decidir: Acolher os argumentos no sentido de que por se tratar de crime hediondo não seria possível a concessão de liberdade provisória, ou adotar a solução prevista em lei, concedendo o direito de responder ao processo em liberdade, salvo a existência de motivo concreto que justifique a prisão?

Certamente, no caso, diante da constatação de que o fato possivelmente estaria amparado por uma causa excludente da ilicitude, o mais razoável e compatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência, razoabilidade e acesso à justiça seria a concessão da liberdade provisória, de maneira a preservar o direito fundamental à liberdade, sem prejudicar, por outro lado, a garantia da aplicação da lei penal e preservação da ordem pública.

O direito vem demonstrando que soluções abstratas e genéricas, para todo e qualquer caso, não se adequa ao princípio constitucional do acesso à justiça, que exige não apenas a possibilidade de acesso ao judiciário, mas o oferecimento e obtenção de uma prestação jurisdicional célere, justa e efetiva, que protege, com a máxima efetividade, o direito fundamental à liberdade.

A Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais atuou em defesa de um assistido, que permaneceu preso por período superior a 08 meses e, quando do julgamento do recurso de apelação, o Egrégio Tribunal de Justiça decidiu pela absolvição, por não existirem provas suficientes para uma condenação.

O assistido era primário, não tinha sequer uma passagem pela polícia, possuía residência fixa, trabalhava e, ainda, colaborava para a manutenção de seu núcleo familiar. Com a prisão, iniciaram-se problemas familiares, como a necessidade de mudança de residência em decorrência da redução da renda familiar, problemas psicológicos, que ainda persistiram mesmo após a saída do sistema prisional, que são agravados com a precariedade do sistema de apoio ao egresso e serviços públicos de saúde.

Não existia nenhum elemento concreto, tal como o risco de reincidir na prática de crimes, não fugiria no curso do processo, e nem tampouco iria ameaçar testemunhas ou provocar danos processuais, sendo a manutenção daquela prisão provisória, que acarreta, sempre, digo sempre, danos irreversíveis, absolutamente desnecessários para fins legítimos do direito penal.

Essa experiência vem a demonstrar a necessidade de aprofundamento da discussão e aumenta a convicção de que as vedações genéricas, e soluções apriorísticas, retiram do direito o que lhe é fundamental, a especificidade do caso concreto, principalmente em matéria penal.

Portanto, não existe óbice na Constituição da República para a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos, ficando reservado à lei definir os requisitos para a concessão do benefício.

A legislação infraconstitucional (art. 44 da Lei n. 11.343/06) dispõe, no entanto, que é vedada a liberdade provisória.

Art. 44. 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.

O legislador, ao editar a Lei nº 11.343/06 (art. 44), não observou princípios constitucionais da presunção da inocência (art. 5º, LVII), da necessidade de fundamentação das decisões do Poder Judiciário (art. 5º, LXI e 93, IX), do devido processo legal (art. 5º, LIV) e do acesso à justiça (art. 5º, XXXV).

O mencionado dispositivo legal viola, ainda, o disposto nos art. 5º, incisos LXVI e LV, ambos da Constituição da República.

O princípio constitucional da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII, da Carta da República impõe os seguintes mandamentos normativos a fim de assegurar o direito fundamental à liberdade: a) o ônus da prova a respeito da imputação do crime é atribuído, exclusivamente, ao órgão da acusação; b) a custódia cautelar do cidadão somente é admitida quando estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que ele é responsável pelo delito, bastando, para a sua absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (*in dubio pro reo*).

Dai resulta que a prisão só pode ser imposta no curso do processo a título cautelar, de modo que se estiverem presentes as condições de prisão cautelar, o flagrante se mantém, devendo a manutenção da prisão ser devidamente fundamentada pela autoridade judiciária quando da comunicação pela autoridade policial. Caso não estejam presentes as condições de prisão cautelar, o flagrante não se mantém, independente de a lei considerar inafiançável o delito.

A Lei 11.343/06 prevê, abstratamente, que a simples prática do crime de tráfico de drogas é medida cautelar necessária. Isto é, será preso porque a lei o que quer antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A prisão preventiva obrigatória é incompatível com a ordem constitucional vigente. A lei não pode fazê-lo. Só pode fazê-lo, diante dessas normas constitucionais, se a prisão tem título cautelar, se corresponde a uma das hipóteses do art. 312, tendentes a assegurar a efetividade do processo ou de uma pena.

Na ocasião do julgamento da ADI 3112, o Ministro Cezar Peluso, pontificou o seguinte a respeito do princípio da presunção de inocência e a necessidade de demonstração dos requisitos da prisão cautelar.

“Para resolver esses três dispositivos legais, temos que, correspondente e coincidentemente, examinar três normas constitucionais importantes. A primeira é o inciso LIII do art. 5º, que é uma garantia, mal denominada, “presunção de inocência”, pois não se trata de presunção no sentido técnico, nem no sentido atécnico, senão de garantia daquele que se encontra na condição de réu, no curso do processo que ainda não chegou ao termo definitivo, de não sofrer, por parte de Estado, nenhuma sanção ou nenhuma medida que tenha o caráter sancionatório e que, portanto, implique restrição de qualquer direito de qualquer espécie. Essa é a primeira garantia.

(...)

E, mais do que isso, temos que conjugar esses dois dispositivos com o inciso LXVI, porque nele a Constituição sublimou à condição de Direito Fundamental o direito à liberdade provisória. Estabeleceu o direito à liberdade provisória como direito fundamental, com ou sem fiança. Daí resulta que a prisão só pode ser imposta no curso do processo a título cautelar, de modo que, se se reúnem as condições de prisão cautelar, o flagrante se mantém; se não se reúnem as condições de prisão cautelar, o flagrante não se mantém, independente de a lei considerar inafiançável o delito.

(...)

Nisso cairíamos também já no exame do art. 21, onde temos a volta prisão preventiva obrigatória, que a mim parece incompatível com a ordem constitucional vigente. Isto é, está preso porque a lei o que quer antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A lei não pode fazê-lo. Só pode fazê-lo, diante dessas normas constitucionais, se a prisão

tem título cautelar, se corresponde a uma das hipóteses do art. 312, tendentes a assegurar a efetividade de uma pena futura e eventual. Não é o caso.

O Ministro Ricardo Lewandowski, na ocasião do julgamento, assim se manifestou acerca do princípio da presunção de inocência:

“só para ficar claro, estou considerando inconstitucional justamente a vedação da liberdade provisória, por entender que ela ofende o princípio de presunção de inocência, contida na Constituição; a obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão, da mesma forma nela incluído; e o devido processo legal, que também está na Carta Magna, salvo engano.(página 527)

(...)

“Vossa Excelência me permite? Estou afastando também a constitucionalidade desse dispositivo dizendo que nosso sistema constitucional não compadece com a prisão ex lege. Se a prisão for necessária, o juiz decretará prisão cautelar.”(p. 532)

Destaque-se, por oportuno, a ementa ADI 3112. *Verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE. INTROMISSÃO DO ESTADO NA ESFERA PRIVADA DESCARACTERIZADA. PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO RECONHECIDA. OBRIGAÇÃO DE RENOVAÇÃO PERIÓDICA DO REGISTRO DAS ARMAS DE FOGO. DIREITO DE PROPRIEDADE, ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO ALEGADAMENTE VIOLADOS. ASSERTIVA IMPROCEDENTE. LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS. FIXAÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA A AQUISIÇÃO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DE REFERENDO. INCOMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL. PREJUDICIALIDADE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. (...) V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente...⁸⁹

Ao nosso entender a vedação abstrata à concessão da liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06 restringiu, de maneira desarrazoável, o direito fundamental à liberdade provisória, não se baseando tal restrição em elementos de cautela, mas, sim, como forma de punição antecipada do cidadão autuado em flagrante.

É certo que o legislador poderia negar o direito à concessão da liberdade provisória, mas, com um núcleo fundamental que não pode ser violado, qual seja, a cautelaridade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

⁸⁹ ADI 3112/DF; Relator Ministro Ricardo Lewandowski; Data de Publicação: 02/05/2007

Na ordem constitucional vigente, segundo os princípios do estado de inocência (art. 5º, XVII) e do direito fundamental à liberdade provisória (art. 5º, LXVI), a prisão antes do trânsito em julgado somente pode se basear em elementos de cautela e nunca de antecipação de punição.

Impedir a concessão da liberdade provisória pelo simples fato de se tratar de tráfico ilícito de entorpecentes, por si só, caracteriza uma norma de caráter punitivo, o que não é possível em se tratando de prisão antes do trânsito em julgado.

O agente que for autuado em flagrante pela prática do delito de tráfico deverá, obrigatoriamente, permanecer preso durante o processo, não sendo possível a concessão da liberdade provisória mediante a demonstração da ausência dos requisitos da cautelaridade.

A ordem constitucional vigente não admite prisões automáticas, sem o requisito da cautelaridade, sendo absolutamente contrária ao princípio da presunção de inocência.

A impossibilidade de argumentação a fim de demonstrar a ausência dos requisitos da cautelaridade da prisão também viola o devido processo legal, na medida em que restringe de maneira desarrazoável a ampla defesa.

A ampla defesa é cerceada na medida em que não se afigura possível demonstrar que os requisitos da prisão cautelar, estabelecidos pela Lei (art. 312 do CPP), não se encontram presentes. A legislação, em um juízo analítico, proibiu qualquer possibilidade de discussão, o que não se afigura possível.

Tal postura é contrária aos valores decorrentes da ordem constitucional vigente, que estabelece o direito principiológico, que deve ser compreendido, interpretado e aplicado caso a caso, sob pena de danos irreparáveis, o que não é compatível com o Estado Social e Democrático de Direito.

Pretendemos demonstrar como a construção de um direito principiológico, marcado pelos elementos fáticos de cada caso concreto, pode evitar danos irreparáveis aos cidadãos.

A vedação à possibilidade de análise da ausência dos requisitos da cautelaridade, pelo fato da lei presumir abstratamente a necessidade da custódia, viola a garantia do acesso à justiça prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

A ordem constitucional vigente não garante apenas o acesso à justiça, mas, sim, o acesso efetivo e justo. A concessão de medidas cautelares, consistentes na possibilidade de responder ao processo em liberdade, mediante a demonstração da plausibilidade da alegação, proporciona o efetivo e justo acesso à justiça, razão pela qual a vedação abstrata da concessão da liberdade provisória, independente da análise dos requisitos de cautela, ofende a garantia presente no art. 5º, XXXV, CR.

Em recente decisão o Supremo Tribunal Federal concedeu medida liminar em Habeas Corpus interposto no exercício das funções institucionais perante a defensoria pública criminal especializada em segunda instância, tendo como relator o Ministro Cezar Peluso, que assim decidiu pelo afastamento da súmula 691 do STF e pela concessão da liberdade provisória:

“A Segunda Turma tem rejeitado a mera referência ao art. 44 da Lei nº 11.343/06 como suficiente a manter a prisão em flagrante, uma vez que tal determinação “é expressiva de afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII da Constituição do Brasil). Daí resultar inadmissível, em face dessas garantias constitucionais, possa alguém ser compelido a cumprir pena sem decisão transitada em julgado, além do mais impossibilitado de usufruir benefícios da execução penal” (HC 99.278/MC, Rel. Min. EROS GRAU, DJe 04/06/2009. No mesmo sentido: HC nº 99.832, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 17/11/2009; HC nº 100.742, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 03/11/2009; HC nº 93.056, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 15/05/2009; HC nº 99.043/MC, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJe 03/06/2009; HC nº 100.733/MC, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 10/11/2009.

Diante da patente incompatibilidade entre o art. 44 da Lei nº 11.343/06 e o direito penal constitucional, há de se rejeitar a posição adotada pela sentença condenatória, no sentido de que a vedação legal é fundamento suficiente para a concessão da liberdade provisória. Assim, o decreto prisional – ou a decisão que mantém a prisão em flagrante – deve observar os requisitos de cautelaridade dispostos no art. 312 do CPP.”⁹⁰

No informativo n. 533 do Supremo Tribunal Federal consta a publicação de decisão do Ministro Celso de Melo no mesmo sentido:

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. VEDAÇÃO LEGAL ABSOLUTA, EM CARÁTER APRIORÍSTICO, DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. LEI DE DROGAS (ART. 44). INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO “DUE PROCESS OF LAW”, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE. O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA “PROIBIÇÃO DO EXCESSO”: FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADI 3.112/DF (ESTATUTO DO DESARMAMENTO, ART. 21). CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. NÃO SE DECRETA PRISÃO CAUTELAR, SEM QUE HAJA REAL NECESSIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO, SOB PENA DE OFENSA AO “STATUS LIBERTATIS” DAQUELE QUE A SOFRE. EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA: FATOR QUE, POR SI SÓ, NÃO AUTORIZA A PRISÃO PREVENTIVA. IRRELEVÂNCIA, PARA EFEITO DE CONTROLE DA LEGALIDADE DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR, DE EVENTUAL REFORÇO DE ARGUMENTAÇÃO ACRESCIDO POR TRIBUNAIS DE JURISDIÇÃO SUPERIOR. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em recentes decisões, publicadas no informativo n. 572 vem assim decidindo:

A Turma deferiu habeas corpus a fim de que condenada pelos crimes descritos nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006 seja posta em liberdade. No caso, a paciente, presa em flagrante, fora condenada em primeira instância e tivera negado o seu pleito de apelar em liberdade, ao argumento de persistirem os fundamentos da prisão cautelar anteriormente decretada. Alegava a impetração que não haveria base concreta à justificação da custódia cautelar para garantia da aplicação da lei penal, não passando a afirmação judicial nesse sentido de mera presunção. Sustentava, ainda, ser a paciente primária, ter bons antecedentes e residência fixa, além de já ter progredido para o regime semi-aberto. HC 101505/SC, rel. Min. Eros Grau, 15.12.2009. (HC-101505)

Aduziu-se que a necessidade de garantia da ordem estaria fundada em conjecturas a respeito da gravidade e das conseqüências dos crimes imputados à paciente, não havendo qualquer dado concreto a justificá-la. Asseverou-se que, no que tange à conveniência da instrução criminal — tendo em conta o temor das testemunhas —, a prisão deixara de fazer sentido a partir da prolação da sentença condenatória. Considerou-se que a circunstância, aventada na sentença, de que a prisão em flagrante consubstanciaria óbice ao apelo em liberdade não poderia prosperar, dado que a vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em

⁹⁰ HC 101100, Relator Ministro Cezar Peluso.

flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo art. 44 da Lei de Drogas, implicaria afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana (CF, artigos 1º, III, e 5º, LIV, LVII). Frisou-se, destarte, a necessidade de adequação da norma veiculada no art. 5º, XLII, da CF — adotada pelos que entendem que a inafiançabilidade leva à vedação da liberdade provisória — a esses princípios. Enfatizou-se que a inafiançabilidade, por si só, não poderia e não deveria — considerados os princípios mencionados — constituir causa impeditiva da liberdade provisória. HC 101505/SC, rel. Min. Eros Grau, 15.12.2009. (HC-101505)

Evidenciou-se, assim, inexistirem antinomias na CF. Ressaltou-se que a regra constitucional — bem como a prevista na legislação infraconstitucional — seria a liberdade, sendo a prisão exceção, de modo que o conflito entre normas estaria instalado se se admitisse que o seu art. 5º, XLII, estabelecesse, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória. Saliu-se ser inadmissível, ante tais garantias constitucionais, compelir-se alguém a cumprir pena sem decisão transitada em julgado, impossibilitando-o, ademais, de usufruir de benefícios da execução penal. Registrou-se não se negar a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes, nocividade aferível pelos malefícios provocados no quanto concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Esclareceu-se, por fim, todavia, que se imporia ao juiz o dever de explicitar as razões pelas quais cabível a prisão cautelar. HC 101505/SC, rel. Min. Eros Grau, 15.12.2009. (HC-101505)⁹¹

O posicionamento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça vem sendo firme no sentido de que “a vedação trazida pelo art. 44, da Lei nº 11.343/06, por si só, não constitui fundamento idôneo a justificar a manutenção da segregação cautelar. Assim, de rigor o reconhecimento de constrangimento ilegal.” Destaco alguns dos precedentes obtidos pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (HC 149.562, Relator Ministro OG Fernandes, HC 149.563, Relator Ministro Celso Limongi, e HC 133.932, Relator Ministro OG Fernandes, HC 161.802, Relator Ministro Celso Limongi 142.799, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura).

Por fim, a título de informação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral com relação a possível vício de inconstitucionalidade no mesmo art. 44 da Lei nº 11.343/06, que veda a possibilidade de concessão de liberdade provisória. *Verbis*:

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Joaquim Barbosa. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso, Celso de Mello e Cármen Lúcia.⁹²

Assim, conclui-se que inexistente vedação constitucional à concessão da liberdade provisória nos casos de crimes previstos na Lei n. 11.343/06, não podendo a manutenção da prisão em flagrante ser fundamentada apenas na previsão legal do art. 44 da lei antidrogas, devendo ser motivada em elementos concretos e nas hipóteses previstas no art. 312 do CPP.

3. Vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade

Com relação à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, vem predominando na jurisprudência o entendimento pela impossibilidade, diante da

⁹¹ Informativo 572 do Supremo Tribunal Federal

⁹² Recurso Extraordinário nº 601.384

previsão do art. 44 da Lei n. 11.343/06. Entretanto, pretendemos demonstrar que vedação legal, de maneira genérica e abstrata, viola a Constituição da República.

A Constituição da República estabeleceu, taxativamente, os benefícios que não podem ser concedidos para os crimes hediondos e os a eles equiparados. *Verbis*:

“Art. 5º (...) XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da 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 omitem”.

Em nenhum dispositivo a Constituição da República impede e veda a concessão da pena alternativa aos delitos hediondos e a ele equiparados, não fazendo qualquer diferenciação quanto à individualização da sanção, não excluindo da possibilidade de análise pelo magistrado da pena concreta, do regime e demais meios punitivos, suficientes e adequados para fins constitucionalmente legítimos do Direito Penal, necessariamente, Constitucional.

A própria Constituição da República, apesar de delegar à legislação ordinária completar a lista dos crimes hediondos, definiu um limite material, qual seja, a não concessão dos benefícios da fiança, da graça e da anistia para os que incidirem em tais delitos, não excluindo a vedação à aplicação das penas alternativas.

A Constituição da República, no art. 5º, XLVI, assegurou, logo após tratar dos crimes hediondos e a ele equiparados, o princípio da individualização das penas, prescrevendo, dentre elas, as penas restritivas de direitos:

“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;

Logo, no plano constitucional, não há restrição à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Em nenhum momento a Constituição da República restringiu a garantia prevista no art. 5º, XLVI, CR, em especial, a aplicação das penas alternativas aos delitos hediondos e a ele equiparados.

Estar-se-ia diante, assim, de opção constitucional, que, além de cultivar o vetor da proporcionalidade entre os bens jurídicos violados e a resposta punitiva do Estado, traduziria que a pena privativa de liberdade corporal não seria a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal quando se tratar, inclusive, de crimes hediondos e a ele equiparados.

O Supremo Tribunal Federal, por meio de seu órgão máximo, o plenário, já havia consagrado o entendimento de que apenas por se tratar tráfico ilícito de entorpecentes não é vedada a substituição da pena.

“Habeas Corpus. 2. Tráfico de Entorpecentes. 3. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito. 4. Ausência de proibição expressa na Lei 8.072/90 que impeça a concessão de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito aos condenados pela prática de crime de tráfico de entorpecente. 5. Definição da espécie da

pena deve ser anterior à fixação do regime de seu cumprimento. 6. Precedentes. 7. Ordem deferida.⁹³

No plano infraconstitucional existe a vedação prevista nos artigos 33, §4º e 44 da Lei nº 11.343/06, que vem sendo aplicada pelos operadores, sem maiores discussões. A questão posta, portanto, consiste em definir e identificar a (in)constitucionalidade do dispositivo legal.

Com o presente trabalho pretendemos demonstrar que a vedação genérica e abstrata afronta os princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CR), da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 5º, LIV, CR), bem como os subprincípios deste, quais sejam adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, princípios que são norteadores do direito penal moderno, e são abarcados pela Carta Magna.

O princípio da individualização das penas atua em três dimensões. Primeiramente, no âmbito legislativo. Posteriormente, na fase judicial, quando da aplicação e fixação das penas pelo magistrado que julga a pretensão punitiva. Por fim, na fase de execução da pena. Pois bem.

A fase em que o juiz aplica a pena significa a imperiosa tarefa de transportar para as singularidades objetivas e subjetivas do caso concreto os comandos abstratos da lei. Nessa primeira etapa da concretude individualizadora da reprimenda, o juiz sentenciante se movimentaria com irreprimível discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade, e outra que já não tivesse por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado, sem prejuízo, de que a proposição da lei pudesse ser endurecedora nos crimes enunciados pela Constituição Federal (art. 5º, LXIII).

A lei não poderia fechar para o julgador a porta da alternatividade sancionatória, podendo estabelecer, no entanto, a cumulação da pena que tivesse por conteúdo a liberdade com outra pena desvestida de tal natureza.

O Direito Penal poderia cumular penas, inclusive a privativa e a restritiva de liberdade corporal (CF, art. 37, § 4º), mas lhe é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se deslocar com discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória, levando em consideração as peculiaridades de cada indivíduo submetido ao controle estatal.

Uma coisa seria a lei estabelecer condições mais severas para a concreta incidência da alternatividade, severidade legal jurisdicionalmente sindicável tão-só pelos vetores da razoabilidade e da proporcionalidade, outra seria proibir pura e secamente, como fez o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, a convação da pena supressora ou restritiva da liberdade em pena restritiva de direitos.

Com o advento da Lei n. 9.714/98, o legislador ordinário ampliou as possibilidades de aplicação de medida alternativa ao aprisionamento, isto é, a pena restritiva de direitos, conferindo ao art. 44 do CP a sua atual redação, o qual fixa as balizas da substituição com base em pressupostos de ordem objetiva e subjetiva, ou seja, juízos de ponderação ("Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: ... III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.").

A reforma no Código Penal atuou de maneira a concretizar a garantia constitucional da individualização de toda e qualquer reprimenda. Assim, no momento da sentença, o juízo de suficiência da pena convolada seria do magistrado inafastavelmente como consequência mesma da garantia da individualização da pena que seria a pena personalizada, em função das circunstâncias objetivas do crime e das condições do protagonizadoras do agente e também da vítima.

Tratar-se-ia, portanto, de necessário recurso à ponderação judicial de fatos típicos e sua autoria delituosa, na trama de um "processo orteguiano" de concretização constitucional que o art. 59 do CP teria vindo a completar ("Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à

⁹³ HC 85894 - Plenário - Rel. Ministro Gilmar Mendes - 19.04.2007

conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”).

O Poder Legislativo não pode, como fez com a Lei n. 11.343/06, no exercício de sua competência, editar leis que violem princípios constitucionais. Como bem ensina Alexy “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.”⁹⁴

Para fomentar ainda mais o debate acerca da necessidade do controle de constitucionalidade dos atos legislativos, conforme bem salientou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, *verbis*:

as margens de ação conferidas constitucionalmente ao legislador em matéria penal e sua limitação pelo princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (...) e proibição de proteção deficiente (...)

Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõe ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A idéia é que a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.

A reserva da lei penal configura-se como reserva legal proporcional (...): a proibição do excesso funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente como limite mínimo da intervenção legislativa penal.

Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal”⁹⁵

A vedação abstrata e genérica, sem levar em consideração as peculiaridades do caso concreto - primariedade, antecedentes, o *quantum* da pena e, principalmente, a necessidade e suficiência da pena (artigos 44 e 59 do Código Penal) e, diante das condições pessoais e sociais do apenado - afronta o princípio da individualização das penas, consagrado no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, eis que impossibilita ao julgador, diante do caso concreto, aplicar a pena que mais se adequa às condições pessoais do acusado e às necessidades de prevenção ao crime.

O princípio da proporcionalidade, no âmbito do Direito Penal, possui importante destaque de servir como instrumento de balizamento e concretização do princípio constitucional da individualização das penas, permitindo que medidas menos gravosas sejam aplicadas, quando sejam suficientes e adequadas para atingir a finalidade da pena.

O princípio da proporcionalidade se depreende da própria essência da Constituição, sendo decorrente da cláusula do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV.

Segundo o princípio da proporcionalidade, em especial, subprincípio adequação, uma atuação estatal (legislativa, judiciária e administrativa) que intervém nos direitos fundamentais deve ser adequada para a obtenção de fim constitucionalmente legítimo.

O subprincípio da adequação implica duas exigências para toda e qualquer intervenção nos Direitos Fundamentais: 1) existência de um fim constitucionalmente legítimo; 2) a adequação ou idoneidade do meio escolhido e adotado para favorecer a obtenção deste fim.

Desta forma, o aplicador do direito, em especial, o Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional de controle de constitucionalidade, deve verificar qual fim a medida procura

⁹⁴ Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes

⁹⁵ ADI 3112-1, que julgou inconstitucional disposição legal que vedava, abstratamente, a liberdade provisória (art. 21 da Lei nº 10.826/06)

concretizar e, posteriormente, analisar a relação entre o meio e o fim, para determinar se o meio favorece, de algum modo, a realização do fim.

Se o fim interventivo é constitucionalmente ilegítimo ou se não há fim algum, o meio interventivo é arbitrário. A inadequação, no seu extremo, equivale, juridicamente, à arbitrariedade, eis que se pode dizer que o meio não é adequado a obter um fim constitucionalmente ilegítimo. O meio interventivo arbitrário, desproporcional, por falta de adequação, deve ser considerado inconstitucional.

Se o fim for constitucionalmente legítimo, examina-se a adequação meio-fim. O subprincípio adequação diz respeito à aptidão ou adequação de determinado meio para alcançar o fim legítimo pretendido.

Pois bem. A finalidade de tipificação e punição do comércio de substâncias entorpecentes é, sem sombra de dúvidas, constitucionalmente legítimo, não sendo o objetivo do presente abordar a discussão a respeito da descriminalização da conduta.

O fim legítimo da pena, sem maiores aprofundamentos em matéria de teoria das penas, é a busca pela ressocialização do apenado, de maneira que, por meio da pena, se consiga obter a preservação dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos e indispensáveis para o convívio em sociedade.

Objetiva-se com a aplicação da pena fazer com que o apenado não volte a cometer novos crimes e respeite as normas estabelecidas pelo Estado em benefício do bem estar social.

Analisemos, agora, o meio para a obtenção desse fim, fazendo a ressalva da previsão legal de diminuição da pena em até dois terços, quando o réu foi primário, sem antecedentes e não integrar organizações e atividades criminosas (art. 33, §4º, Lei nº 11.343/06), chegando ao ponto da pena concretizada restar estabelecida em 01 ano e 08 meses e na maioria dos casos inferiores a 04 anos de reclusão.

Será que, em todos os casos, a pena privativa de liberdade é adequada para a obtenção do fim almejado?

Sempre, em juízo categórico, a pena privativa de liberdade é necessária, quando se tratar de crime de tráfico ilícito de entorpecente?

Seria adequado, para fins de prevenção especial e geral, manter o condenado primário, sem qualquer envolvimento com crimes e organizações criminosas, na prisão, por um curto período, onde tudo de errado se aprende?

Será que um pequeno encarceramento nas unidades prisionais de nosso país, realidade que deve ser levada em consideração para aplicação de qualquer norma e principalmente pena, servirá para o sentenciado nunca mais voltar a delinquir?

Os índices de reincidência dos apenados que cumpriram pena privativa de liberdade, comparado com os melhores resultados decorrentes das penas alternativas, indicam e demonstram até mesmo a necessidade de adoção de medidas antiprisionais, alternativos às prisões e métodos tradicionais de justiça criminal.

As penas alternativas foram instituídas com a finalidade de evitar que condenados a penas pequenas sejam retirados do convívio social e colocados em ambientes degradantes que, na maioria das vezes, mais prejudica do que beneficia a própria sociedade, tornando ainda mais difícil a ressocialização do apenado.

Seria adequado adotar uma situação mais gravosa, quando se poderiam adotar outras medidas, que certamente atingiriam menos a dignidade do preso e poderiam produzir efeitos mais positivos para a sociedade?

Certamente que não, o que demonstra a inconstitucionalidade do dispositivo na parte em que impede a substituição da pena, na medida em que esvazia o núcleo fundamental do princípio da individualização da pena, aplicando a pena privativa de liberdade mesmo quando exista outra tão eficiente e menos gravosa à dignidade do ser humano.

A prática vem demonstrando que as penas alternativas são muito mais eficazes do que as penas privativas de liberdade, ainda mais, levando-se em consideração os moldes em que as penas privativas de liberdade são cumpridas hodiernamente e os índices de reincidência dos apenados que cumpriram penas alternativas, quando comparado com o índice daqueles que cumpriram pena privativa de liberdade.

Qual pena será mais eficaz para reintegrar o apenado à sociedade: continuar preso num local superlotado, que não garante o mínimo da dignidade da pessoa humana ou a prestação de serviços à sociedade, com melhores chances de recuperação e ressocialização?

Não estamos defendendo a aplicação indistinta das penas alternativas, mas, sim, a possibilidade de, no caso concreto, o juiz, analisando as circunstâncias pessoais do acusado, bem como os motivos que ensejaram o crime e a capacidade de reinserção social, fixar a pena que melhor se amolde, para cumprir fielmente o seu objetivo, que é reintegrar apenado à sociedade, evitando que ele volte a delinquir.

Esse é o espírito norteador da Lei de Execuções Penais, que prescreve em seu artigo 1º:

“A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado”⁹⁶

Luiz Flávio Gomes, por sua vez, destaca a função ressocializadora da pena:

“A pena de prisão, na atualidade, longe está de cumprir sua missão (ou finalidade) ressocializadora. Aliás, não tem cumprido bem nem sequer a função inocuidadora (isolamento), visto que, com frequência, há fugas no nosso sistema. A pena de prisão no nosso país hoje é cumprida de maneira totalmente inconstitucional (é desumana, cruel e torturante). Os presídios não apresentam sequer condições mínimas para ressocializar alguém. Ao contrário, dessocializam, produzindo efeitos devastadores na personalidade da pessoa. Presídios superlotados, vida sub-humana etc. Essa é a realidade. Pouco ou nada é feito para se cumprir o disposto no art. 1º da LEP (implantação de condições propícias à integração social do preso)”⁹⁷

Na mesma esteira de raciocínio, Leonardo Luiz De Figueiredo Costa defende a aplicação das penas alternativas ao crime de tráfico, como uma forma de individualizar o tratamento entre os diferentes níveis de traficante, afirmando que a substituição:

“... traz um alívio ao magistrado e à sociedade, pois possibilita, dentro do espírito da lei brasileira, o tratamento diferenciado entre o grande traficante, o capitalista do tráfico, daqueles que são seu instrumento, suas vítimas, os aviões, as pessoas humildes, os moradores de favelas, os desempregados, que pressionados pelo traficante ou pela própria miséria, são presos com quantidades irrisórias de substâncias entorpecentes que destinavam à venda, com o fim de subsistir ou mesmo de alimentar o próprio vício (...)

Em vez de segregados juntos a marginais de altíssima periculosidade, nas escolas do crime em que se tornaram os presídios, poderão ser reintegrados, de maneira inteligente à sociedade, através da prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas”⁹⁸

⁹⁶ BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de Julho de 1984, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 de jul de 1984.

⁹⁷ GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena e da culpabilidade no direito penal brasileiro, in Wiki-Iuspedia, 18.04.03

⁹⁸ COSTA. Leonardo Luiz De Figueiredo. Lei 9.714/98 – Penas restritivas de direitos: aplicação aos crimes de tráfico de entorpecentes, RT 765/470.

Aliás, se recomenda, tanto hoje quanto ontem, que se evite 'a ação criminógena cada vez maior do cárcere', conforme bem disse o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Nilson Naves:

"Ora, não são de hoje nem de ontem, mas de anteontem os apelos no sentido de que se deve, por uma série de razões de todos nós amplamente conhecidas, incentivar sejam adotadas sanções outras para os denominados delinqüentes sem periculosidade. Por exemplo, confirmaram-se os seguintes tópicos de três exposições de motivos: (I) 'Parece fora de dúvida que a gravidade da situação exige a imediata reformulação de alguns dispositivos legais, de modo a reservar o recolhimento a prisão para os criminosos de maior periculosidade, possibilitando aos estabelecimentos existentes dedicar-se com maior rigor àqueles cuja conduta representa mais acentuado perigo, quer para as pessoas, individualmente, quer para a sociedade, orientação que se coaduna com as recomendações de vários organismos internacionais' (Exposição de Motivos da Lei nº 6.416/77); (II) 'Esse questionamento da privação da liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma 'procura mundial' de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade' (Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Cód. Penal); (III) 'O espírito que norteou a Reforma de 1984 continua presente nesta parte, principalmente quando reafirmamos que 'uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para crimes de pequena e média gravidade, se assim considerar o juiz ser medida justa. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade' (Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 3.473/00, que altera a Parte Geral do Cód. Penal).

Então, se razão estritamente jurídica não houvesse, mas há, sem dúvida que há, razões de política criminal igualmente existem, ótimas e suficientes razões. Nos últimos dias – e isso já aconteceu em outros momentos, inclusive através de palavras minhas –, a imprensa escrita e falada dedicou páginas e páginas, palavras e palavras ao sistema prisional brasileiro, que passa, segundo as reportagens, 'por uma crise sem precedentes'.

Confira-se, entre outras, a edição 316 da Revista Época, que constata, primeiro, que 'cerca de 30% da população prisional poderia estar cumprindo penas alternativas. A aplicação não chega, porém, a 10% dos casos, enquanto na Europa atinge 70%'; segundo, que 'a desorganização prolonga a estada de quem já podia ter saído da prisão'.

Confira-se, também, o artigo de Janio de Freitas publicado na Folha de S. Paulo de 6.6.04, que afirma: 'No Brasil enraizou-se a idéia de que a cadeia é escola do crime. Será a cadeia? Ou a escola do crime é a sociedade que, por suas representações políticas e institucionais, cria e preserva condições das quais o ser humano é levado a sair como ser desumano, se ainda não o era depois das experiências precedentes?'

Já disse, mais de uma vez, mais vale o Penal preventivo que o Penal repressivo; aliás, o agravamento das penas, por si só, não constitui fator de inibição da criminalidade. Estou entre aqueles que defendem a necessidade de um Direito Penal humanitário.⁹⁹

Como explica César Barros Leal:

as penas restritivas de direito surgiram "em resposta à falência do sistema prisional e consolidando a percepção de que o cárcere deve ser visto como ultima ratio, uma mal

⁹⁹ STJ. HC-32.498, DJ de 17.12.04.

necessário que cumpre restringir-se apenas aos crimes mais graves, aos mais violentos', sendo que as alternativas à pena de prisão que permitem ao condenado a manutenção do convívio social, do trabalho e da família mostram-se 'menos onerosas, muito mais humanas e capazes de garantirem a reintegração do condenado'¹⁰⁰

Alberto Silva Franco e Juliana Belloque, com muita propriedade criticam a vedação inserida na nova lei antidrogas:

"Todavia, merecem duras críticas esses dispositivos legais que expressamente retiraram do juiz o poder de análise, no caso concreto, da suficiência da substituição para a prevenção e repressão do delito. A despeito de ter, salutarmente, diferenciado, na quantidade de pena a ser imposta, o pequeno do grande traficante, o legislador, num contrasenso, não procedeu à mesma diferenciação no que toca à espécie de pena a ser imposta, dirigindo-se na contra-mão da moderna política criminal e ferindo, de modo flagrante, o princípio da proporcionalidade, pois proíbe a substituição da privação de liberdade de curta duração, que chega a ficar aquém da metade do limite previsto pelo art. 44 do Código Penal"¹⁰¹

Gilberto Thums e Vilmar Pacheco lecionam:

"A vedação da conversão em penas restritivas de direitos não vai ser atendida cegamente pelos juízes. Ocorre que o STJ já possuía entendimento no sentido de se aplicar, em alguns casos de tráfico de drogas, a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos. Agora, então, com a minorante, com muito mais razão será cabível a substituição.

A matéria vai provocar controvérsias entre os cegos aplicadores da lei e os intérpretes comprometidos com a razoabilidade e o bom senso dentro da idéia de sistema penal como um todo.

Nós sustentamos o cabimento da conversão da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, apesar da proibição legal. Se o juiz chegou a reduzir a pena ao máximo de 2/3, por exemplo, tendo em vista o que dispõe o art. 42, não pode haver impedimento para o magistrado, se entender cabível a conversão."¹⁰²

Imperiosas as palavras do Ministro Gilmar Mendes, Relator do Habeas Corpus n.º 85.894-5/RJ, no qual se pleiteava a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, em crime de tráfico de entorpecentes:

"Sustentei, ainda, que o modelo adotado na Lei 8.072, de 1990, faz tábua rasa do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos, pois não permite que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo a sua capacidade de reintegração social e os esforços envidados com vistas à ressocialização. Retira-se qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena. Parece inequívoco, ainda, que essa vedação à progressão não passa pelo juízo de proporcionalidade.

(...)

¹⁰⁰ LEAL, César Barros. Penas alternativas: uma resposta eficaz. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, jan-jun. 2000, p. 26.

¹⁰¹ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Código Penal e sua Interpretação: doutrina e jurisprudência. 8ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 294.

¹⁰² THUMUS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. Nova Lei de Drogas: crimes, investigação e processo, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p.90

Assim, afastada a vedação à progressão de regime, e pelos mesmos fundamentos desses precedentes e do HC n.º 82.952-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 23.02.06, não vejo óbice à substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, nos crimes hediondos, desde que preenchidos os requisitos legais”.

Na mesma linha de raciocínio do HC n.º 82.959-SP, que declarou a inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime nos crimes hediondos, por violar o princípio da individualização da pena e da humanidade, a tendência do Supremo Tribunal Federal é declarar a inconstitucionalidade da vedação abstrata às penas alternativas.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 97256, de Relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, decidiu submeter ao plenário para analisar possível inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/06. (Informativo 560)

A Turma deliberou afetar ao Plenário julgamento de habeas corpus em que condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º) questiona a constitucionalidade da vedação abstrata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos disposta no art. 44 da citada Lei de Drogas (“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.”). Sustenta a impetração que a proibição, no caso de tráfico de entorpecentes, da substituição pretendida ofende as garantias da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), bem como aquelas constantes dos incisos XXXV e LIV do mesmo preceito constitucional. HC 97256/RS, rel. Min. Carlos Britto, 22.9.2009. (HC-97256)

No informativo n. 579 do Supremo Tribunal Federal anunciou-se o voto do Ministro Ayres Britto, que decidiu pela declaração incidental de inconstitucionalidade do §4º do art. 33, com relação a expressa “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no também aludido art. 44, ambos dispositivos da Lei 11.343/2006.

Oportuno mencionar recente julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n. 102678, em inédita decisão, cujo acórdão ainda não foi publicado, sendo que o trabalho é originário da Defensoria Criminal especializada em segunda instância da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

O Superior Tribunal de Justiça, em especial, a Sexta Turma, vem acompanhando o entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no sentido de admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. No informativo n. 427 consta o seguinte:

“O paciente foi condenado e incurso nas penas do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. O Tribunal *a quo*, à vista do § 4º, reduziu-as em seu grau máximo, ficando estabelecido um ano e oito meses de reclusão em regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena. Inicialmente, destacou o Min. Relator que a Sexta Turma deste Superior Tribunal vem admitindo a substituição da pena mais gravosa desde o julgamento do HC 32.498-RS, DJ 17/4/2004. Destacou, também, que o STF, no julgamento do HC 82.959-SP, entendeu que conflita com a garantia de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF/1988) a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado, nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Entendeu que, como a progressão tem a ver com a garantia da individualização, de igual modo, a substituição da pena mais gravosa. E concluiu pela concessão da ordem, substituindo a pena privativa de

liberdade por duas restritivas de direito: prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, deixando a cargo do juiz da execução estabelecer o que for necessário para a implementação das penas. A Min. Maria Thereza de Assis Moura e o Min. Og Fernandes salientaram que, até agora, seu posicionamento era denegar a ordem de *habeas corpus*, tendo em vista a decisão da Corte Especial que concluiu pela constitucionalidade da vedação. Mas, diante do posicionamento do STF no HC 102.678-MG, a decisão da Corte Especial sofreu outro posicionamento, em que restou assegurada a possibilidade da conversão da pena, aplicável nas hipóteses da Lei n. 11.343/2006, para o delito de tráfico, respeitadas as circunstâncias fáticas. Então, votaram também no sentido da concessão da ordem. Diante disso, a Turma, por maioria, também o fez. Precedentes citados: HC 120.353-SP, DJe 8/9/2009; HC 112.947-MG, DJe 3/8/2009; HC 76.779-MT, DJe 4/4/2008, e REsp 661.365-SC, DJe 7/4/2008. HC 118.776-RS, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 18/3/2010.¹⁰³

Assim, concluímos que os artigos 33, §4º e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, na parte em que vedam a possibilidade de substituição, violam os princípios da individualização das penas (art. 5º, XLVI, CR) e da proporcionalidade (art. 5º, LIV, CR), devendo, em cada caso concreto, ser reconhecida, por meio do controle difuso, a inconstitucionalidade, analisando-se o preenchimento ou não dos requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal.

4. CONCLUSÃO

No Estado Democrático de Direito a liberdade provisória constitui direito fundamental do cidadão, que vem consagrada expressamente no art. 5º, inciso LXVI, da Constituição da República.

É garantido, ainda, o estado de inocência do cidadão, que implica, necessariamente, na diferenciação entre prisão pena e prisão instrumental. A primeira somente pode ser imposta ao cidadão condenado por decisão com trânsito em julgado. A segunda possui, necessariamente, caráter instrumental, admissível somente nas hipóteses taxativamente previstas em lei (art. 312 do CPP) para o resguardo da ordem pública ou ordem econômica, da necessidade de assegurar a aplicação da lei penal ou resguardar o regular andamento do processo.

A prisão cautelar obrigatória, com caráter absoluto e abstrato, sem a necessidade da presença de elementos tipicamente cautelares, viola a Constituição da República, na medida em que contraria os princípios do estado de inocência, do direito à liberdade provisória, do devido processo legal e, principalmente, do acesso à justiça.

Portanto, a conclusão do presente trabalho é no sentido de somente ser admissível a manutenção da prisão em flagrante, nos delitos previstos na Lei n. 11.343/06, quando estiverem presentes os requisitos que justificam a prisão cautelar, a saber, aqueles enumerados pelo art. 312 do CPP.

Por outro lado, concluímos que a vedação abstrata à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, prevista na Lei n. 11.343/06, viola os princípios individualização das penas (art. 5º, XLVI, CR) e da proporcionalidade (art. 5º, LIV, CR), devendo, em cada caso concreto, ser reconhecida, por meio do controle difuso, a inconstitucionalidade, analisando-se o preenchimento ou não dos requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal.

5. BIBLIOGRAFIA

¹⁰³ Informativo 427 do Superior Tribunal de Justiça.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de Julho de 1984, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 de jul de 1984.

COSTA, Leonardo Luiz De Figueiredo. Lei 9.714/98 – *Penas restritivas de direitos: aplicação aos crimes de tráfico de entorpecentes*, RT 765/470

FRANCO, Alberto Silva.; STOCO, Rui. *Código Penal e sua Interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Funções da pena e da culpabilidade no direito penal brasileiro*, <http://www.lfg.com.br/public_html> Acesso em: 28.02.2010

LEAL, César Barros. *Penas alternativas: uma resposta eficaz*. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, jan-jun. 2000, p. 26.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

THUMUS, Gilberto.; PACHECO, Vilmar. *Nova Lei de Drogas: crimes, investigação e processo*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007

DO CRIME DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO

Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça

Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito e Processo Penal na Escola Superior Dom Helder Câmara e UNA. Advogado Criminalista¹⁰⁴

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo estudar os limites da norma proibitiva contida no artigo 10 da Lei Complementar 105/01. Vamos nos restringir a análise da estrutura do tipo penal. Veremos que o estudo do delito de quebra do sigilo bancário começa com um complicador: o núcleo da conduta proibida. Trata-se de um tipo incomum porque não se inicia por um verbo, mas sim com o vocábulo "quebra".

Conhecendo o (s) núcleo (s) da conduta proibida, vamos conhecer o sujeito ativo e classificar o delito como comum, próprio ou de mão própria. Trata-se de matéria de extremo relevo para se pensar no concurso de agentes. Continuando nossa trajetória pela estrutura do tipo objetivo, vamos perquirir sobre o objeto material e jurídico. Trataremos da diferença conceitual entre esses dois elementos. Veremos que o objeto da tutela penal consiste no direito à intimidade. A partir da identificação do objeto da tutela penal, vamos conhecer o sujeito passivo, fundamental para tratarmos da hipótese do consentimento do ofendido.

O tipo penal trouxe para sua estrutura elementos que seriam tratados como causas de exclusão da ilicitude do fato. Trata-se de hipóteses que se amoldariam na causa de exclusão da ilicitude do fato: exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal. Veremos que esses elementos fazem do tipo, ora estudado, uma lei penal em branco.

¹⁰⁴ Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito e Processo Penal na Escola Superior Dom Helder Câmara e UNA. Advogado Criminalista.

2 Da Estrutura do Tipo Penal

Como já dito, o presente artigo objetiva analisar o tipo penal esculpido no artigo 10 da Lei Complementar 105/01 que define o crime de quebra de sigilo bancário. Essa tarefa será realizada dissecando a estrutura do tipo penal.

Vamos dividir a estrutura do tipo em formal e material. O tipo formal, por sua vez, será subdividido em objetivo e subjetivo. Então, vamos analisar o tipo penal concebendo-o como a junção do tipo objetivo, subjetivo e material.

Já de início podemos perceber que se trata de um crime doloso. Impossível a punição a título de culpa por ausência de previsão legal. Já a tipo material consistirá no juízo de afetação do objeto da tutela penal, qual seja, intimidade.

Passemos a análise dos elementos objetivos da conduta: “quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.”

2.1 Do Verbo Típico

A primeira questão que se deve fazer ao iniciar o estudo da estrutura de um tipo penal é buscar conhecer o núcleo da conduta proibida. Esse vem expresso no verbo típico.

Parece evidente que estamos diante de uma figura típica incomum. Não se inicia por um verbo, embora esteja claro que o núcleo da conduta proibida centra-se no vocábulo *quebra*. Ora, mas quais as ações ou omissões que estariam compreendidas no sentido semântico da palavra “quebra”?

Não há dúvidas de que o núcleo da conduta delitiva é obscuro, embora não a ponto, a nosso sentir, de sustentar a inconstitucionalidade pela violação ao princípio da taxatividade. Quebrar pode ser entendido de duas formas: obter acesso indevido aos dados sigilosos ou revelar dados sigilosos que o sujeito tinha lícito conhecimento.

Tanto na primeira quanto na segunda hipótese, devemos considerar o contexto da atividade exercida pelo sujeito ativo na instituição financeira. Somente pode cometer a quebra na modalidade intrusão se o sujeito ativo não tiver qualquer ligação com a instituição financeira ou, se tinha, não possuía, no exercício regular de sua atividade, acesso aos dados sigilosos. A quebra do sigilo bancário se dá na modalidade *revelação* quando o sujeito ativo tinha acesso lícito aos dados sigilosos em razão da função exercida na instituição financeira.

O crime de quebra do sigilo bancário, quando levamos em consideração a modalidade intrusão, é um delito comum¹⁰⁵ (*delicta communia*). O mesmo delito, quando levamos em

¹⁰⁵ “Os tipos penais comuns são, portanto, aqueles que podem ser realizados por qualquer pessoa, não agregando o legislador ao modelo legal do fato punível, quanto ao sujeito ativo, qualquer qualidade especial – natural ou jurídica” (SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do Sujeito Ativo na Parte Especial do Código Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p.102)

consideração a modalidade revelação, é um crime próprio (*delicta propria*)¹⁰⁶. Isso porque o sujeito ativo é somente aquele que teve conhecimento lícito dos dados sigilosos em razão da atividade que exercia na instituição financeira.

Sobre o assunto ora tratado, assim já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 89 DA LEI 9.099/95. OPORTUNIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO DENUNCIADO. PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA AMPLA DEFESA. Diante da formulação de proposta de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, o denunciado tem o direito de aguardar a fase de recebimento da denúncia, para declarar se a aceita ou não. A suspensão condicional do processo, embora traga insita a idéia de benefício ao denunciado, que se vê afastado da ação penal mediante o cumprimento de certas condições, não deixa de representar constrangimento, caracterizado pela necessidade de submeter-se a condições que, viesse a ser exonerado da acusação, não lhe seriam impostas. Diante da apresentação da acusação pelo Parquet, a interpretação legal que melhor se coaduna com o princípio da presunção de inocência e a garantia da ampla defesa é a que permite ao denunciado decidir se aceita a proposta após o eventual decreto de recebimento da denúncia e do conseqüente reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da aptidão da peça acusatória e da existência de justa causa para a ação penal. Questão de ordem que se resolve no sentido de permitir a manifestação dos denunciados, quanto à proposta de suspensão condicional do processo, após o eventual recebimento da denúncia. QUESTÃO DE ORDEM. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL PELA VÍTIMA. Antes do recebimento da denúncia, à falta de previsão legal, não se admite pedido de sustentação oral pela vítima, ainda que na qualidade de assistente da acusação. INQUÉRITO PENAL ORIGINÁRIO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. DENÚNCIA. CARACTERÍSTICAS E MODALIDADES DO TIPO PENAL. EXAME DA JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AOS DENUNCIADOS QUE NÃO DETÊM PRERROGATIVA DE FORO. LIGAÇÃO ESTREITA ENTRE AS CONDUTAS. 1. O impreciso núcleo do tipo penal da quebra de sigilo bancário (art. 10 da Lei Complementar 105/2001) concretiza-se tanto através ação de obter acesso indevido a dados sigilosos - intrusão, como pela ação de revelar a terceiros, de forma indevida, os dados a que o agente teve acesso legítimo. 2. Na modalidade de intrusão, o crime classifica-se como comum, podendo ter como agente qualquer pessoa, salvo a que, por força de sua atividade profissional, tenha natural direito de acesso; na modalidade de revelação, o crime é próprio, só podendo ser praticado por aquele que detenha legitimamente a informação. 3. A participação em crime próprio é admitida, sendo, porém, indispensável adesão subjetiva, identidade de desígnios entre partícipe e autor, não bastando o nexos causal. 4. Inexistência, quanto ao denunciado com prerrogativa de foro, de elementos comprobatórios da autoria mediata ou direta do crime de quebra

¹⁰⁶ Sobre os crimes próprios, disserta Fragoso: "Nestes últimos, a qualidade ou condição pessoal do agente constitui fundamento da ilicitude, ou fator de particular reprovabilidade da ação, pela transgressão de especiais deveres, funcionando como agravante da punibilidade" (FRAGOSO, Fernando. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16.ed. Atualizado por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 335)

de sigilo, na modalidade de intrusão, e da sua participação na conduta que resultou na revelação, a si próprio, de documentos cobertos pelo sigilo bancário. 5. O Ministro da Fazenda e seu assessor de imprensa não figuram dentre os agentes integrantes da cadeia de pessoas autorizadas, em lei ou regulamento, a conhecer, por transferência, dados cobertos pelo sigilo bancário. 6. Existência de base empírica para a configuração de justa causa para a ação penal em relação ao então Presidente da Caixa Econômica Federal. Embora tendo a posse legítima de informações acobertadas pelo sigilo bancário, o denunciado as revelou indevidamente ao então Ministro da Fazenda, pessoa não autorizada a conhecê-las. 7. Estando absolutamente imbricadas as condutas atribuídas pelo Ministério Público aos denunciados, que, à data dos fatos, exerciam as funções de Presidente da Caixa Econômica Federal, Ministro da Fazenda e assessor de comunicação do mesmo Ministério, o reconhecimento da ausência de justa causa em relação ao Ministro, ora Deputado Federal, portanto detentor de prerrogativa de foro, não impede a decisão por esta Corte sobre a possibilidade de recebimento da denúncia em relação aos demais, especialmente porque a avaliação e classificação das respectivas condutas exige o exame de toda o desdobramento fático. 8. Denúncia rejeitada em relação ao ex-Ministro da Fazenda e assessor de imprensa do mesmo Ministério e recebida quanto ao então Presidente da Caixa Econômica Federal".¹⁰⁷

2.2 Do Sujeito Ativo

Conhecidos os núcleos da conduta proibida, podemos perquirir acerca do sujeito ativo. Define-se sujeito ativo como aquele que pratica a conduta descrita no verbo típico. Sheila Jorge Selim de Sales afirma que o sujeito ativo é elemento do tipo penal¹⁰⁸.

Se o sujeito ativo é elemento do tipo, podemos conhecê-lo através do estudo da norma incriminadora. Quando observamos a figura típica do infanticídio, percebemos que o sujeito ativo somente pode ser a parturiente em estado puerperal. Quando tratamos do crime de autoaborto, a simples leitura do tipo também nos permite concluir que o sujeito ativo somente pode ser a gestante.

A exigência de uma qualificação especial daquele que pratica a conduta descrita no verbo típico, obviamente integra o desvalor em abstrato da ação, expresso na pena cominada.

Aqui surge um questionamento: o tipo descrito no art. 10 da Lci Complementar 105/01 possui um sujeito ativo especificado?

O tipo penal está assim descrito: "quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis". Não

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem. Proposta de Suspensão Condicional do Processo. Art. 89 Da Lei 9.099/95. Oportunidade de Manifestação do Denunciado. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Pet. 3898. Distrito Federal, Julgamento de 27 de ago. de 2009. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 13 de maio de 2010.

¹⁰⁸ SALES, Sheila Jorge Selim. *Do Sujeito Ativo na Parte Especial do Código Penal*. 55.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 55.

é demais lembrar que a Lei Complementar 105/01 claramente nos diz: regular "o sigilo das operações de instituições financeiras".

O sujeito ativo do crime de quebra do sigilo bancário, na modalidade intrusão, poderá ser qualquer pessoa. Já o sujeito ativo do crime na modalidade revelação somente será aquele que tem acesso lícito aos dados sigilosos em razão da atividade exercida em instituição financeira. Imperioso buscarmos o conceito de instituição financeira.

A Lei Complementar 105/01, opta por não dar um conceito genérico de instituição financeira e acaba elencando aqueles que devem, para efeitos da Lei Complementar, ser considerados instituição financeira, qual seja: os bancos de qualquer espécie; distribuidoras de valores mobiliários; corretoras de câmbio e de valores mobiliários; sociedades de crédito, financiamento e investimentos; sociedades de crédito imobiliário; administradoras de cartões de crédito; sociedades de arrendamento mercantil; administradoras de mercado de balcão organizado; cooperativas de crédito; associações de poupança e empréstimo; bolsas de valores e de mercadorias e futuros; entidades de liquidação e compensação; empresa de fomento mercantil ou *factoring*, outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional¹⁰⁹.

2.3 DO OBJETO MATERIAL

Há uma clara distinção entre objeto material e jurídico. O primeiro consiste na coisa sobre a qual recai a conduta descrita no verbo típico. Já o objeto jurídico, como se verá, é o direito tutelado pela norma penal. Sobre a distinção ora posta, assim dispõe o Heleno Cláudio Fragoso:

"O objeto jurídico do crime não se confunde com o seu objeto material. Este constitui o objeto corpóreo (coisa ou pessoa), incluído na definição do delito, sobre a qual recai a ação punível. O objeto material da ação acha-se, portanto, direta ou indiretamente indicada na figura legal. Assim, por exemplo, a coisa móvel, no furto (CP, art. 155). Como é obvio, nos crimes de simples atividade (ou formais), pode não haver objeto material."¹¹⁰

No tipo penal do art. 10 da Lei Complementar 105/01, o objeto material consiste nos dados sigilosos. Esses dados sigilosos, diz a própria Lei Complementar, consistem nas operações ativas, passivas e nos serviços prestados pelas instituições financeiras. Assim já dispõe Guilherme de Souza Nucci: "o objeto material é a operação ativa ou passiva e os serviços pela instituição financeira, que devem permanecer em sigilo"¹¹¹

¹⁰⁹ Vale registrar que a Lei 7492/86 dá um conceito mais amplo de instituição financeira. A Lei 7492/86 assim define instituição financeira: "a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários."

¹¹⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 333.

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.1038.

Há uma ressalva a ser feita no posicionamento de Nucci. Objeto material é algo palpável sob o qual recai a ação delitiva descrita no verbo típico. Em nossa opinião, um serviço não pode ser objeto material de uma ação delitiva, mas sim seu registro. Uma instituição financeira, por exemplo, não poderia revelar os registros que demonstram já ter prestado a seus clientes uma consultoria financeira. Nucci restringiu-se a cópia do texto legal.

2.4 Objeto da Tutela Penal

Um dos pontos fundamentais do conhecimento da estrutura objetiva do tipo penal se dá na definição do objeto da tutela penal. O bem jurídico penalmente tutelado, dentre outras finalidades, permite dimensionar o conteúdo da norma incriminadora. Queimar coisa alheia móvel pode ser crime de dano qualificado pelo emprego de substância inflamável ou incêndio dependendo do objeto da tutela atingido. Se lesamos o patrimônio temos um crime de dano. Agora, se a lesão transcende ao patrimônio, atingindo a incolumidade pública, estamos diante de um crime de incêndio.

Fragoso definiu bem jurídico como “um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e cuja preservação é disposta a uma norma.”¹¹²

Luiz Regis Prado define bem jurídico como “um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido.”¹¹³

Para conhecermos o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, ora estudada, devemos nos perguntar qual valor, qual bem ela busca resguardar. Não há dúvidas que estamos cuidando do direito à intimidade. Trata-se, por certo, de um direito fundamental esculpido no art. 5º, inciso X da Constituição da República. Verifica-se que o objeto da tutela penal está em perfeito compasso com a estrutura axiológica da Constituição da República.

O acesso a dados sigilosos de determinado indivíduo nos permite conhecer o montante de seus rendimentos, seus gastos, onde gasta, seus hábitos.

Não há dúvida de que o direito à intimidade acaba sendo um desdobramento da liberdade individual. Se um indivíduo sabe que seus dados bancários podem ser conhecidos, não terá mais a mesma tranquilidade de ir e vir. É perfeitamente possível traçar os espaços geográficos percorridos por um indivíduo, em um lapso de tempo, conhecendo a fatura de seu cartão de crédito.

A liberdade individual é cerceada não só pelo emprego de força física a impedir o desiocamento de um ser humano, mas também pela turbação de sua tranquilidade. Não é por outra razão que o crime de ameaça é um delito contra a liberdade individual. Sobre o bem jurídico *liberdade individual* assim já se pronunciou Nelson Hungria:

¹¹² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.p.330.

¹¹³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. V I, Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.247.

“As diversas liberdades asseguradas ao homem cidadão não são mais que faces de um mesmo poliedro: liberdade individual. A primeira e mais genérica expressão desta é a liberdade pessoal, assim chamada porque diz mais diretamente com a afirmação da personalidade humana. Compreende o interesse jurídico do indivíduo à imperturbada formação e atuação de sua vontade, à sua tranqüila possibilidade de ir e vir, à livre disposição de si mesmo ou ao seu status libertatis, nos limites traçados pela lei”¹¹⁴

A função delimitadora do objeto da tutela penal nos permite diferenciar o conteúdo da norma incriminadora, ora estudada, do tipo penal esculpido no art. 18 da Lei 7492/86. Esse último dispositivo de lei assim dispõe: “Violar sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira ou integrante do sistema de distribuição de títulos mobiliários de que tenha conhecimento, em razão de ofício”.

Vamos imaginar que um gerente de banco torne público os dados bancários de Mélvio, cliente da instituição financeira. Estaria o gerente incurso no art. 10 da Lei Complementar 105/01 ou no art. 18 da Lei 7492/86? Entendemos que o gerente teria incidido no tipo penal referente à quebra de sigilo bancário. Isso porque a indevida publicização dos dados sigilosos de um único cliente não teria, por certo, o condão de abalar a estabilidade do sistema financeiro nacional.

2.5 Sujeito Passivo

Entende-se por sujeito passivo o titular do bem jurídico penalmente tutelado e ofendido pelo cometimento da conduta proibida. Fragoso, sobre o assunto, leciona: “Sujeito passivo é o titular do bem jurídico tutelado com a incriminação de determinado fato. O sujeito passivo não se confunde com o objeto material do crime, que é coisa ou pessoa sobre a qual recai a ação delituosa.”¹¹⁵

Assim como há tipos penais que exigem um sujeito ativo específico (crimes próprios e de mão-própria), há tipos penais que exigem um sujeito passivo específico.

É claro que, se a qualidade específica do sujeito ativo tem reflexos no desvalor da ação, a do sujeito passivo também. Cita-se como exemplo os crimes contra idoso, previstos na lei 10.741/03.

No caso da estrutura típica ora estudada, estamos tratando de um sujeito passivo sem qualquer qualidade específica. O sujeito passivo do crime de quebra do sigilo bancário é o titular do direito à intimidade, violado pelo cometimento da conduta descrita no art. 10 da Lei Complementar 105/01.

2.6 Momento Consumativo

¹¹⁴ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VI. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense. 1948. p.145
¹¹⁵ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p.338.

Luiz Regis Prado afirma que a consumação se dá "quando o autor realizou toda a conduta descrita no tipo de injusto, provocando, ainda, o resultado, quando esse for por aquele exigido"¹¹⁶. Muñoz Conde afirma que "consumação é a plena realização do tipo em todos os seus elementos"¹¹⁷.

Parece-nos que a consumação não deve ser avaliada em um aspecto meramente formal. Além da reunião de todos os elementos do tipo objetivo cremos ser necessária a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado (dependendo se estamos tratando de um crime de dano ou de perigo).

Sabemos que não há crime sem resultado. O resultado, em nossa visão, deve ser o jurídico e não o natural. O art. 17 do código penal deixa isso bem claro ao dizer não ser punível a "tentativa" que não tenha exposto minimamente o bem jurídico penalmente tutelado a perigo de dano.

O crime de quebra do sigilo bancário consuma-se em momentos distintos dependendo se estamos falando de sua modalidade intrusão ou revelação. Na primeira hipótese, o crime se consuma quando o sujeito ativo toma conhecimento dos dados sigilosos. Na segunda hipótese, o crime se consuma quando terceiro toma conhecimento dos dados sigilosos por meio daquele que deveria guardá-lo em sigilo.

O delito de quebra do sigilo bancário se consuma quando o sujeito ativo tem acesso aos dados sigilosos (intrusão) ou quando terceiro toma conhecimento dos dados bancários indevidamente revelados por aquele que legitimamente os possuía. Nesse instante há a violação ao direito à intimidade.

Resta-nos questionar se a quebra do sigilo bancário é um crime material, formal ou de mera conduta. Podemos, num primeiro momento, excluir a possibilidade de considerar o delito, ora estudado, um crime material. A estrutura do tipo penal não contempla um evento naturalístico. Sobre crime material, assim leciona Paulo José da Costa Júnior:

"Crimes com evento, também chamados materiais, são aqueles em que o legislador distingue, na sua configuração objetiva, além da conduta, o resultado dela dependente. É insuficiente a atividade (ou inatividade) do agente. Faz parte também da *facti species* legal um evento material, que integra o tipo como elemento necessário e indispensável!"¹¹⁸

Também não podemos dizer que crime é formal. No crime formal, o conteúdo da norma proibitiva se esgota na própria ação, pouco importando a ocorrência do resultado naturalístico descrito no tipo penal. Essa classe de crimes é também chamada de consumação antecipada. Não há, na estrutura do tipo de quebra de sigilo bancário, um resultado natural dispensável à consumação delitativa. Por isso, o crime, ora em análise, não é de consumação antecipada.

Só nos resta concluir que o crime de quebra de sigilo bancário é um delito de mera atividade. Não há um resultado natural em sua estrutura típica e não podemos desvencilhar a ação

¹¹⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. I. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 397.

¹¹⁷ CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Frabris, 1988. p.178.

¹¹⁸ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 66.

(omissão) da lesão ao objeto da tutela penal. Juarez Tavares, sobre o assunto, assim leciona: "Já os delitos de mera atividade não possibilitam essa separação espaço-temporal entre ação e resultado, porque este se esgota naquela"¹¹⁹

2.7 Elementos Normativos

Percebe-se, na estrutura do tipo penal, que a conduta de revelar ou ter acesso a dados bancários sigilosos somente pode ser considerado típica se "*fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar.*" Estamos, claramente, lidando com uma norma penal em branco imprópria.¹²⁰

É evidente que a expressão "hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar" consiste em um elemento normativo do tipo penal. Necessitam de uma valoração jurídica para sua compreensão¹²¹. Torna-se imperioso conhecer quais são as hipóteses em que a própria lei complementar excetua a oposição de sigilo dos dados bancários.

2.7.1 Quebra de Sigilo Bancário: Hipóteses Autorizadas pela Lei Complementar

Não há crime de quebra de sigilo bancário quando a revelação dos dados sigilosos se dá por ordem judicial. O art. 1º, §4º da Lei Complementar 105/01 informa que "a quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes." Está claro que aquele que tem atribuição para decretar a quebra do sigilo bancário é o juiz com competência afeta à matéria penal. Sobre o assunto já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

STF. EMENTAS: 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Instituições Financeiras. Sigilo bancário. Quebra. Requisição. Necessidade de autorização judicial ou decisão de Comissão Parlamentar de Inquérito, ambas devidamente fundamentadas. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a

¹¹⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.191.

¹²⁰ Segundo as palavras de Mezger – que prefere a expressão tipos em branco –, as leis penais em branco são classificadas em próprias e impróprias. As primeiras (leis penais em branco em sentido estrito) são aquelas em que o complemento se acha contido em outra lei emanada de outra instância legislativa (de grau inferior); nas segundas, o complemento se acha contido na própria lei (questão de pura técnica legislativa) ou em outra emanada da mesma instância legislativa" (PREADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 171)

¹²¹ Juarez Tavares faz a distinção entre elementos normativos e descritivos: "Pode-se, no entanto, denominar de elementos nor"

interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar a agravante a pagar multa ao agravado”¹²².

A falta de ordem judicial fundamentada pode ser suprida pela autorização expressa do interessado (art. 1º, §3º, inciso V da LC 105/01). Parece claro que o consentimento do titular do direito ao silêncio consiste aqui em uma hipótese de exclusão da tipicidade.

O art. 1º, §3º, inciso V da LC 105/01 é bastante coerente com a disciplina constitucional. O sigilo bancário é corolário do direito à intimidade. O titular pode, livremente, abrir mão de sua intimidade, exonerando a instituição financeira de sua obrigação de guardar segredo. Ocorre que esta exoneração só terá validade se for expressa.

Há determinadas hipóteses em que a instituição financeira não pode opor sigilo, independente de ordem judicial ou autorização do interessado. Essas hipóteses estão descritas no 1º, §3º da LC 105/01. São elas:

Não há quebra de sigilo bancário na “troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil”

Não há quebra de sigilo bancário no “fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil.”

Não há também que se falar em quebra do sigilo bancário quando houver “comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa.”

A grande questão aqui é saber quem são as autoridades competentes. Seria possível comunicar a prática de ilícito penal, informando dados sigilosos ao delegado de polícia ou mesmo diretamente ao promotor de justiça? Entendemos que não. Isso porque o sigilo bancário só pode ser afastado, em regra, pela autoridade judiciária. Parece razoável, então, que a autoridade a que se refere a LC 105/01 seja a judiciária.

Questão absolutamente particular se dá quando o Ministério Público requisita dados sigilosos em defesa de consumidor. Sabemos que o Órgão Ministerial pode requisitar dados de instituição financeira em defesa de consumidor, mas esses dados não podem ser sigilosos. A recusa da instituição financeira em fornecer dados sigilosos requisitados pelo Ministério Público de maneira alguma é uma conduta que possa ser tipificada no art. 10 da Lei 7.347/85. Sobre o assunto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. DOCUMENTOS NECESSÁRIOS PARA INSTRUIR AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATOS DE MÚTUO.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG. REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 243157 Agr / MS. Relator: Min. CEZAR PELUSO. DJe-018 DIVULG 31-01-2008. PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-04 PP-00766. LEXSTF, v. 30, n. 353, 2008, p. 195-199.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. RELAÇÕES JURÍDICAS ABRANGIDAS PELO CONCEITO DE OPERAÇÃO FINANCEIRA. REQUISIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. JUSTIFICATIVA EFICAZ NÃO-CONFIGURAÇÃO DO TIPO PENAL INSCRITO NO ART. 10 DA LEI 7.347/85. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Os contratos de mútuo firmados com a Caixa Econômica Federal estão abrangidos pelo conceito de operação financeira que se extrai do § 1º do art. 5º da Lei Complementar 105/01. 2. O Ministério Público não possui legitimidade para requisitar documentos que impliquem quebra de sigilo bancário. Precedentes do STF. 3. A justificativa eficaz para o não-atendimento à requisição do Ministério Público afasta a configuração do tipo penal inscrito no art. 10 da Lei 7.347/85. 4. Recurso especial provido para restabelecer a decisão proferida pelo Juízo de 1º grau.¹²³

Também sobre o assunto, assim já se posicionou o Professor e Procurador da República Eugenio Pacelli:

“Entretanto, o fato é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como a doutrina nitidamente majoritária, não aceita a possibilidade da quebra de sigilo bancário diretamente pelo Ministério Público, conforme se observa, por exemplo, no julgado do RECR – n. 215.301/CE, Rel. Carlos Velloso, DJ 28.5.1999”¹²⁴

Não podemos deixar de dar especial atenção ao art. 6º da Lei Complementar 105/01. Esse dispositivo dispõe que:

”as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”.

Nesse sentido, não constituiria crime de violação de sigilo bancário fornecer ou franquear o acesso de autoridades e agentes fiscais tributários a dados bancários. Todavia, isso só poderia ser feito se houver um processo administrativo instaurado ou um procedimento fiscal em curso.

É certo que pairam muitas dúvidas sobre a constitucionalidade do disposto no artigo 6º da Lei Complementar 105/01. Todavia, ainda não temos um pronunciamento acerca da constitucionalidade - inconstitucionalidade do mencionado dispositivo de lei pelo Supremo Tribunal Federal. Está em julgamento a ADIN 2386, hoje de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Há uma petição da Confederação Nacional do Comércio requerendo a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia do disposto no art. 6º da Lei Complementar 105/01.

¹²³ REsp 633250 / AM. Ministra LAURITA VAZ. T5 - QUINTA TURMA. DJ 26/02/2007 p. 632

¹²⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. p. 307.

4 Conclusão

Acerca do crime de quebra de sigilo bancário, chega-se às seguintes conclusões:

- ✓ O núcleo da conduta é quebrar;
- ✓ Quebra do sigilo bancário pode se dar de duas formas: quando o sujeito ativo obtém indevidamente os dados sigilosos que não podia conhecer (intrusão) ou quando o sujeito ativo podia conhecer os dados em razão da função que exerce em instituição financeira e os revela, indevidamente, a terceiro;
- ✓ O crime de quebra de sigilo bancário é comum na modalidade intrusão, mas próprio na modalidade “revelar”;
- ✓ O objeto material do delito é a operação ativa ou passiva ou o registro dos serviços prestados pela instituição financeira;
- ✓ O objeto da tutela penal é o direito à intimidade
- ✓ Não há um sujeito passivo especificado. O sujeito passivo é aquele titular do direito à intimidade, violado pela prática da conduta proibida.
- ✓ A autorização expressa do sujeito passivo desonerando a instituição financeira da obrigação do sigilo é um excludente de tipicidade.
- ✓ O crime se consuma quando terceiro, estranho a instituição financeira, tem acesso, indevidamente, aos dados sigilosos ou quando o funcionário da instituição financeira – que tem acesso aos dados sigilosos em razão da sua função – revela a terceiro os dados bancários.
- ✓ O crime de quebra de sigilo bancário, tanto na modalidade intrusão, quando na modalidade revelação, é um delito de mera conduta;
- ✓ A expressão “fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar” nos mostra que o tipo estudado é uma norma penal em branco imprópria.
- ✓ A expressão “fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar” consiste em um elemento normativo jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG. REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 243157 AgR / MS. Relator: Min. CEZAR PELUSO. DJe-018 DIVULG 31-01-2008. PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-04 PP-00766. LEXSTF, v. 30, n. 353, 2008, p. 195-199.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem. Proposta de Suspensão Condicional do Processo. Art. 89 Da Lei 9.099/95. Oportunidade de Manifestação do Denunciado. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Pet. 3898. Distrito Federal, Julgamento de 27 de ago. de 2009. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 13 de maio de 2010.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Frabris, 1988.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRAGOSO, Fernando. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16. ed. Atualizado por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VI. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol I. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do Sujeito Ativo na Parte Especial do Código Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

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

CRIME POLÍTICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O NOCRIM A PARTIR DE HANNAH ARENDT

Gustavo Pamplona

Mestre em Direito Público – PUCMINAS
Especialista em Direito Processual – UNAMA
Bacharel em Direito – UFMG

Analisar o conceito de crime político proposto pela doutrina majoritária e desenvolver uma proposta hermenêutica adequada aos moldes do Estado Democrático de Direito, a partir do pensamento da cientista política e filósofa Hannah Arendt, é o objetivo deste trabalho. Trata-se, portanto, de um processo de construção de uma nova interpretação jurídica que se inicia no princípio da não-contradição, segue pela ontologia funcional e se dirige à efetivação das garantias dos Direitos Humanos Fundamentais. Não obstante, no curso, firmam-se objeções à doutrina tradicional e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Para alcançar este escopo, primeiramente, disserta-se sobre os conceitos majoritários de crime político para, em seguida, analisar a densidade deste modelo perante o Estado Democrático de Direito e, por fim, propor a releitura do conceito de “crime” político a partir do pensamento arendtiano e coerente com o Estado Democrático de Direito.

Inicia-se a análise por meio da doutrina de Heleno Cláudio Fragoso, autor em *Terrorismo e Criminalidade Política*. Para este autor, o crime político é o que atinge “os interesses políticos da nação, ou seja, a segurança externa e a segurança interna, que, por vezes, se mesclam e se confundem, e a ordem econômica e social do Estado.” (FRAGOSO, 1981, p. 125). Além de definir que esses alvos são os típicos do crime político, pontua que “[...] não se pode jamais descuidar do critério subjetivo, pois, em realidade, é este aspecto o que com mais rigor define o crime político como tal”. (FRAGOSO, 1981, p. 36). Ele conclui que o conceito de crime político requer a revalorização dos princípios filosóficos do Iluminismo, notadamente, da “legitimidade de resistência à tirania [...]” (FRAGOSO, 1981, p. 37).

Insta expor algumas observações sobre o conceito de crime político de Fragoso. Inicialmente, o texto é silente sobre, por exemplo, a qual conceito de tirania se refere. Tratar-se de *tyrannus absque titulo* ou *tyrannus ab exercitio*? O livro não aprofunda neste aspecto permitindo, portanto, a conclusão de que o termo tirania foi utilizado no *latissimo sensu accepti*. Noutra extremo, Hannah Arendt sintetiza a tirania como sendo a “[...] única forma de governo que brota diretamente do quero [...]” (ARENDT, 2007, p. 211). Voltar -se-á a este ponto adiante.

O entendimento de Fragozo é compreensível em face do contexto em que foi escrito: a ditadura militar brasileira. Entretanto, em que pese à postura crítica de sua doutrina, esta é marcada por profundo mote relativista.

Heleno Fragozo inicia sua tese restringindo os interesses políticos da nação à amálgama formada pela segurança externa e a interna conjugada com a ordem econômica e social do Estado. Destarte, além da ausência de um corte categórico, constata-se que o crime político de Fragozo é conceitualmente polimorfo, o que o torna vulnerável à intelecção político-subjetivista¹²⁵, cuja fundamentação basear-se numa das muitas leituras possíveis do contexto histórico em que o delito se insere.

Depreende-se, portanto, que a subjetividade e o talante do intérprete do direito são os pontos de apoio da teoria fragosiana. É evidente que permitir essa máxima discricionariedade pode resultar em arbitrariedades. Afinal, o exegeta, na análise de um caso concreto, pode basear sua fundamentação no seu entendimento subjetivista face ao momento histórico no qual o crime foi cometido. Noutros termos, não se observa na proposta de Fragozo a existência de limites ao aplicador do Direito em emitir juízo firmado a partir da sua visão jurídico-política subjetivista, ou seja, no seu querer, na sua vontade. Assim sendo, Fragozo, ao tentar justificar a conduta daquele que luta contra a “tirania”, acaba por dar azo a uma estrutura doutrinal que, em potência, transforma o intérprete do direito num tirânico.

Considerando que Heleno Fragozo destaca a importância do critério subjetivo, traz-se à baila a doutrina de Giulio Ubertis, autor de *Crimes político, terrorismo, extradição passiva*¹²⁶. Segundo Ubertis, o crime político é “[...] o delito comum cometido, no todo ou em parte, por motivos políticos.” (UBERTIS, 2008, p. 4, tradução nossa)¹²⁷. A questão, decerto, consiste em compreender qual seria a concepção de “motivo político”.

O autor italiano entende que a aferição da dimensão política não se dá pelos elementos íntimos e subjetivos do agente. Mas, pela análise externa, vale dizer, para se configurar o motivo político, deve-se levantar a vida pregressa do agente com o objetivo de contextualizar a sua militância política. Portanto, o crime político para Ubertis é o delito comum executado por motivos políticos, sendo estes privativos do militante político. A contribuição “ubertiana” ao debate é essa: o motivo político não é um psicologismo; pelo contrário, é constatado pela história de militância política do agente.

Entretanto, cumpre expor algumas observações. Ora, como constatar, a partir de Ubertis, se: 1) o agente cometeu um crime pela causa; ou se: 2) praticou um delito e tem uma causa? O questionamento é pertinente, pois como é possível demonstrar o nexos causal entre a motivação política e o crime? Poder-se-ia sugerir que é em razão do alvo atacado. Essa resposta, no entanto, é insuficiente, pois não é raro os criminosos políticos também ferirem terceiros ou bens estranhos àqueles e não os diretamente relacionados à luta política. Trata-se do crime comum conexo ao político.

Depreende-se que, o critério, militância política, que pretendia ser um crivo objetivo, acaba por se revelar insuficiente, logo, exigindo, para atender completamente a configuração do crime por motivo político, agregar a intenção do agente, o elemento subjetivo, vale dizer, justamente aquilo que Ubertis pretendia afastar.

¹²⁵ O termo “subjetivista” é um neologismo que foi cunhado para transmitir a ideia de um estágio deteriorado, quiçá, perverso da subjetividade. Trata-se da percepção numa dimensão personalista, artificiosa e soléncia.

¹²⁶ Reato Político, Terrorismo, Estradizione Passiva.

¹²⁷ “[...] è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino”, sembrando così accogliere la c.d. concezione oggettiva del delitto politico. Il medesimo comma, però, prosegue con l’affermazione che ‘è altresì considerato delitto politici il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici’ (UBERTIS, 1987, p. 259).

Luiz Regis Prado e Erika Mendes de Carvalho, autores de *Delito Político e Terrorismo: uma aproximação conceitual*, informam que dada a ausência de uma definição legal para crime político, cumpre expor as três teorias referentes ao crime político: a objetiva, a subjetiva e a mista. As teorias objetivas conceituam o crime político pelo bem jurídico protegido pela norma penal. Seriam, portanto, políticos os delitos contra a existência do Estado e, por via de consequência, suas instituições jurídicas.

Por outro lado, para a teoria subjetiva “o decisivo é o fim perseguido pelo autor, qualquer que seja a natureza do bem jurídico efetivamente atingido.” (PRADO e CARVALHO, 2000, p. 426). Em síntese, caso a conduta delitiva comum seja “[...] impulsionada por motivos políticos, tem-se como perfeitamente caracterizado o delito político.” (PRADO e CARVALHO, 2000, p. 426).

O entendimento de Regis Prado e Mendes de Carvalho, concluindo a discussão sobre as teorias do delito político, aponta para a propriedade da teoria mista que, em sua análise, também incluiria os crimes eleitorais¹²⁸. Assim sintetizam: “[...] o crime político é todo ato lesivo à ordem política, social ou jurídica, interna ou externa do Estado [...] ou aos direitos políticos dos cidadãos [...]” (PRADO e CARVALHO, 2000, p. 429). Igualmente, “[...] é de extrema importância o aspecto subjetivo, ou seja, o propósito do autor na prática da infração.” (PRADO e CARVALHO, 2000, p. 430).

Carlos Canêdo Silva, autor de *Crimes Políticos*, representa o principal passo de constitucionalização da interpretação do crime político. “Deve ela ser aprofundada em estreita consonância com os valores de um Estado Democrático de Direito, baliza indispensável ao estudo desse tipo de crime.” (SILVA, 1993, p. 66). Adverte para a insuficiência teórica das doutrinas objetivista, subjetivista e mista. “[...] Uma conceituação comprometida com os postulados de um Estado Democrático de Direito não deve se reduzir à simples consideração dessas teorias.” (SILVA, 1993, p. 11). Afasta a racionalidade de tais teses, afinal: “s e as doutrinas objetivas e subjetivas pecam pela unilateralidade, a mista, se enfocada como simples combinação das outras duas, terminará por somar os defeitos de ambas, quando isoladamente consideradas.” (SILVA, 1993, p. 66, grifo nosso).

A doutrina de Canêdo possui uma estrutura argumentativa assemelhada ao pensamento arendtiano. Hannah Arendt, em *Crises da República*, critica as análises a partir de teorias formuladas a partir de três “opções” – A, B, C – “onde A e C representam os extremos opostos e B a ‘solução’ mediana ‘lógica’ do problema [...]” (ARENDR, 2006, p. 21). Referente a estes modelos reducionistas e deterministas, adverte que “a falta de tal raciocínio começa em querer reduzir as escolhas a dilemas mutuamente exclusivos; a realidade nunca se apresenta como algo tão simples como premissas para conclusões lógicas.” (ARENDR, 2006, p. 21).

Para Carlos Canêdo, o crime político à luz do Estado Democrático de Direito deve ser assim compreendido:

Essas considerações nos encorajam a postular a abolição de normas penais protetoras do Estado contra delitos cometidos de forma pacífica e não violenta, pois não cabe ao Estado democrático reprimir condutas que se manifestam dentro de cânones constitucionais previamente consignados. (SILVA, 1993, p. 70).

¹²⁸

Em sentido contrário, relata Eugênio Pacelli, o entendimento do STF: “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de definir a locução constitucional ‘crimes comuns’ como expressão abrangente de todas as modalidades de infrações penais, estendendo-se aos delitos eleitorais [...]” (OLIVEIRA, 2007, p. 74).

De fato, a presente proposta parte das conclusões de Canêdo. Todavia, com se verá ao final, em sentido contrário apresenta uma nova proposta de releitura do conceito de crime político previsto na Constituição.

Em síntese, apesar de algumas variações, os autores concluem que o crime político é o delito perpetrado por motivo político ou contra a segurança do Estado, entretanto, esta definição não responde ao desafio imposto pelo artigo 5º, inciso LII, da Constituição do Brasil. Dentre os direitos e garantias fundamentais, dispõe a Constituição que não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político. Mas, qual seria, portanto, a justificativa para não se extraditar um criminoso político? O que teria este "crime político" de diferente do "crime comum"¹²⁹, para que seu agente seja digno de tutela?

Com efeito, afirma-se *tutela*, pois vedada a possibilidade de extradição estará frustrada a persecução penal ou a execução da pena imposta ao agente. Ora, segundo a doutrina tradicional, notadamente a subjetiva ou mista, o que difere o crime político do delito comum é o fato daquele possuir um "motivo" político. Portanto, caso se aplique a doutrina tradicional do crime político sobre o problema do artigo 5º, LII, da Constituição, conclui-se que bastaria constatar a existência de um fundo motivacional político ou, ainda, ataque à segurança interna ou externa para que a consequência jurídica sobre o agente transmutasse de punição para proteção. Noutras palavras, para a doutrina majoritária, caso um estrangeiro atente contra a segurança do Estado, ou roube um banco, ou cometa homicídio, ou um seqüestro, entre outros delitos, mas fique confirmado que o fez por uma causa política, logo, o resultado jurídico seria a vedação da extradição. O motivo político teria o dom de "tocar" o crime e o transmutar em legítimo, logo, seu agente digno de proteção do Estado Democrático de Direito.

A jurisprudência do STF segue este entendimento como se pode constatar na Extradição de nº 700, que está publicada em três idiomas (inglês, francês e espanhol) no *site*¹³⁰ do Supremo, como exemplo de sua jurisprudência, para toda a comunidade internacional:

Extraditando acusado de transmitir ao Iraque segredo de estado do Governo requerente (República Federal da Alemanha), utilizável em projeto de desenvolvimento de **armamento nuclear**. **Crime político puro**, cujo conceito compreende não só o cometido contra a segurança interna, como o praticado contra a segurança externa do Estado, a caracterizarem, ambas as hipóteses, a excludente de concessão de extradição, prevista no artigo 77, VII, e §§ 1º a 3º, da Lei n. 6.815/80 e no artigo 5º, LII, da Constituição." (Ext 700, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 4-3-98, DJ de 5-11-99) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 31, grifo nosso).

A Extradição nº 700/STF é um dos exemplos do resultado jurídico da doutrina tradicional. Caso o delito executado alhures por um estrangeiro possua cunho político ou atente contra a segurança do Estado, não se dará a extradição.

Data venia, após a leitura da extradição transcrita, não se pode coadunar com a decisão proferida pelo STF. Baseado nas teorias, objetiva ou a subjetiva e a mista, o acórdão produziu uma conclusão incongruente e quiçá, num contexto de combate ao terrorismo, até mesmo perigosa. A proposta da teoria tradicional do crime político, segundo constatado na jurisprudência do STF, representa uma tese que direciona ao absurdo e, portanto, não pode mais prosperar como modelo de análise. Schopenhauer afirmou que "a 'condução ao absurdo', *reductio ad absurdum* (*apogoge eis to adínaton*), consiste em provar a absurdidade de uma tese mostrando que ela leva a pelo menos

¹²⁹ "[...] conduta típica (antinormativa) que não está permitida por qualquer causa de justificação (preceito permissivo), em parte alguma da ordem jurídica [...]" (ZAFFARONI, 2000, p. 568)

¹³⁰ . Cumpre aos Ministros do STF reverem a oportunidade e conveniência da manutenção desse voto, no site do STF, como exemplo da jurisprudência brasileira para a comunidade internacional.

uma consequência notoriamente absurda.” (SCHOPENHAUER, 1997, p. 147). A tese da doutrina tradicional – “crime” político no artigo 5º, LII, da Constituição, limita-se a um delito por motivação política ou contra a segurança do Estado – não deve prosperar, pois, negligência o princípio de hermenêutica, segundo o qual *interpretatio illa sumenda est quae absurdum vitetur*¹³¹.

A objeção mais importante ainda não é a de constatar o *reductio ad absurdum*; contudo, demonstrar que a tese tradicional, “delito por motivo político”, é incompatível com o Estado Democrático de Direito tanto com base no princípio da não-contradição de Aristóteles quanto em face ao pensamento de Hannah Arendt.

A compreensão da Ciência do Direito requer, obrigatoriamente, que sua exegese esteja baseada em fundamentos que respeitem as regras da argumentação lógica. Eugênio Pacelli leciona que: “não há regra de interpretação possível que não recorra às exigências da lógica e da não-contradição.” (OLIVEIRA, 2007, p. 63). Trata-se do princípio da não-contradição prescrito por Aristóteles. “A não pode ser simultaneamente A e B debaixo das mesmas condições e ao mesmo tempo.” (ARENDE, 2008, p. 204)¹³².

Arendt (1987a) compreendia que o princípio da não-contradição também deve estar presente no interior do sistema discursivo como condição *sine qua non* para a sua subsistência¹³³. Aplicando o princípio da não-contradição ao texto constitucional, tem-se que um conjunto normativo e a interpretação deste, necessariamente, devem possuir coerência interna entre os seus dispositivos ou entre as conclusões obtidas. Diante do exposto, deve-se realizar o exercício lógico e de coerência entre dois dispositivos da Constituição: a) Democrática e de Direito (artigo 1º) em face de b) “crime” político na Constituição (artigo 5º, LII).

Em primeiro lugar, a Constituição do Brasil postula que o Estado constitui-se “de Direito”. Significa, no mínimo, que a Constituição tem por princípio a “conformidade ao Direito”. Noutro extremo, o delito é uma conduta ilícita por definição. Diante disso, como pode a Constituição que é “de Direito” ter um dispositivo de proteção – vedação à extradição – ao agente “contrário ao direito”? Como pode o Estado de Direito considerar legítimo – porque legal não o é por definição – um ato contra a ordem jurídica (de Direito)? “De direito” e “crime” são conceitos antagônicos e não podem ser harmonizados no mesmo texto e contexto constitucional sob pena de conclusões auto-contraditórias. Considerando que o sistema constitucional não pode ter incoerências, a única via é concluir que é a interpretação majoritária é que possui um equívoco interno e não se harmoniza com a Constituição.

Poder-se-ia alegar que a dimensão “motivacional política” legitimaria o ato antijurídico (crime). Contudo, trata-se de um sofisma e não prevalece diante do segundo elemento do Estado brasileiro: a Democracia.

Estabelece a Constituição que o Estado brasileiro é Democrático. Numa rápida perspectiva arendtiana, significa dizer que a política democrática se faz mediante o uso da palavra, do debate, da mobilização da sociedade, da articulação sindical, greves, enfim, da persuasão advinda da “*polis*”. Arendtianamente, a esfera pública guarda a reminiscência do espírito da *polis* no sentido

131

Não pode prevalecer a interpretação que atribui à lei algum absurdo.

132

Na leitura de Álvaro Ricardo Souza Cruz: “[...] o princípio da não contradição, pelo qual não seria possível negar e afirmar dois predicados contrários do mesmo sujeito, no mesmo tempo e na mesma relação.” (CRUZ, 2007, p. 106).

133

A filósofa percebe que a máxima aristotélica se refere, fundamentalmente, a congruência interna entre as diferentes proposições. “[...] Aristóteles, na sua primeiríssima formulação do famoso axioma da contradição, diz explicitamente que isto é axiomático: ‘temos necessariamente que acreditá-lo porque [...] não se dirige ao mundo exterior [...] mas ao discurso interior da alma [...]’” (ARENDE, 2008, p. 204). Arendt (2008) vai além e afirma que nos primeiros tratados de Aristóteles, o axioma da não-contradição ainda não tinha sido estabelecido como a regra mais basilar para o raciocínio lógico em geral. Apenas com Kant, esse aforismo adquire a dimensão de “pensar sempre consistentemente em acordo contigo mesmo” (‘Federzeit mit sich selbst einstimmig denken’) entre as máximas que devem ser olhadas como ‘mandamentos imutáveis para a classe dos pensadores.’” (ARENDE, 2008, p. 205).

de "que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não através de força ou violência." (ARENDDT, 1987, p. 35). Neste sentido, as "armas" da Democracia e dos agentes que a defende seriam o embate almejando o consenso. A legitimidade é oriunda do acordo pactuado aferido após a argumentação pública e, logo, não é advinda dos "motivos" isolados do agente.

No cenário democrático, a violência, conseqüentemente, não é elemento da vida política. Trata-se, pelo contrário, da perversão das regras do jogo político. Para Arendt (1985), a violência é instrumentalidade do vigor, portanto, não possuindo *per se* uma dimensão política e, logo, não participando desta. Arendtianamente, "dependendo do espaço público, a violência pode inclusive se tornar um topos, um lugar-comum para aferição da realidade; mas tal espaço não será político." (ADEODATO, 1989, p. 194, grifo nosso). "O poder político e a violência seriam antitéticos: a violência é capaz de destruir o poder político, mas não de gerá-lo." (CARDOSO JR., 2005, p. 103). Arendt renega a possibilidade de uso da violência com propósitos nobres, portanto, no sentido contrário à tese dos criminosos políticos revolucionários e de seus "motivos". "Somente a pura violência é muda, e por este motivo a violência, por si só, jamais pode ter grandeza." (ARENDDT, 1987, p. 35). Por ser apenas instrumentalidade, a violência não guarda em si qualquer elemento ético legitimador.

Dito isso, é possível a Constituição que é democrática pactuar com um ato político-delitivo que nada mais é do que uso da violência na esfera política? É coerente com o Estado Democrático de Direito, a doutrina que advoga a possibilidade de ignorar as "armas" democráticas e eleger a via do crime para se fazer presente na seara política? Como pode prevalecer uma proposta doutrinária que entende ser possível o Estado Democrático de Direito considerar legítimo – porque legal não o é por definição – um crime contra a ordem jurídica (de Direito) e que renega a via democrática (pluralismo, debate etc.) como opção política? Após estas indagações, depreende-se que, não parece ser coerente com a dimensão "Democrática" do Estado brasileiro, admitir a hipótese do uso da violência como participe da construção da Democracia, sob pena de incorrer em contradição pragmática (Apel).

Em suma, arendtianamente, a esfera política não admite a participação da violência e desta não se extrai qualquer caráter legitimador. Destarte, o crime político não se forma pelo "toque" do motivo político sobre o delito. Pelo contrário, trata-se apenas do crime sendo usado como arma política. Neste sentido, depreende-se que, subjacente a doutrina majoritária, há um fundo filosófico que admite ser possível o crime invadir legitimamente a seara política. Contudo, tal embasamento filosófico é incompatível com a Democracia e, ainda, com o Estado de Direito.

Consoante demonstrado, a doutrina preponderante encontra dificuldades jus-filosóficas para vigorar perante o paradigma do Estado Democrático de Direito. Na formulação proposta por ela há uma contradição interna em face à própria Constituição. Ademais, a doutrina tradicional conduz a uma conseqüência absurda (*reductio ad absurdum*), oriunda de uma exegese jurídica que não observou o sistema racional e lógico baseado no princípio da não-contradição¹³⁴. Por fim, a doutrina majoritária não encontra harmonia com os princípios da Democracia, pois advoga a possibilidade do crime ser utilizado com fim político ao invés de fomentar o uso das "armas" da Democracia: o debate, o pacto e o convencimento.

Desta feita, é incoerente afirmar que a Constituição de "direito" e "democrática" deveria impedir a persecução penal daquele que viola o direito e utiliza-se da violência contra bens jurídicos como instrumento de ação política.

Diante do exposto, considerando a necessidade de uma hermenêutica coerente com o postulado do Estado Democrático de Direito e que expurgue a violência da seara política, insta

¹³⁴ "Quem diz que 'o princípio da não-contradição não vale', por exemplo, se quiser que essa assertiva tenha sentido, deve excluir a assertiva a esse contraditório, isto é, deve aplicar o princípio da não-contradição exatamente no momento em que o nega. E assim são todas as verdades últimas: para negá-las, somos obrigados a fazer uso delas e, portanto, a reafirmá-las." (REALE, 1990, p. 217-218).

reconstruir o conceito de "crime" político, previsto no artigo 5º, LII, da Constituição, mediante uma reviravolta hermenêutica.

Conforme demonstrado, o "delito" político previsto na Constituição não pode ser um crime, no sentido penal do termo, sob pena de ilações desconexas e contraditórias com o próprio texto constitucional, que estabelece um Estado Democrático de Direito. Conseqüentemente, para escapar da armadilha da auto-contradição, a única possibilidade restante é interpretar o "crime" político como sendo apenas nominalmente crime, ou seja, não possui uma natureza própria de delito.

Com o objetivo de construir um conceito de "crime" político constitucionalmente adequado e harmônico com o Estado Democrático de Direito cumpre resgatar os principais pontos do pensamento de Hannah Arendt.

Para Arendt, a ação (*action*) é a dimensão política da *vita activa* em contraponto ao trabalho (*labor*) e a obra ou fabricação (*work*)¹³⁵. Entretanto, para agir requer-se a coexistência da liberdade. A pensadora sustenta que "agir" deriva da "palavra grega *árkhein*, que abarca o começar, o conduzir, o governar, ou seja, as qualidades proeminentes do homem livre [...]". (ARENDDT, 2007, p. 214). Nesse sentido, ser livre e a capacidade de começar algo novo coincide. A ação (*action*) torna-se, portanto, a fonte do significado da vida humana.

Na expressão do seu agir, o homem inaugura um novo sentido para a existência plural. Celso Lafer concebe que o conceito de liberdade de Arendt requer para ser exercido a: "[...] recuperação e a reafirmação do mundo público, que permite a identidade individual através da palavra viva e da ação vivida, no contexto de uma comunidade política criativa e criadora." (LAFER, 1987, p. II). Destarte, para Arendt, a conseqüência da *action* em liberdade e inseria da convivência plural é a natalidade. A natalidade é a possibilidade de gerar algo novo e origina a esperança¹³⁶.

Neste sentido, emerge a importância do espaço público. A ambiência pública é o plano de apresentação da vida em comum, o palco dotado de audiência ampliada, "onde os cidadãos podem agir (atores) e assistir (espectadores) em conjunto, ação caracterizada pela capacidade de se iniciar novas coisas (natalidade) e modificar o mundo." (CARDOSO JR., 2005, p. 103). Na esfera pública, "os cidadãos são livres e iguais em termos de oportunidade de participação política (isonomia), principalmente pela igualdade à palavra (isegoria) [...]". (CARDOSO JR., 2005, p. 103). Agir no domínio público não se resume a fazer, mas é inclusive conviver e discursar política numa pluralidade de homens em liberdade. Nesse âmbito, o cidadão se apresenta e age em liberdade e sua legitimidade é mantida pelo consenso e pela persuasão¹³⁷.

Ação, discurso e liberdade não são concessões, mas expressões que exigem para advir à constituição e conservação do horizonte público¹³⁸. O campo público é o substrato para a esfera política e da liberdade. "Política e liberdade, portanto, são coincidentes, porém só se articulam quando existe mundo público." (LAFER, 2007, p. 21).

Vedada à ação na ambiência pública, embotada está a esfera política, pois conseqüentemente impedido fica o homem de fazer uso do seu discurso. Ausente o discurso não há possibilidade de consenso e o homem deixa de construir o seu mundo comum de existência plural. Sem o direito de fala, cala-se e deixa de participar da vida da *polis*. Retraído para a esfera privada, não há mais ação, que é a *conditio per quam* da vida política. Ao desaparecer o agir, não haverá

¹³⁵ Nessa obra adota-se a tradução do termo arendtiano *work* como sendo "obra" ou "fabricação", no mesmo expediente de João Adeodato e Theresa Calvet de Magalhães (1985) em detrimento da tradução de Roberto Raposo.

¹³⁶ "O signo da esperança é que vê na ação, que a natalidade enseja, a permanente e igualitária capacidade de começar algo novo." (LAFER, 1987, p. IX).

¹³⁷ "[...] O convencimento mútuo, a persuasão, é o meio por excelência da ação política, gerador de um poder dialógico e plural, decorrente da reunião dos cidadãos." (CARDOSO JR., 2005, p. 103).

¹³⁸ "Hannah Arendt mostra como ação, palavra e liberdade não são coisas dadas, mas requerem, para surgirem, a construção e a manutenção do espaço público." (LAFER, 1987, p. XII).

construção da novidade (natalidade). Os efeitos da censura da liberdade de expressão e participação na esfera pública inviabilizam o agir político, observa-se a retração dos direitos civis e o homem deixa de ser *persona* e torna-se *anthropos*. A política, portanto, é reduzida ao binômio poder-dominância, os quais, em momentos extremos, resultam em perseguição a oposições.

Conclui-se que as considerações sobre o espaço público arendtiano e a sua interação com os tópicos da vida política remetem aos pilares do Estado Democrático de Direito: cidadania e pluralismo político, que pressupõem o exercício em liberdade. A liberdade está subjacente ao contexto democrático. “É por isso que, para ela [Arendt], liberdade não é a liberdade moderna e privada da não-interferência, mas sim a liberdade pública de participação democrática.” (LAFER, 1987, p. X).

A estrutura do pensamento político de Arendt é harmônica e coerente com o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, observa-se que em todos os direitos fundamentais, prescritos no Estado de Direito Democrático, está subjacente a liberdade e a manutenção do campo público como *conditio per quam* se alcança a vida política. Noutras termos, “os direitos fundamentais asseguram a liberdade do Estado e a liberdade no Estado, pois a democracia tem necessidade de um cidadão político que faça uso de seus direitos.” (SOARES, 2000, p. 113).

Por se tratar de uma análise que conecta tanto a dimensão jurídica quanto a política, a questão da legitimidade aflora como desdobramento inequívoco. Portanto, é a efetivação do espaço público, como palco da cidadania, que traz a abertura para a legitimação¹³⁹ e, ainda, a manutenção do “palco” Democrático.

Há uma íntima relação entre campo público e Democracia. Destarte, qualquer atentado contra os elementos fundamentais desta ambiência representa ameaça à Democracia. No sentido inverso, manifestar resistência contra as intimidações à manifestação na esfera pública é um ato pró-democracia. É desse contexto que emerge o conceito de “crime” político, em harmonia com o Estado Democrático de Direito.

Arendt ciente de que “[...] os períodos de existência livre foram sempre relativamente curtos na história da humanidade” (ARENDR, 2007, p. 217), reconhece as ameaças ao espaço público e, por conseqüência, também à Democracia moderna. Infere-se¹⁴⁰, a partir do levantamento da história política, que não raras são as manifestações (*praxis*) de oposição que são rechaçadas mediante o manejo estratégico da legislação penal por governos não-democráticos. Os governantes não-democráticos, no anseio de sufocar a manifestação de homens livres (*persona*)¹⁴¹ e o Poder advindo das ruas (espaço público), utilizam a força legal, isto é, estrategicamente, criminalizam impropriamente o agir democrático ou, pelo menos, tratam como delinquente quem se dedica a esse agir. Noutras palavras, nos regimes ditatoriais há a criminalização da oposição, da diversidade política, do sindicalismo, da mobilização social, ou seja, os governos não-legítimos tentam transformar a liberdade – uma das dimensões da Democracia – em crime.

É notório que o homem cidadão (*persona*) ao violar a pseudo-norma que criminaliza o agir político não atua contra-direito, pelo contrário, visa expressar a liberdade da condição humana em defesa, ocupando o âmbito público, espaço da política, por excelência, e alicerce da Democracia. Este ato político (*action*), na perspectiva democrática e arendtiana, jamais será um delito. Com efeito, o crime político é o agir político democrático criminalizado. Partindo deste entendimento

¹³⁹ “Este sistema de direitos fundamentais, dotado de princípios norteadores e assecuratórios, propicia a concretização da cidadania plena e coletiva, consubstanciando a legitimidade do Estado democrático de direito.” (SOARES, 2000, p. 118).

¹⁴⁰ Antes de avançar no texto, cabe informar que, a partir deste ponto, o conceito de “crime” político ora proposto não foi desenvolvido por Arendt, todavia, ousa-se afirmar que está coerente com o seu pensamento.

¹⁴¹ O conceito de *Persona* para Arendt inclui a liberdade de criação e compartilhamento da realidade comum e de expressão que se dá no espaço público. Para maior aprofundamento remeto o leitor ao livro *Responsabilidade e Julgamento* de Hannah Arendt.

compreende-se o porquê da Constituição dispor em seu artigo 5º, LII, que não extraditará esse agente, pois não se trata de um criminoso¹⁴² no sentido penal do termo, mas sim, de um cidadão de nosso defender o espaço público e a Democracia.

A averiguação originária do termo "crime" político, no paradigma do Estado Democrático e de Direito, realiza uma ruptura radical com a doutrina dominante, logo, requer, para melhor identificação conceitual, também uma reformulação semântica. Arendt acusa que, por vezes, depara-se com termos cujas distinções já perderam o seu sentido original. Dessa forma, não se permite mais desvelar as experiências originais nele contidas caso se mantenha a mesma semântica. Dai a necessidade de se criar uma nova terminologia. Nesse mesmo sentido, afirma Adeodato: "[...] às vezes pode ser preciso criar expressões para novas realidades, com o que nossa autora certamente concorda, 'cada nova aparência entre os homens necessita de uma nova palavra'." (ADEODATO, 1989, p. 110 e 111).

Com efeito, por estar o termo constitucional, "crime político", ainda impregnado com a concepção de "crime por motivação política", impõe-se, devido a reformulação ora proposta, uma nova forma semântica. Destarte, denomina-se o "crime" político, previsto no artigo 5º, inciso LII da Constituição Brasileira, por *nocrim*: agir político no espaço público, nominalmente transformado em crime, impropriamente tipificado por decisão ilegítima e estratégica de governos não-democráticos.

O *nocrim* não representa ameaça ao Estado ou a bens jurídicos tutelados, mas ao governo autoritário. O *nocrim* perfaz a insistência e a resistência pela ocupação do espaço público que é o substrato da própria Democracia. A proteção constitucional do agente do *nocrim* é a declaração de concordância recíproca dos Estados Democráticos de Direito, que reconhecem o valor do ato, em prol da preservação da esfera pública e da Democracia. Afinal, *nocrim* é um direito e, em certa perspectiva, um dever do cidadão no âmbito público. Por não ser delito, no sentido técnico do termo, a via é da negativa do pedido de extradição.

O *nocrim* é outra proposta de interpretação do "crime" político em harmonia com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Sua demonstração conceitual representa a cristalização da coerência interna do dispositivo, "crime político", em conformidade com o sistema normativo constitucional que se insere, que somente foi possível a partir da reviravolta hermenêutica impulsionada pelo pensamento da cientista política e filósofa Hannah Arendt.

Ad argumentandum tantum, termo "crime" do artigo 5º não pode ser entendido no sentido próprio penal, dada a sua localização tópica. O "delito" político está no rol dos direitos individuais e coletivos da Constituição Democrática e de Direito, segundo se constata no artigo 5º, LII. Sem delongas, seria um contra-senso incrustar um verdadeiro crime dentre o rol de direitos fundamentais da Constituição. Assim, a própria localização do dispositivo sobre o "crime" político já indica que não se utiliza o termo em seu sentido próprio. Enfim, há um caráter performático no verbete "crime", que não pode ser interpretado a partir de sua nomenclatura, entretanto, do seu significado diante do contexto constitucional.

* * *

Em resposta a possível crítica de que o "crime" político da Constituição foi regulamentado pela Lei nº 7.170/83, a qual define os delitos contra a segurança nacional, a ordem política e social, informa-se que se trata de um caso de homonímia sutil.

Com efeito, "crime" político, previsto na Constituição, é tomado, pela doutrina e jurisprudência, com sendo idêntico ao instituto jurídico do delito político da Lei de Segurança

Nacional. Tal constatação é feita a partir, dentre outras fontes primárias, dos dizeres do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Carlos Mário da Silva Velloso, para quem “a Constituição não definiu o crime político. O seu conceito há de resultar, portanto, da legislação comum.” (VELLOSO, 2003, p. 130). Noutros termos, inexistindo uma conceituação na própria Constituição para crime político do artigo 5º, LII, para o ex-ministro, deve-se, supostamente, obter a definição para esse delito político na legislação ordinária. Nesse diapasão, invoca a citada Lei n.º 7.170/83 para conferir definição ao “crime” político:

Certo é que, tendo em vista o direito positivo brasileiro, a Lei nº 7.170, de 1993, acentuei, em voto que proferi quando o julgamento do HC 73.451-RJ, que, para que o crime seja considerado político, é necessário, além da motivação e dos objetivos políticos do agente, que tenha havido lesão real ou potencial aos bens jurídicos indicados no artigo 1º da referida Lei nº 7.170, de 1993, *ex vi* do estabelecido no seu artigo 2º. (VELLOSO, 2003, p. 131).

Depreende-se que, para a maioria da jurisprudência e da doutrina brasileira, o “crime” político previsto no artigo 5º da Constituição se refere propriamente ao mesmo instituto delitivo da lei de segurança nacional, Lei nº 7.170/93.

Ora, conforme já foi analisado, o “delito” político na Constituição não pode ser um crime, no sentido penal do termo, sob pena de ilações desconexas e contraditórias com o próprio texto constitucional.

A confusão, entre “crime” político constitucional e delito político na forma abordada pela doutrina tradicional, é oriunda do fato dos autores se equivocarem e não observarem que se trata de dois institutos jurídicos que, por necessidade lógico-jurídica, são diferentes; contudo, designados pela mesma expressão semântica.

Noutros termos, para se evitar a ocorrência do *reductio ad absurdum*, o “crime” político na Constituição, obrigatoriamente, deve possuir natureza jurídica distinta do crime político previsto na Lei nº 7.170/93. São conceitos jurídicos diferentes, mas grafados pelo mesmo termo semântico. Trata-se de um caso de homonímia sutil. Schopenhauer traz a distinção: “synonyma são duas palavra que designam o mesmo conceito, Homonyma são dois conceitos designados pela mesma palavra.” (SCHOPENHAUER, 1997, p. 128).

A corrente tradicional provavelmente se confundiu com a homonímia, cuja conseqüência foi “tornar a afirmação apresentada extensiva também para aquilo que, fora a identidade de nome, pouco ou nada tem em comum com a coisa de que se trata [...]” (SCHOPENHAUER, 1997, p. 128). Destarte, a falta da quebra do sentido homonímico propiciou a “[...] imprecisão na delimitação do tópico em discussão [que] pode levar a uma *metábasis eis allo genos*, uma mudança de um gênero de objeto para outro [...]” (SCHOPENHAUER, 1997, p. 132).

Em suma, a partir da identidade semântica do termo da Constituição (“crime” político) com a palavra de igual ortografia na Lei nº 7.170/83 (crime político), os doutrinadores e a jurisprudência do STF compreendem que se trata de idêntico tipo jurídico. Daí que, realiza-se a subsunção (equivocada) entre o dispositivo constitucional com o conceito de termo com idêntica grafia previsto em lei ordinária.

REFERÊNCIAS:

- ADEODATO, João Maurício Leitão. **O Problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- ARENDR, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

- ARENDDT, Hannah. *A vida do espírito I: Pensar*. Tradução: João C. S. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.
- ARENDDT, Hannah. *Crises da República*. Tradução José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- ARENDDT, Hannah. *Da violência*. Título original: *On Violence*. Tradução Maria Cláudia Drummond. Publicação da Editora, 1985.
- ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução Mauro W. Barbosa de Almeida. 6ª edição. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- ARENDDT, Hannah. *Homens em tempos somhrios*. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1987a.
- BRASIL. *Constituição Federativa do Brasil - Texto consolidado até a Emenda Constitucional n. 56 de 20 de dezembro de 2007*.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Extradição*. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Acesso em: 20 e julho de 2009. *Extradição nº 700*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaTraduzida/verJurisprudenciaTraduzida.asp?tpLingua=21&id=250>. Acesso em 20 de julho de 2009.
- CARDOSO JR., Nerione Nunes. *Hannah Arendt e o declínio da esfera pública*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições técnicas, 2005.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.
- LAFER, Celso. *A política e a condição humana*. In ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. I – XII.
- LAFER, Celso. *Da dignidade da política: sobre Hannah Arendt*. In *Entre o passado e o futuro*. Tradução Mauro W. Barbosa de Almeida. 6ª edição. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 9 -27.
- MAGALHÃES, Theresa Calvet de. *A Atividade Humana do Trabalho [Labor] em Hannah Arendt*. São Paulo: Revista Ensaio nº 14, 1985, p. 131-168.
- OLIVERIA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2007.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual*. Revista dos Tribunais, ano 89, v. 771, jan. 2000, p. 421 -447.
- REALE, Giovanni/ ANTISERI, Dario. *História da filosofia: Antiguidade e Idade Média - Volume 1, 3ª. edição*. São Paulo: Paulus, 1990.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias: (Dialética Erística)**. Introdução, notas e comentários Olavo de Carvalho; tradução Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. **Crimes Políticos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicadas às normas comunitárias**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A Extradicação e seu Controle pelo Supremo Tribunal Federal. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). **Terrorismo e Direito: os Impactos do Terrorismo na Comunidade Internacional e no Brasil**. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 115-150.

UBERTIS, Giulio. **Reato político, terrorismo, estradizione passiva**, Periódico: L'Indice Penale, Volume: 21, Fascículo: 2, Mês: mag./ago, 1987, Paginação: 255-272, Local: Padova.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

UMA VISÃO CONSTITUCIONAL-GARANTISTA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO EXCLUDENTE DE TIPICIDADE PENAL

Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis

Graduado em Direito pela Faculdade de
Direito Milton Campos, em julho de
2004; Pós Graduado em Direito Privado,
Tese de Direito Penal, pela UCAM -
Universidade Cândido Mendes, em julho
de 2006

1 - INTRODUÇÃO

A evolução histórico-social, abrangendo, pois, as ciências humanas, levou a ciência penal a inadmitir que seu objeto e instrumento, o Direito Penal, represente a legitimação do Estado para agir de forma não garantista e arbitrária, que há tempos levava a absurdos que iam da injustiça à crueldade com os seres humanos, alvos da tutela penal. Conseqüentemente, o Direito Penal sofreu influxos severos de valores éticos, sociais e morais, como forma de limitação e controle social à atuação do Estado, inclusive pela regência de textos normativos supremos (constituições), condutores e assecuratórios dos direitos e garantias fundamentais, que passaram a influenciar a feitura dos atos normativos que especificavam o tratamento penal. Diversos princípios fundamentais norteiam o Direito Penal, buscando uma aplicação constitucional-garantista das normas penais, espraiando seus efeitos por todo esse ramo do direito, com o fito limitador e humanizador da disciplina penal, bem como de que se alcance a segurança jurídica.

A estruturação e o reconhecimento constitucional dos poderes (funções) do Estado possuem dupla dimensão garantista, uma positiva e outra negativa: de um lado, a materialização dos direitos e garantias fundamentais dos destinatários das normas; de outro, a obrigação negativa estatal de abster-se do cometimento de abusos em sua ingerência na vida dos que se submetem à sua soberania. Tal asserção se torna ainda mais relevante e viva no modelo de Estado Democrático de Direito, a exemplo do Brasil, em que a dignidade da pessoa humana é consagrada no texto constitucional como fundamento da República. Com o surgimento do Estado Constitucional - Democrático de Direito, passou-se a ter uma preocupação com os excessos inócuos da atuação estatal, como instrumento de reprimenda e ressocialização (penas), pelo que urgia, como hoje, uma melhor ponderação e análise das condutas que não lesavam bens, de maneira relevante, ao ponto de a elas ser atribuído o caráter criminal.

É nessa toada de raciocínio que se insere o Princípio da Insignificância, baseado no princípio constitucional da proporcionalidade e na dignidade da pessoa humana, além de manter estreita relação com outros princípios do Direito Penal.

Éis que surge a maior valorização e utilização dos princípios regedores do Direito Penal, na aplicação da lei ao caso concreto, para uma maior segurança jurídica e constitucional atuação do estado na vida social, sem exageros de reprimenda ineficazes.

O presente trabalho tem como objeto a demonstração da relevância da aplicação do princípio da insignificância, à luz da força cogente dos princípios constitucionais e do modelo garantista do direito penal constitucional, comprovando ser o Direito Penal a última instância estatal nas relações entre os integrantes do corpo social.

Desse modo, simplesmente, mostra-se de extrema relevância uma abordagem prático-científica do tema, à luz de uma interpretação sistemática dos outros princípios norteadores da ciência penal, bem como do garantismo constitucional e de sua proporcionalidade na aplicação das normas infraconstitucionais, através da análise dos citados princípios e da adoção do conceito analítico de crime, a fim de se averiguar a possibilidade da exclusão da tipicidade pela aplicação do expediente principiológico proposto como tema.

2 – NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL

Fazendo um estudo do tema desse sintético trabalho, aferimos que a ampla maioria da doutrina e da jurisprudência pátria utiliza as denominações “delito ou crime de bagatela” e “insignificância” como sinônimas.

Todavia, a expressão “delito de bagatela” deve ser tida como uma denominação clássica, mais abrangente, contendo os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, os quais se diferenciam em poucos pontos sensíveis.

Na lição de Luiz Flávio Gomes (1), a diferença fundamental entre os dois princípios seria que, a linha jurisprudencial mais tradicional reconhece o princípio da insignificância levando em conta apenas o desvalor do resultado, ou seja, considera suficiente, para caracterização da infração bagatelar, que o nível da lesão ao bem jurídico, ou do perigo concreto verificado, seja ínfimo. Já a outra corrente, a que aplica o princípio da irrelevância penal do fato, para a identificação do delito como bagatelar, não se contenta só com o desvalor do resultado, exigindo que sejam insignificantes cumulativamente o resultado, a ação e a culpabilidade do agente. Ou seja, para que o fato seja considerado penalmente irrelevante todas as circunstâncias judiciais - culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, conseqüências, etc. - precisam ser irrelevantes, favoráveis ao agente.

Ainda vem diferenciá-los, sua posição dentro do fato punível, uma vez que o princípio da insignificância é tido como causa de exclusão da tipicidade do fato, e o princípio da irrelevância penal do fato como causa de dispensa da pena, em razão de sua desnecessidade no caso concreto.

3 – OS PRINCÍPIOS E SUA FORÇA NORMATIVA

O reconhecimento da força normativa dos princípios remonta a Bachoff, Forsthoff e Larenz, sendo que, desde o surgimento do Pós-Positivismo, ainda podemos fazer uso do conceito gizado por Crisafuli, em 1952: “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”. (2)

Enfim, são mandados de otimização de todo um sistema, sobretudo à luz da ordem constitucional, que asseguram direitos fundamentais aos destinatários das normas. Princípios são exigências de otimização, suscetíveis e abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. São, normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos. São ainda postulados que se irradiam por todo o sistema de normas com o fito de propiciar um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação das normas positivadas nesse mesmo sistema.

4- BREVE ESCORÇO SOBRE A TIPICIDADE PENAL COMO ELEMENTO DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME E SOBRE SUA RELAÇÃO COM ALGUNS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL

A origem etimológica da palavra Tipicidade é alemã, do vocábulo *tatbestand* (no que consiste o fato), desenvolvido por Beling e oriundo do latim *fact species*. É a subjunção de uma situação fático-jurídica à descrição delimitada da norma penal.

Do ponto de vista formal, a tipicidade se define como a subsunção de um fato jurídico à sua descrição aposta em uma norma penal, ou seja, é a mera correspondência entre uma conduta da vida real e o tipo legal do crime, que consta no ordenamento punitivo. Conforme preceitua Muñoz Conde (1988, p.41), "é a adequação de um fato cometido à descrição que dele se faz na lei penal".

Entretanto, com a evolução da doutrina penal, a partir do Sistema Causal Neoclássico ou Neokantismo, de Mayer, Mezger e Frank, que vigorou de 1906 a 1930, em esse conceito formal estéril de tipicidade, de mera subsunção da conduta do agente ao tipo descrito na lei penal, passou a não ser suficiente para que se pudesse concluir pela tipicidade penal, posto que esta se forma pela tipicidade formal somada à tipicidade material. Isso se deu em virtude de que nesse novo sistema penal os conceitos jurídicos dos elementos do crime passaram a sofrer influxos normativos, ou seja, houve uma retomada da aplicação dos juízos de valor aos conceitos científicos, preconizada outrora por Kant.

Sob o prisma material, inserido pelo Sistema Causal Neoclássico ou Neokantismo, além da subsunção de um fato à norma penal, o conceito de tipicidade reclama ainda um juízo de valor, pelo qual se verifica a existência ou na de danosidade social. Em outras palavras, deve-se aferir se houve lesão a um bem jurídico totalmente tutelado, para que se possa atribuir tipicidade material à conduta penalmente relevante

Posteriormente, alargou-se ainda mais o conceito jurídico de tipicidade, surgindo a tipicidade conglobante, instituto este elaborado por Eugênio Raúl Zaffaroni.

Como consectário da evolução teórica, ter-se-á a tipicidade conglobante quando houver a antinormatividade da conduta (tipicidade formal), somada à tipicidade material. Pela antinormatividade entenda-se que a conduta do delinqüente não pode ser permitida, tampouco fomentada pelo Estado.

Consoante a tese do doutrinador argentino acima citado: "Uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra pode proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se uma "desordem" arbitrária. As normas jurídicas não vivem isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente" (3).

A tipicidade conglobante vem, inclusive, reforçar a idéia de que a tipicidade é apenas indiciária da antijuridicidade, exposta na teoria da "ratio cognoscendi", exposta por Mayer. Nesse passo, a antinormatividade da conduta será deslocada para a primeira fase da avaliação da existência do crime (fato penalmente típico) apenas nos casos em que o agente pratique condutas impostas ou fomentadas pelo ordenamento jurídico.

É justamente na seara da tipicidade material que se insere a utilização do Princípio da Insignificância ou dos Crimes de Bagatela.

Nesta esteira constitucional-minimalista, segundo modernos doutrinadores, cultores da opinião de que o Direito Penal só deve se ocupar das ofensas graves a bens jurídicos eleitos pelo ordenamento para proteção, é que entendemos dever o aplicador da lei penal se ater a uma consideração dotada de proporcionalidade constitucional, para que assim, no caso em concreto, não cometa destemperos de abuso e respeite a dignidade da pessoa humana.

Doutrinariamente, com suporte dos princípios da adequação social e da insignificância, procurou-se consignar uma dicotomia entre condutas que se subsumem formalmente ao tipo legal, desprovidas, contudo, de caráter lesivo suficiente ou significativo e, de outro lado, condutas formalmente típicas, dotadas de lesividade social, ou seja, materialmente típicas.

Essas ordens interpretativas (princípios) não se encontram expressamente inculpidas em textos normativos, não são positivadas, sendo, pois, construções doutrinárias e pretorianas. Porém, com fulcro no valor da dignidade da pessoa humana e na razoabilidade (ou proporcionalidade), revelados na Constituição da República, de 1.988, reflexamente se aplicará um Direito Penal proporcional e suficiente à conduta insignificante contrária à lei penal.

Não raras vezes, hodiernamente, nos absurdamos e surpreendemos com notícias de casos em que os operadores do direito insistem em fazer uso da reprimenda proporcionada pela norma penal, a hipóteses de lesões mínimas a bens jurídicos tutelados pelo ordenamento penal. São inúmeros casos de recurso ao Direito Penal em desabono aos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade do direito penal, da adequação social, da proporcionalidade e da insignificância

5 – DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL

5.1 – ORIGEM HISTÓRICA

Atribui-se origem doutrinária alemã a esse princípio. Inclusive, os doutrinadores germânicos usavam a denominação de "criminalidade de bagatela" ou na língua alemã – Bagatelledelikte. Cronologicamente, surgiu na, a partir do século XX na Europa, face às crises sociais ocasionadas pela devassa das duas grandes Guerras Mundiais. Os aspectos fáticos das guerras tiveram como conseqüências, dentre outras, o crescente desemprego dos cidadãos dos países envolvidos nas batalhas. Assim a falta condições de sobrevivência digna (falta de alimentos, infra-estrutura sócia, etc.) ocasionou um surto de pequenos furtos, subtrações de mínima relevância, que receberam a denominação "criminalidade de bagatela" (BETTIOL, 2000, p.210).

É facilmente perceptível que dada a origem fática desse postulado, demonstra-se que o cunho de sua finalidade é patrimonial. Isso quer dizer que objetiva abranger situações jurídicas onde haja danos patrimoniais mínimos, que afastem a idéia de lesividade ou prejuízo consideráveis a outrem, o que se revela como uma bagatela, e, como tal prescinde dos rigores do direito penal.

Diversamente, há quem defenda que a origem desse princípio seja o direito romano, onde o pretor não cuidava, de modo geral, de causas ou delitos de bagatela, consoante a máxima contida no brocardo de *minimis non curat praetor*. Dentre esse, citamos Diomar Ackel Filho. Essa corrente sofre críticas, uma vez que a maior especialização do direito romano dizia respeito ao direito civil, muito mais do que na seara penal.

Esse fio condutor principiológico atrela-se, em sua origem e evolução histórico-temporal, ao princípio da legalidade, em matéria penal, o qual teve origem no contrato social, segundo Jescheck e desenvolvimento, no Iluminismo europeu. As metamorfoses que sofreu dizem respeito ao limite de seu conteúdo, dos imperativos criminalizadores.

Apontam os estudiosos ser Claus Roxin o precursor da inserção desse princípio no Direito Penal, em 1964. Seu objetivo era retirar de determinadas condutas humanas a tipicidade material.

5.2 - CONCEITO E FUNDAMENTOS DE VALIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Bagatela (crime de bagatela) ou insignificância, sequer chega a ser um instituto expresso em nosso ordenamento jurídico, sendo que a determinação de sua abrangência e significado dependem de uma interpretação teleológica do operador e aplicador da norma penal, à luz da CRF/88, para que se possa delimitar as condutas tidas como insignificantes, sob o influxo de um direito penal mínimo, fragmentário e subsidiário, baseado na coluna constitucional da dignidade da pessoa humana, excluindo-se a tipicidade dessas condutas e abstendo-se o Estado da reprimenda penal.

Longe da pretensão de conceituar o instituto com um fator de inovação, podemos traçar um compilado conceitual: o princípio da insignificância é um mandamento nuclear e norteador do ordenamento jurídico, cujo fundamento de validade é a Constituição da República e demais princípios de Direito Penal, por uma interpretação teleológica e sistemática, dotado de força normativa e cogente, que determina a exclusão da tipicidade penal de condutas sem capacidade de lesão social significativa, ou seja, materialmente atípicas.

Sobretudo num viés constitucional, ordenador do sistema jurídico pátrio, Zaffaroni preleciona que o fundamento do princípio da insignificância está na idéia de proporcionalidade que a pena deve manter em relação à significância do crime.(4)

Percebe-se que o Princípio da Insignificância tem espeque reflexa na Constituição, face ao princípio da dignidade da pessoa humana e funda-se num conceito material de tipicidade e atenta para o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal.

A base fundamentadora do princípio da insignificância é a proporcionalidade hermenêutica e exegética da lei penal, face à situação fática de um caso concreto, à luz de princípios constitucionais de força cogente, sobretudo os da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. Segundo Maurach seria tão absurdo e reprovável criminalizar infrações contratuais civis quanto cominar ao homicídio tão só o pagamento das despesas funerárias.

Afastar-se da proporcionalidade na aplicação das leis, sobretudo da penal, é subverter a ordem jurídica e fulminar o ideal de Estado Social e Democrático de Direito, consagrado na nossa Constituição da República, de 1.988.

5.3 - APLICAÇÃO PRÁTICA E JURISDICIONAL DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

De nada adiantaria a exposição meramente principiológica de padrões a serem adotados, se na prática jurídica, estes não o fosse.

Demonstra-se numa progressão positiva a aplicação do princípio tema desse trabalho perante a atividade jurisdicional pátria. A jurisprudência nacional é cada vez mais permeada pela utilização desse princípio como forma de resolver questões penais de somenos relevância social.

Verifica-se um número cada vez maior de decisões judiciais entendendo pelo trancamento de ações penais, face à aplicação desse postulado, uma vez que por ele, restará excluída a tipicidade penal.

A sua utilização nos julgados faz-se marcante, sobretudo, nas infrações penais de furto, dano, lesões corporais, descaminho, crimes contra a fauna e infrações relacionados a tóxicos. Em que pese a variedade delitiva sobre a qual se utiliza esse princípio, o entendimento adotado é uníssono quanto segue sempre uma mesma linha de raciocínio, que preconiza que a lesão ou o fato argumentos da proporcionalidade, da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade.

Os Tribunais de Justiça Estaduais vêm aplicando o princípio da insignificância com mais frequência aos casos de furto e lesões corporais leves e levíssimas, consoante aos argumentos de irrelevância social e econômica da *res furtiva*, aliados à ausência de perigosidade da conduta incriminada, e os argumentos da falta de potencialidade ofensiva do fato, a natureza levíssima das lesões causadas e a falta de ameaça danosa ou concretamente perigosa que justifique a imposição de uma pena.

A aplicação desse princípio é bem visível nos Tribunais Regionais Federais, órgãos onde se encontra a maior incidência aplicativa do Princípio da Insignificância, sobretudo em crimes de descaminho (5), sob os argumentos de que o descaminho de mercadoria de valor irrisório não chega a causar lesão relevante. Sua aplicação também é bastante perceptível nas infrações penais contra a fauna (6), sob os argumentos de que nesses, o direito penal não deve se preocupar com ações insignificantes, que por sua natureza, não causam um dano ao bem jurídico tutelado.

A jurisprudência observada no Superior Tribunal de Justiça denota uma maior aplicação do princípio objeto central desse trabalho aos delitos de descaminho ou contrabando, sob o mesmo argumento dos Tribunais Federais, acima já exposto. O entendimento dos ministros do STJ, sobretudo dos componentes de sua Sexta Turma, é no sentido de que na aplicação do princípio da insignificância, torna-se necessário observar a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica reprovada.

Urge salientar que o Supremo Tribunal Federal também acolhe o princípio da insignificância, em determinados casos, devendo sua aplicabilidade ser analisada caso a caso.

Vejamos um trecho de um acórdão de nosso Pretório Excelso: "... a aplicação do princípio da insignificância deve ser feita caso a caso". (7). Em outro julgado: "O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal. (H.C. 84.412-0/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julg. 19/10/2004)"

Elastecendo o rol de requisitos de aplicabilidade, afere-se em alguns julgados que há magistrados tendentes a exigir ainda a análise positiva de critérios subjetivos, como a culpabilidade do agente, antecedentes criminais e as demais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

O ideal seria que, nos casos práticos, quando da utilização do ordenamento jurídico pelo operador do direito, este fizesse, na hipótese, uma análise mais acurada e arraigada no garantismo constitucional, para que afastasse da incidência do direito penal as lesões insignificantes aos bens jurídicos que este ramo do Direito tutela positivamente. Até mesmo para fins da denúncia, acreditamos que o órgão do Ministério Público deveria proceder, previamente ao exercício do direito de acusação, a uma análise aprofundada e principiológica do fato típico, excluindo, por conseguinte, a tipicidade da conduta e evitando o acionamento do judiciário para reprimir penalmente uma conduta de bagatela penal, requerendo, pois, o arquivamento do inquérito policial ou peças de informação.

6 - INADMISSÃO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - DIREITO PENAL MÁXIMO

Malgrado haja significativa parcela dos operadores do direito adeptos à aplicação do princípio da insignificância a condutas que possuam baixo grau de lesividade aos bens jurídicos penalmente tutelados, conforme o desenvolvimento lógico exposto alhures, há também aqueles, atrelados ao positivismo jurídico e ao conservadorismo penal, seguidores do Direito Penal Máximo, que inadmitem sua incidência, seja abstrata, seja concretamente.

Alguns argumentos da afastabilidade desse verdadeiro postulado normativo de otimização podem ser encontrados nos escólios doutrinários, na jurisprudência de nossos Tribunais Superiores e dos próprios Tribunais de Justiça dos Estados.

Para essa parcela da doutrina, todo e qualquer bem jurídico, assim como toda e qualquer lesão merecem a guarda e aplicação do Direito Penal, sem qualquer esforço normativo tendente à restringir a tipicidade penal.

Em recente decisão da Sexta Turma do STJ, a Ministra Relatora do *habeas corpus* de autos nº 117436 PE, publicado em 02 de março de 2009, Jane Silva, da Sexta Turma do STJ, invocou a tese da não aplicação desse princípio aos delitos complexos, uma vez que, havendo lesão a diversos bens jurídicos, o interesse protetor e repressivo do Estado seria inegável. Vejamos um trecho da Ementa deste aresto: "*1. Inaplicável, aos crimes de roubo, o princípio da insignificância - causa suprallegal de exclusão de ilicitude -, pois se tratando de delito complexo, em que há ofensa a bens jurídicos diversos (o patrimônio e a integridade da pessoa), é inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão*"

Argumentam outros que a mínima lesividade ao bem jurídico tutelado não seria suficiente para a atipicidade material, posto que há de se sopesar o desvalor da conduta ilícita, v.g. Acórdão nº 70022590962 do Tribunal de Justiça do RS - Oitava Câmara Criminal, de 27 Agosto 2008.

Na seara do Direito Penal Militar, o STM vem, por reiteradas vezes, repelindo a aplicação do princípio da insignificância, fundamentando suas decisões na disciplina e na hierarquia que norteiam a justiça e o meio castrenses, nos termos do Acórdão número 1999.01.006600-0/MS, publicado em 17 de fevereiro de 2000, Recurso Criminal, exarado pelo STM.

Ainda pela não aplicação do referido princípio, surgem vozes no sentido de que não há previsão legal para tanto, bem como se referem à ausência de definições objetivas conceituais e normativas do mesmo.

7 – CONCLUSÃO

Nos tempos atuais, em que a nossa Constituição assegura direitos até de quarta dimensão, não podemos nos ater a um raciocínio tão distante dos objetivos fundamentais garantistas da ciência jurídica, como fonte de estabilização das relações sociais.

Modernamente, entendemos que o aplicador da lei não pode subverter a valoração social e aplicar sanções a condutas socialmente irrelevantes, bem como o Direito Penal não se deve ocupar de bagatelas. O Estado não pode mais acionar todo seu aparelho judiciário em razão de fatos de pouca relevância jurídica penal.

É certo que como atribuição natural do julgador, este possui de certa forma, uma discricionariedade interpretativa regrada, para incriminar ou não uma conduta, com uso da proporcionalidade, bem como lhe aplicar uma pena suficientemente adequada, rejeitando, para tanto, a aplicação do Direito Penal aos crimes de bagatela. À medida que sanções de outra natureza, como a civil ou a administrativa, são capazes de conferir a repressão e a prevenção a essas condutas, não se faz necessária a intervenção penal.

Defendemos, pois, sua utilização, como forma de garantir uma aplicação constitucional do direito penal, como fragmentário e subsidiário que é, sobretudo em valorização à dignidade da pessoa humana do ofensor.

Por todo o explicitado, concluímos que, o Princípio da Insignificância, cuja elaboração é doutrinária, com acolhimento de ampla parte da doutrina e da jurisprudência, em que peses algumas vozes dissonantes, possui fortes raízes na Constituição, face aos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana e funda-se num conceito material-normativo de ilicitude, atentando-se para o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal. Assim, visa a excluir a tipicidade das condutas socialmente irrelevantes e incapazes de causar lesões materialmente consideráveis, que reclamem reprimenda penal. Viu-se também que o princípio alvo desse trabalho possui perfeita aplicabilidade aos casos concretos em que haja lesões ínfimas a bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal e que dele faz uso recorrente a jurisprudência de nosso país.

REFERÊNCIAS:

1. GOMES, Luiz Flávio. Delito de Bagatela : Princípios da Insignificância e da Irrelevância do Fato. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 90, v. 789, jul. 2001, p. 440.
2. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 6ª d., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 231.
3. Vide ZAFFARONI, Eugenio Raúl d. FONSECA, Luiz Vidal da. O Princípio da Insignificância no Direito Brasileiro. Artigo extraído da Internet em 09.03.2000: site: [d. P:/www.mt.trf1.gov.br/judice/jud3/art1.html](http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud3/art1.html).
4. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 3ª d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 458.
5. Nesse sentido, AC 89.01.20781-8/MG; Apelação Cível, 4ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Juíza Eliana Calmon. 02.10.89.
6. Nesse sentido, jurisprudência do TRF 4ª Região – Acr. 95.04.32066-0/PR, 2ª Turma, Rel. Juíza Tânia Escobar, 27.03.96. “Fauna. Caça de animais silvestres. Princípio da insignificância. O princípio da insignificância tem aplicação em casos onde o prejuízo ao bem juridicamente tutelado é tão ínfimo que se torna insignificante, a Lei nº 5.197/67, com redação dada pela Lei nº 7.653/88, objetiva a punição daqueles que de uma forma ou de outra causem dano à fauna silvestre. A conduta dos recorrentes – caça de duas espécies de tayassu tajacu, vulgarmente conhecido como cateto, causou prejuízo ínfimo a fauna. Os recorrentes são homens rudes semi-analfabetos, vivem no meio rural em intimidade com a caça de uso habitual e não com a conduta predatória criminosa que deve ser punida”.
7. Jurisprudência do STF. Habeas Corpus nº 70747-5/RS, STF, Rel. Min. Francisco Rezek, 07.12.93.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA:

- BETTIOL, Giuseppe. Direito penal. v. I, 2000.
- DOTTI, René Ariel; REALE JÚNIOR, Miguel; et alli. Juizados especiais criminais: interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GRECO, Rogério. Curso de direito penal parte geral. Niterói/RJ: Impetus, 2005.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Lei dos juizados especiais criminais anotada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal: parte geral. 19. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1995.
- LOPES, Jair Leonardo. Curso de direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Juizados especiais criminais: princípios e critérios. Artigo extraído do CD Rom Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Juris Plenum Informática.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. A competência dos juizados especiais criminais. São Paulo: Revista Jurídica, n. 22, p. 144-145, abr/1996.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei n. 9,099/95 e da jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MARQUES, Daniela de Freitas. Elementos subjetivos do injusto. 2001.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal: Parte Geral. 17 ed. V. 1. São Paulo: Atlas, 2001.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal. 8. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria geral do delito. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito penal: introdução e parte geral. 33. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis Toledo. Princípios básicos de direito penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Comentários à lei dos juizados criminais. São Paulo: Saraiva, 2001.

VICO MAÑAS, Carlos. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES GRAVES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS

Marcela Quelroz Carvalhais
Diretora Acadêmica do
Instituto de Ciências Penais
e Advogada Criminalista

Camila Grissi Pimenta
Graduada em Direito pela
Universidade Federal de
Minas Gerais e Advogada

1. INTRODUÇÃO

A inserção, em nosso ordenamento jurídico, do incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal dos crimes graves contra os direitos humanos (IDC), por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi fruto da pressão de organismos internacionais e de várias ONGs, inconformadas com a impunidade e morosidade no julgamento de causas de grande repercussão nacional e internacional, como o assassinato de Chico Mendes, os massacres de Eldorado do Carajás, Vigário Geral, Carandiru e Candelária, dentre outros, e a atuação de grupos de extermínio em várias cidades brasileiras.

A idéia começa a se desenvolver na década de 90, sendo sua primeira expressão o anteprojeto de lei de reformulação da legislação do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, em 1992, que, entre outras disposições, definia a competência da Justiça Federal para julgar as causas, penais e civis, em que tal Conselho manifestasse interesse, atuando como assistente, representado pelo Ministério Público Federal.

Em outubro de 1993, o Grupo de Trabalho – Agenda de Recursos Humanos, constituído após o término da Conferência de Direitos Humanos de Viena, apresentou propostas de modificação do anteprojeto, entre elas a apuração pela Polícia Federal de vários dos considerados crimes contra os direitos humanos.

Em 1996, o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso apresentou ao Congresso Nacional proposta de Emenda Constitucional sobre a matéria, em consonância com o Plano Nacional de Direitos Humanos, contudo, em discussões no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, a proposta foi considerada inconstitucional, pela ofensa ao princípio do juiz natural, tendo o deputado Gilvan Freire, relator da Emenda, apresentado o seguinte substitutivo para a redação do art. 109: “Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) XII – as ações cíveis e criminais relativas aos direitos humanos, nos termos da lei”. Embora aprovado o substitutivo, seu mérito nunca foi analisado por falta de constituição de uma Comissão Especial.

A PEC 368-A/96 foi dessa forma apensada à PEC 96-A/92, referente à Reforma do Judiciário, onde foi aprovada, como também no Senado Federal, sob o número 29/2000. A Emenda Constitucional 45/2004, foi assim promulgada com a seguinte redação: “ Art. 109: Aos juizes federais compete processar e julgar: (...) V-a – as causas relativas a Direitos Humanos a que se

refere o § 5º deste artigo (...) § 5º - Nas hipóteses de grave violação aos Direitos Humanos, o Procurador Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

A atual redação foi objeto de deliberação do CPPH - que, apesar de manifestar aprovação à emenda, colocou ressalvas quanto à legitimação exclusiva do Procurador Geral da República para propor o incidente - e da Plenária da IX Conferência Nacional dos Direitos Humanos, que rejeitou a proposta de modificação, devido à subjetividade e discricionariedade do instituto, geradores de incerteza social e insegurança jurídica.

Após sua publicação, o novo dispositivo continuou gerando intensa polêmica. A discussão trava-se não apenas em relação à constitucionalidade duvidosa do dispositivo, mas também quanto às hipóteses de sua aplicação, uma vez que se trata de matéria relativamente nova e estranha aos doutrinadores e juristas nacionais.

Em 2004, tivemos o caso Dorothy Stang, em que pela primeira vez, e única até o momento, foi suscitada a hipótese do deslocamento. Dorothy Stang, missionária norte americana naturalizada brasileira, foi assassinada, após várias ameaças de morte de fazendeiros locais, em 12 de fevereiro de 2005, no município de Anapu, localizado no estado do Pará, devido ao trabalho de apoio desenvolvido junto aos trabalhadores rurais em torno do desenvolvimento sustentável na região. A vítima já havia recebido por seu trabalho o prêmio de cidadã paraense e o prêmio de Direitos Humanos, concedido pela Ordem dos Advogados do Brasil - OAB - Seção Pará. A apuração e o julgamento do caso, através das autoridades judiciárias do Estado do Pará, com a colaboração da Polícia Federal, se deram com rapidez invulgar. O então Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Fontelles, entretanto, devido à comoção popular e à amplitude que tomou o caso perante a mídia e a opinião pública, solicitou ao STJ, em 04 de março de 2005, o deslocamento de competência, para que a Justiça Federal do Estado do Pará assumisse as investigações acerca do crime. O Incidente de Deslocamento nº 1, como foi chamado, foi distribuído ao ministro Arnaldo Esteves Lima e contestado pelo Ministério Público Estadual do Pará e pelo Tribunal de Justiça do Estado, além de provocar calorosos debates na mídia nacional. O STJ, por fim, rejeitou o pedido de deslocamento por unanimidade, ao argumento de que se encontrava ausente o requisito da inércia ou incapacidade das autoridades responsáveis de responder ao caso específico.

Houve ainda sugestões sobre um novo pedido de deslocamento de competência em relação à chacina ocorrida na Baixada Fluminense, no Rio de Janeiro, em abril de 2006, contudo o incidente não chegou a ser suscitado até o momento, talvez porque a Justiça Estadual tem se mostrado extremamente atuante e interessada na punição dos responsáveis.

Observa-se que o debate acirrado acerca da matéria e a indefinição da doutrina pátria têm causado profunda insegurança aos aplicadores do novo incidente, impedindo muitas vezes sua efetiva utilização nos casos em que poderia ser levantada a possibilidade do deslocamento de competência, tendo sido impetradas, inclusive, duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o STF a respeito da matéria, pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB e pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais - ANAMAGES, ambas ainda sem julgamento. A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) também emitiu nota contrária a respeito da matéria. Já a corrente favorável à inserção do dispositivo em nosso ordenamento se encontra representada por várias ONGs de direitos humanos, por organismos internacionais, pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) e pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), entre outros.

2. O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA

O incidente de deslocamento de competência previsto no art. 109, inciso V-a e § 5º, da Constituição da República de 1988, constitui um instrumento político-jurídico, a ser ainda objeto de regulação legislativa e regimental pelo STJ, podendo ser conceituado como incidente processual de modificação horizontal de competência.

Os requisitos para a propositura do IDC, previstos na lei e trabalhados pela doutrina, são os seguintes:

- a) Grave violação a direitos humanos de competência da Justiça estadual, podendo constituir, segundo alguns doutrinadores¹⁴³, um delito ou até mesmo um ilícito civil¹⁴⁴;
- b) Afronta a tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil;
- c) Incapacidade das instituições locais de levar a cabo, em toda a sua extensão, a persecução penal, por inércia, negligência, falta de condições pessoais e materiais, etc.

Cumpra ressaltar que o último requisito encontra-se implícito na norma constitucional, uma vez que não há razão para o deslocamento se os órgãos estaduais estiverem cumprindo a contento sua função, sob pena de formar-se uma responsabilidade exclusiva para a União, e não apenas subsidiária, como nos parece ser o caso. Tal requisito foi ainda consolidado no julgamento do IDC nº 01, tendo em vista ter constituído o fundamento de inadmissibilidade do mesmo.

Observa-se, dessa forma, que o IDC possui *caráter subsidiário, excepcional e insubstituível*, sendo cabível apenas diante da falibilidade incontestada da justiça estadual, do preenchimento restrito dos requisitos apontados e da impossibilidade da adoção de outras medidas que possam garantir a prestação jurisdicional adequada. O julgamento, nesse caso, deve obedecer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com a demonstração concreta dos riscos do indeferimento do pedido do PGR e da convivência da Justiça local com a situação de violência perpetrada. Isso porque o IDC constitui um procedimento intervencionista, que, por trazer exceções ao princípio federativo, deve ser adotado apenas enquanto último recurso no ordenamento.

O IDC pode ser suscitado, por iniciativa *exclusiva* do PGR, em qualquer fase do processo, inclusive em fase recursal ou de execução da pena, e mesmo que o acusado goze de foro por prerrogativa de função, desde que em consequência desta o julgamento continue a cargo de órgão da Justiça estadual. Pode ainda ser suscitado após o arquivamento do inquérito, caso em que, se deferido, o deslocamento provocará o reexame pela autoridade judiciária federal da adequação e regularidade de tal ato. Contudo, não é cabível na hipótese de ineficácia da Polícia Civil estadual, tendo em vista que, de acordo com a Lei nº 10.446, art. 1º, inciso III, a Polícia Federal poderá sempre intervir no processo investigatório que envolver graves violações a direitos humanos a que o Brasil se obrigou a reprimir em tratados internacionais, mesmo porque, nesse caso, o deslocamento não se revela insubstituível para a correta responsabilização do agente eriminoso.

Até o momento, não há disciplina legal para o procedimento do IDC. Entretanto, por ocasião do IDC nº 1, o então relator, Ministro Arnaldo Esteves Lima, após o recebimento do pedido do Procurador Geral da República, solicitou inicialmente informações ao Presidente do Tribunal de Justiça e ao Procurador Geral de Justiça do Estado a que competia originariamente o julgamento da causa. Manifestou-se ainda o irmão da vítima, na qualidade de assistente da acusação. Os acusados no processo sujeito ao incidente foram também intimados, contudo não se manifestaram nos autos.

¹⁴³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Processo Civil*. Salvador: Podivm, 2005, p. 167.

¹⁴⁴ Em que pese os indícios históricos e do processo legislativo, além da referência expressa de que o IDC deve ser imposto em qualquer fase do *inquérito* ou do processo, o texto constitucional não deixa claro que o deslocamento se refere apenas a violações na esfera criminal. Ademais, os direitos humanos podem ser visualizados sobre vários aspectos, tendo grande extensão nos direitos civis em geral.

Houve ainda uma última manifestação do Procurador Geral da República, antecedente ao acórdão. O procedimento adotado nos parece adequado, ao consagrar o contraditório e a ampla defesa.

Enquanto não for julgado o incidente, o inquérito ou processo terá prosseguimento regular perante a autoridade estadual competente, tendo em vista a ausência de previsão da suspensão e sua própria finalidade de conferir maior celeridade à persecução penal. Se deferido o incidente e operado o deslocamento de competência, os atos processuais serão aproveitados, sempre que possível, em obediência aos princípios da celeridade e da economia processual.

A competência para o julgamento do IDC, segundo a Resolução nº 06/05 do STJ, será da Terceira Seção do Tribunal de Justiça, composta pelos ministros da 5ª e 6ª Turmas, entre os quais se escolherá o relator. A opção se mostra correta, tendo em vista que se trata do órgão constitucionalmente competente para o julgamento de conflitos de competência entre a Justiça Federal e a Justiça estadual, conforme o art. 105, I, "d", da Constituição Federal. Já a competência para o julgamento do processo, caso deferido o deslocamento de competência, será o órgão da Justiça Federal correspondente ao órgão da Justiça Estadual que até então julgava o feito (vara da Justiça Federal; Tribunal do Júri; Tribunal Regional Federal, em caso de prerrogativa de função ou julgamento em segunda instância; etc.).

Do acórdão proferido no STJ caberá recurso extraordinário para o STF, haja vista se tratar de questão constitucional julgada em última instância, ou, em se tratando de matéria criminal, *habeas corpus*, se houver constrangimento ilegal ou abuso de poder.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO IDC POR OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Segundo Ada Pellegrini Grinover¹⁴⁵, a garantia do juiz natural, expressa na Constituição da República de 1988 no art. 5º, inciso XXXVII, e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. 10º, se desdobra em três conceitos: "a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja".

No que tange ao terceiro aspecto do princípio abordado pela autora, observa-se que ninguém pode ser julgado senão pelos juízes competentes para o julgamento à época em que o fato for praticado, não sendo possível a ampliação arbitrária da competência do juiz, para que este possa julgar um caso por razões especiais, tratando-se de direito subjetivo do réu, oponível ao próprio Estado.

Tal garantia, de extrema importância em nosso sistema jurídico, se faz necessária para assegurar não apenas a obediência aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, mas também a isonomia de todos os acusados por um mesmo crime, a imparcialidade do juiz no julgamento do caso concreto (garantida também pela vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos dos magistrados, bem como pelos institutos do impedimento e da suspeição), e, em última instância, a promoção do processo penal democrático, condizente com o Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, o princípio é entendido não como garantia da parte, mas como garantia da própria jurisdição.

¹⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004. pg. 52.

Com efeito, observa-se que o incidente de deslocamento de competência em tela ofende frontalmente o aludido princípio, uma vez que cria a hipótese de deslocamento da competência constitucional e taxativamente imposta por uma decisão discricionária, para não dizer extremamente subjetiva, do Procurador Geral da República. Discricionária porque o incidente em questão insere em nosso ordenamento uma faculdade, e não uma obrigação, para o PGR, cabendo a este o juízo de oportunidade e conveniência diante do caso concreto; subjetiva, considerando que o requisito da gravidade do crime contra os direitos humanos é extremamente vago e interpretativo. Dessa forma, a previsão de tal incidente de deslocamento de competência furta ao acusado a possibilidade de saber previamente qual o órgão julgador do crime por ele cometido, podendo ser surpreendido com a mudança de juízo no meio do processo, por interesse subjetivo e discricionário do PGR, algo completamente incompatível com o sistema jurídico vigente.

Vale dizer que a discricionariedade do Procurador Geral da República não se evidencia apenas na conveniência e oportunidade para o requerimento do incidente de deslocamento de competência, o que por si só já se afigura contrário ao ordenamento pátrio, mas também quanto ao momento de sua instauração, uma vez que, segundo visto anteriormente, o mesmo pode ser suscitado em qualquer fase do inquérito ou do processo.

O IDC traz ainda a possibilidade de julgamentos distintos para casos idênticos, em diferentes esferas de jurisdição, bastando, para tanto, que o PGR suscite o incidente para apenas um deles.

Neste diapasão, a preexistência da estrutura da Justiça Federal não influi na ofensa ou não ao princípio em tela, como alegam alguns defensores do instituto, dentre eles Flávia Piosevan¹⁴⁶, uma vez que o que se discute não é a criação de um tribunal *ad hoc* para o julgamento, mas sim a falta de critérios objetivos de definição da competência, uma vez que não será possível determinar o juiz a presidir o julgamento do crime antes de sua prática, diante da existência do que muitos chamam de um "juiz natural em potencial". Além disso, pode-se entender que tribunais de exceção não são apenas aqueles instituídos posteriormente ao fato, como a autora pretende colocar, mas também quando determinado tribunal tem sua competência fixada discricionariamente, caso a caso. Trata-se de evocação, ou seja, transferência de uma causa para tribunal distinto do originalmente competente, vedada por nosso ordenamento¹⁴⁷.

Cumpra ainda salientar que nem mesmo o julgamento pelo STJ do incidente de deslocamento tem o condão de lhe conferir a legitimidade pretendida pelos legisladores, uma vez que tal julgamento não passará de um controle da discricionariedade do Procurador Geral da República, diante da imprecisão do critério fixador da competência previsto no art. 109, inciso V-a, além de constituir por si só nova discricionariedade, desta vez por parte deste egrégio tribunal.

Observa-se ainda que não se pode alegar que o IDC possui fundamento semelhante ao foro por prerrogativa de função ou às justiças especiais, uma vez que não constitui um direito subjetivo do acusado, a se fazer valer em todas as hipóteses em que for cometido crime nas mesmas circunstâncias, além de não decorrer de fato objetivo previsto em lei. Enquanto o foro por prerrogativa de função e as justiças especiais constituem simples atribuições para o julgamento de matérias específicas, objetivamente determinadas, o IDC é um incidente processual, a ser argüido apenas quando presentes seus requisitos, extremamente incertos, e ainda assim apenas quando o Procurador Geral da República entender conveniente tal procedimento.

¹⁴⁶ "... não há razão para temer a casuística que poderá, quando muito, deslocar a competência jurisdicional pela matéria, atendida a pré-existência de juizes e procuradores federais ao fato, o que afasta o argumento referente à inexistência de juiz natural e promotor natural, e risco de instalação de tribunais *ad hoc*." (In - "Federalização de Crimes Contra os Direitos Humanos: O que Temer?" - in - Boletim do IBBCrim, nº 150, ano 13, maio/2005, pg. 8.

¹⁴⁷ FERNÁNDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pg. 126.

Não cabe ainda a alegação de que, no caso tratado, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, ao princípio do juiz natural prevaleceriam os princípios da celeridade processual (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF/88) e da proteção aos direitos humanos (art. 5º, § 2º, c/c tratados sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, ratificados pelo Congresso Nacional), uma vez que o não deslocamento da competência para o julgamento dos crimes graves contra os direitos humanos para a Justiça Federal não traz como consequência, necessariamente, a infringência a tais princípios. Ao contrário, as Justiças estaduais brasileiras são também muito bem aparelhadas e capazes, tanto quanto a Justiça Federal, na maioria das vezes, de tratar dos aludidos crimes com eficiência. Além disso, observa-se que o deslocamento de competência acarretará, em muitos casos, ele próprio na infringência do princípio da celeridade processual, tendo em vista que retardará o processo, podendo inclusive facilitar a incidência da prescrição da pretensão estatal, fato também percebido pelo STJ, uma vez que, no julgamento do IDC nº 1, foi levado em conta o fato de o processo se encontrar já na fase das alegações finais.

Também não deve prosperar o argumento que compara o deslocamento operado pelo IDC com o deslocamento em casos de conexão e continência entre crimes de competência federal e crimes de competência estadual, constante da Súmula 122 do STJ. Isto porque, neste caso, a regra de prevalência é estabelecida antes do fato, por critérios objetivos, e não discricionários, como os do instituto em questão. E, ainda que se reconheça qualquer relação entre os dois institutos, não cabe a legitimação de um instituto constitucional por meio de uma Súmula *contra legem*, que estabelece regra de prevalência sem fundamentação legal e institui indevida superioridade da Justiça Federal sobre a Estadual.

Vale ainda lembrar que, conforme exposto na introdução, a proposta de Emenda Constitucional inicialmente apresentada para o Congresso Nacional foi considerada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados como violadora deste princípio, sendo então substituída por redação que previa expressamente que lei infraconstitucional regularia a matéria, o que certamente sanaria a inconstitucionalidade do IDC. Contudo, lamentavelmente, tal redação não foi aprovada ao final do processo legislativo, causando a atual discussão. O deputado Gilvan Freire, na ocasião, entendeu o seguinte, corroborando o aqui exposto:

“As normas que fixam competência jurisdicional não podem ser abertas. Há fenômeno universal, facilmente constatável, no que se refere à criação legislativa de normas jurídicas cada vez mais abertas, cujo conteúdo há de, em maior ou menor grau, ser preenchido pelo intérprete (Poder Judiciário). A gênese de tal fenômeno está na necessidade de encontrar-se a consensualidade mínima para a edição de normas de determinada categoria, ante a contemporânea forma de composição dos parlamentos. Inobstante tal tendência, nunca foi vista, por razões óbvias, a edição de normas abertas, possibilitando-se interpretações variadas, no que tange à delimitação de competência jurisdicional. Ora, a competência jurisdicional deve obedecer a critérios previamente definidos, necessariamente claros e precisos. Acaso assim não seja, de duas ordens serão os resultados nocivos. Em primeiro lugar, porque restará ferida ou limitada a indispensável e democrática garantia do juiz natural; ao depois, porque a imprecisão ou abertura da norma levará a uma sucessão infundável de conflitos de jurisdição, a abarrotar os tribunais superiores com procedimentos para dirimir conflitos a respeito de qual juízo deverá apreciar qual matéria”.

4. OUTRAS CONSIDERAÇÕES

O Instituto de Deslocamento de Competência, após profunda análise de seus pressupostos e hipóteses de cabimento, revela-se semelhante a alguns institutos antigos em nosso ordenamento: o desaforamento e a advocatória.

O primeiro deles, vigente em nosso ordenamento no art. 424 do Código de Processo Penal e no art. 109 do Código de Processo Penal Militar, tem cabimento no rito do júri. Havendo suspeita sobre a parcialidade do júri, dúvida sobre a segurança pessoal do acusado, razão de ordem pública ou demora no julgamento causada pelo juiz, as partes ou o magistrado podem requerer ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Regional Federal o deslocamento da competência para realização da sessão plenária de julgamento, respectivamente, em outra comarca estadual ou perante a Justiça Federal. Este instituto, apesar de suas semelhanças com o IDC, foi considerado pelo STF conforme o princípio do juiz natural. Existem, contudo, algumas diferenças entre os dois dispositivos: enquanto o desaforamento ocorre apenas em relação ao júri, e é proposto pelas partes ou pelo juiz, o IDC tem lugar em qualquer procedimento, sendo de iniciativa exclusiva do PGR, através de requisitos profundamente discricionários e subjetivos, ao contrário dos requisitos previstos para o desaforamento.

Quanto ao segundo instituto que se identifica em grande parte com o IDC, qual seja, a advocatória, tal identidade revela-se no mínimo preocupante. Isto porque a advocatória consiste em um instituto há muito banido de nosso ordenamento, devido à repulsa que sofreu ao longo de sua vigência. Também chamado de incidente de inconstitucionalidade, o instituto permitia ao STF, mediante provocação do Procurador Geral da República, chamar para si decisões sobre questões que tramitavam em qualquer instância judiciária, ao argumento de que, desta forma, seria evitada uma série de recursos sobre matéria constitucional, até que a questão chegasse ao STF. As críticas ao instituto, quase unânimes na comunidade jurídica, apontavam a ofensa ao princípio federativo e ao princípio do juiz natural (coincidência?), além de apontar como consequência do instituto o engessamento da magistratura, uma vez que, em nome da celeridade, desprezou-se o valor do debate para o aprimoramento da jurisprudência e fortaleceu a concentração do poder nas mãos da cúpula do Judiciário, fazendo de seus outros órgãos meros aplicadores das decisões provenientes daquele. Além disso, foram observadas várias arbitrariedades cometidas sob seu amparo.

Devido às semelhanças da advocatória com a norma do art. 109 da CF/88, muitos autores, dentre eles Marcus Vinícius Amorim de Oliveira¹⁴⁸, consideram a criação do IDC como a ressurreição do antigo instituto. Além disso, o Min. Arnaldo Esteves Lima, em voto proferido por ocasião do julgamento do IDC nº 1, apontou também as semelhanças entre eles. Ainda o Deputado Gilvan Freire, em seu parecer sobre a Proposta de Emenda Constitucional, considerou a identidade entre os dois dispositivos:

“Funcionaria a norma proposta, em realidade, como possibilidade de verdadeira ‘advocatória’, pela União, para qualquer classe de processos propostos regularmente ante a justiça estadual. Isto porque ‘órgãos federais de proteção de direitos humanos’ podem ser criados e mantidos discricionariamente pela União, em número e com atribuições indefiníveis, face à amplitude como quaisquer direitos que digam respeito ao homem, já que todos os direitos são humanos”.

De fato, as semelhanças entre os dois institutos é gritante. Ocorre, entretanto, que, enquanto a advocatória estabelecia um deslocamento de competência vertical, o IDC desloca a

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. *A falácia da federalização dos crimes contra os direitos humanos*.

competência horizontalmente, da Justiça Estadual para a Justiça Federal, o que é ainda mais gravoso. A única diferença entre os dois institutos reside no fato de que, no IDC, há um juízo de admissibilidade do deslocamento, realizado pelo STJ, ausente na advocatária. Ocorre, entretanto, que tal juízo de admissibilidade não elide as inconstitucionalidades observadas no antigo instituto, e que se repetiram no IDC, como a ofensa ao princípio do juiz natural.

4. CONCLUSÃO

Tendo em vista os fatos expostos, percebe-se que o IDC consiste em um instituto inconstitucional, diante da ofensa ao princípio do juiz natural. Além disso, é patente sua inconveniência, diante da desnaturação do sistema federalista e da forte carga de subjetividade da expressão “grave violação aos direitos humanos”. Some-se a isso a desnecessidade da medida, nas hipóteses em que são cabíveis a federalização das investigações, com a atuação conjunta das Polícias estadual e federal prevista no art. 1º, inc. III, da Lei nº 10.446/2002, e o desaforamento do júri.

Um último argumento contrário ao IDC aponta para a criação, por meio dele, de verdadeiro conflito entre as Justiças estadual e federal, ora pela preservação da competência da Justiça Estadual, ora pela federalização, além de contribuir o instituto para o fenômeno da verticalização do Poder Judiciário nacional.

Contudo, existem também argumentos favoráveis ao instituto, como o fato de a responsabilização internacional quanto às violações de direitos humanos cometidas no país se dar na pessoa da União.

Outro fator a se considerar refere-se à maior imparcialidade dos órgãos da Justiça Federal, uma vez que se encontram mais imunes aos fatores políticos, econômicos e sociais locais, que possam vir a inibir a atuação das autoridades estaduais.

Finalmente, percebe-se que a violação aos direitos humanos tem profundas repercussões no país como um todo, e não apenas no Estado da Federação em que se deu sua consumação, apontando para o interesse direto da União na responsabilização dos culpados.

Dessa forma, conclui-se que a competência para o julgamento de crimes violadores dos direitos humanos deveria realmente ser deslocada para a Justiça Federal. Todavia, tal deslocamento não deve se operar através da adoção de medidas inconstitucionais, mas sim através de outras alternativas.

Vislumbramos como solução para a questão a transferência da competência para o julgamento de tais violações, permanentemente para a Justiça Federal, com base no art. 109, incisos I e III, da Constituição¹⁴⁹, tendo em vista o interesse jurídico direto da União na punição das violações de Direitos Humanos. Dessa forma, o deslocamento poderia se operar através de construção jurisprudencial, não sendo necessária a reforma constitucional.

Contudo, ainda que dessa maneira o deslocamento dos crimes graves contra os direitos humanos não ofenda ao princípio do juiz natural, seria ainda necessária a definição da gravidade das infrações e a delimitação de quais seriam os direitos humanos alcançados por este dispositivo.

¹⁴⁹ “Art.109. Aos juizes federais compete processar e julgar: I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas, na condição de autoras, réas, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e Justiça do Trabalho (...) III – as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional.”

através de critérios objetivos, por construção jurisprudencial ou, no último caso, através de norma a ser expedida por órgão designado para tal, à exemplo das normas penais em branco.

Assim, atender-se-ia à necessidade de deslocamento do julgamento das graves violações de direitos humanos para a Justiça Federal, sem contudo configurar-se ofensa a nenhum dos princípios basilares de nosso ordenamento.

A OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GARANTIDORES NOS CRIMES ECONÔMICOS DE PERIGO

Daniela Villani Bonaccorsi

Doutoranda e Mestre em Direito Processual junto à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora da PUC-Minas no curso de graduação. Professora do IEC- Instituto de Educação Continuada no curso de pós-graduação *latu sensu*. Professora do UNI-BH. Advogada Criminalista *

I- Introdução

Com o avanço dos pensamentos liberais¹⁵⁰, a caracterização do homem como cidadão e positivamente dos Direitos Humanos, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, o respeito à pessoa humana, os valores fundamentais da vida e da liberdade pessoal, a liberdade de consciência e de expressão, os limites da atividade do Estado e a função de tutela dos direitos dos cidadãos passaram a ser fonte primária para legitimação do direito penal.

A carta Magna de 1988, marca o rompimento da sociedade com uma antiga ordem caracterizada por um longo processo histórico de cunho autoritário e sobretudo, marca "o reconhecimento da existência de um núcleo inviolável de direitos, constituído pelos direitos fundamentais, cuja tutela é a prioridade máxima do Estado e que não podem ser suprimidos nem mesmo a pretexto de atender à vontade da ampla maioria. (BRODT, 2005, p.33) .

Por imposição constitucional, o modelo de direito penal moderno passou a se pautar com característica eminentemente objetiva e fundada na proteção de bens jurídicos fundamentais¹⁵¹. Somente se pode incriminar condutas quando o bem jurídico a ser protegido estiver presente entre as garantias e direitos fundamentais insculpidos na Constituição.

Privilegiar um sistema penal centrado nas liberdades individuais e no princípio moral de respeito à pessoa humana é "expressão de um modelo de Estado Democrático e Constitucional de Direito e dos direitos fundamentais(...)" (GOMES, 2002. p. 16/17). Essa, constitui limitação do

¹⁵⁰ Ao término da Primeira Guerra Mundial, o modelo de Estado da República de Weimar torna-se o ideal a ser alcançado. "Este modelo de Estado fundado em la Idea de libertad, em el que se reconocen los derechos económicos y sociales de los ciudadanos, contrasta violentamente con lo que el modelo anterior de Estado entendía que debían ser sus fines, La Constitución de Weimar habría de recuperar los principios de libertad del Iluminismo y, al mismo tiempo, al constatar las desigualdades sociales que había acarreado la industrialización(...)" HORMAZÁBAL-MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. Prólogo de Francisco Muñoz Conde. Barcelona: PPU.1991.p.61.

¹⁵¹ Diante da importância da compreensão do bem jurídico, Brodt explica que "bem jurídico-penal é a relação de disponibilidade que um indivíduo tem para um objeto." BRODT, Luiz Augusto. *Do estrito cumprimento de dever legal*. op. cit., p.52. Corroborando tal definição, o mesmo transcreve o conceito de Zaffaroni e Pierangeli, de que, "bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegido pelo estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam." BRODT, Luiz Augusto. *Do estrito cumprimento de dever legal*. Op. cit., p.52.

conteúdo do direito penal em garantias constitucionais estabelecidas para a tutela do cidadão contra o arbítrio punitivo, legitimando-se a violência penal somente nos casos em que em que taxativamente prevista por leis como sanções penais a comportamentos ofensivos (BRODT, 2005, p. 115) aos bens jurídicos fundamentais, com seu embasamento teórico em princípios reconhecidos constitucionalmente.

A proposta do denominado direito penal constitucional é consequência direta dos relacionamentos entre o indivíduo e o Estado, para que esse seja meio para a tutela da pessoa humana, dos seus direitos fundamentais de liberdade e de segurança social.

O modelo penal garantista foi recebido representando o fundamento interno ou jurídico da legitimidade da legislação e da jurisdição penal (FERRAJOLI, Luigi, 2006, p. 16), vinculando normativamente a coerência com princípios constitucionalmente reconhecidos e limitando o poder com fins garantísticos (CANOTILHO, 1988, p.51).

II- Dos Crimes contra a ordem econômica e tributária- a hipertrofia do sistema penal

Nos anos 60, as condutas e as atividades que poderiam oferecer perigo aos bens jurídicos alastraram-se no sistema penal (PEREIRA, 1995, p.22).

Coutemporaneamente, vivemos numa sociedade complexa e em contínua expansão, a violência toma proporções cada vez maiores, onde se tem como pretexto um "direito penal de riscos"¹⁵², caracterizado por uma excessiva intervenção estatal, uma "legislação de emergência" sem o estabelecimento de princípios axiológicos ou um modelo garantista, mas o desenvolvimento "hipertrofico"¹⁵³ do direito penal (FERRAJOLI, Luigi, 2006, p. 12), com tendências intervencionistas e preventivas.

Hoje, há uma proliferação de tipos penais classificados como crimes de perigo abstrato¹⁵⁴, que passaram a ser característica do moderno direito penal¹⁵⁵. Recorre-se ao direito penal como forma de prevenção para os riscos de uma sociedade moderna (MARQUES, 2005, p.98), justifica FERRAJOLI: "Temos assistido a uma crescente antecipação de tutela, mediante a configuração de delitos de perigo abstrato, com caráter hipotético e muitas vezes improvável do resultado lesivo e pela descrição aberta e não taxativa da ação" (FERRAJOLI, 2005., p. 436)..

Com o intervencionismo estatal do século XX, dentre as exigências da sociedade no campo da proteção dos seus valores fundamentais e precauções¹⁵⁶ na produção de risco, apontou-se para a

¹⁵² A expressão sociedade de risco foi cunhada em 1986, por Ulrich Beck. A sociedade de risco é identificada "com o momento de crise e de revisão, que manifesta seus efeitos deletérios e coloca em cheque seus fundamentos". JUNGES, José Roque. *Evento Cristo e Ação Humana. Temas em fundamentais de ética teleológica*. Coleção Theologia Publica 1. São Leopoldo:Unisinos. 2001. p.19.

¹⁵³ O termo "hipertrofia" penal foi utilizado desde 1898, por Reinhart Franck salientando o uso abusivo da pena. (LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 2003. P 42).

¹⁵⁴ As condutas e as atividades perigosas do final do século XIX não são as mesmas. A substituição da pessoa humana por máquinas, os movimentos sociais, as mudanças econômicas tornaram-se a base da crise atual. As condutas e atividades perigosas, sobretudo após a segunda guerra mundial, em especial a partir dos anos 60, assumiram papel fundamental no sistema penal.

¹⁵⁵ Em fundado receio Winfried Hassemer chama a atenção para o conceito de "modernidade" no Direito Penal e a tendência de "modernizar" o Direito Penal, "de ampliá-lo para um instrumento funcional de política interna e reduzir seus limites clássicos(...)" HASSEMER, Winfried. *Características e Crises do Moderno Direito Penal*. Revista Síntese. Porto Alegre: vol. 18, fev/mar 2003. p.144.

¹⁵⁶ "O Princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental de atividades humanas (...). A partir dessa premissa, deve-se também considerar não só o risco iminente de uma determinada atividade como também

criação de um sistema penal econômico, que a fim de obter amparo com o núcleo de sua formulação na Constituição Federal, lastreado pela efetivação de uma conseqüente política criminal e dogmática jurídico-penal. Em relação aos crimes que protegem a ordem econômica e tributárias, classificados como crimes de perigo abstrato, pode-se citar como exemplo a Lei nº 7.492/86, chamada de Lei dos Crimes de Colarinho Branco; Lei nº 8137/90 que prevê os crimes contra a ordem econômica, tributária e relações de consumo.

Vale ilustrar de forma breve que O Direito Econômico nasce do *intervencionismo estatal* do século XX no domínio econômico. Ocorrera o surgimento do Direito Econômico face uma nova realidade estatal econômica. com acontecimentos fundamentais como a Primeira Grande Guerra 1914-18; a crise econômica de 1929 com a quebra da bolsa de *New York*, e a Segunda Grande Guerra 1939-45.

Para maior compreensão, vale ilustrar, dentre os delitos contra a Ordem Econômica e Financeira a Lei nº 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional e trata de muitas figuras classificadas como crimes de perigo abstrato.

No sistema jurídico-penal, a forma de expressão do perigo proibido ocorre por meio dos tipos-de-ilícito de perigo, nos quais a vontade livre e consciente é de trazer o risco e não o dano. Nos crimes de perigo abstrato, não há uma probabilidade concreta de dano, mas somente um risco normativo:

Mientras que los delitos de lesión se perfeccionan con la destrucción o menoscabo del objeto de la acción, em los delitos de peligro basta con que se origine una situación de riesgo. Así pues, el fundamento teleológico de la incriminación de los delitos de peligro encuentra em la prevención de males para bienes dignos de tutela. (CUESTA AGUADO., 1994, p.124)

Por exemplo, no seu art. 2º, expõe a conduta de "*importar, reproduzir ou, de qual quer modo, fabricar ou pôr em circulação sem autorização escrita da sociedade emissora, certificado, cautela ou outro documento representativo de valor imobiliário*". Ou seja, há uma sanção, independentemente da produção de qualquer resultado, com mera presunção do perigo (BRODT, 2005., p.113).

III- Os crimes econômicos de perigo e o modelo garantista

A Constituição Federal ampara, sim, em seu art. 173, regras e princípios gerais da atividade econômica, estipulando a necessidade de responsabilização por atos que venham a ser praticados contra a ordem econômica e financeira¹⁵⁷, mas, constata-se que há, em sua maioria, (SILVEIRA, 2003, p.188) tipos penais que trazem em seu conteúdo hipóteses em que não se submete o conteúdo a perigo concreto. Ora, dentre os princípios constitucionais penais garantísticos, na atualidade do modelo penal deve haver fundamentação no princípio da ofensividade do bem jurídico, que parte da idéia de que não há crime sem ofensa, lesão ou perigo concreto de lesão.

os riscos futuros(...)" MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Direito Ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: vol. 21, p.92/102, jan/mar. de 2001. p.93

¹⁵⁷ Art. 173 CF/88, §3º: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros." (...) §5º: "A lei, sem prejuízo da responsabilidade dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com a sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular."

Assim, ao mesmo tempo em que se caracteriza a orientação do Constitucional do Direito Penal, como marca de modernidade, também surgem crimes que protegem bens jurídicos característicos do estado moderno, com marcas de autoritarismo e insegurança jurídica. Diante de tal, surgem questões no sentido de como compreender o direito constitucional penal e a incriminação das condutas lesivas à Ordem Econômica e Financeira.

Considerando-se o modelo garantista, desde já, vale afirmar que, não é suficiente a adequar a conduta punitiva à forma, mas *"asseverar a relevância penal dos comportamentos que se mostrem realmente, ao menos em termos potenciais, lesivos ao bem-jurídico"*, (SILVEIRA, 2003, p.166). Se o direito penal visa à tutela do cidadão e minimização da violência, as proibições penais justificadas devem ser necessárias. Impende levar em consideração que estão reconhecidos em nível normativo privilegiado não somente os clássicos princípios liberais, senão também outros novos (PALAZZO, 1989, p.13), como é o caso do princípio da necessária ofensividade no direito penal. *"A necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos, condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico"* (FERRAJOLI, 2006, p. 428).

Apesar da justificada proteção constitucional à ordem econômica, a intervenção penal seria cabível, quando houvesse, pelo menos, o risco concreto ao bem jurídico:

(...) desde um punto de vista del principio del Estado de Derecho lo más que se puede hacer para restringir la punibilidad de estos delitos es que el legislador calcule correctamente el potencial peligroso inherente a la acción incriminada, pues en el proceso es imposible hacer ninguna limitación, ya que la ley no permite que el juez valore o investigue el peligro real.(MENDONZA BUERGO, 2001, p.341)

Há inobservância ao Princípio da Ofensividade na incriminação de condutas que não trazem a possibilidade concreta de dano, porque não basta uma constatação meramente formalista do delito, mas uma relevância quando o bem jurídico passa a ser concretamente afetado.

Ao compreender-se a fundamentação dos princípios constitucionais penais e seu modelo garantista, analisando a excessiva criação dos chamados crimes de perigo abstrato, busca-se demonstrar que a validade de uma medida punitiva não depende apenas de requisitos formais (FERRAJOLI, 2006, p. 330).

O sistema jurídico-penal não poderia, unicamente, fazer frente às realidades da sociedade de perigo ou dos modernos riscos da vida, em razão da intervenção efetiva do Direito Penal significar o sacrifício de garantias essenciais. Nesse sentido:

A punição por perigo abstrato significa uma sanção fundamentada apenas no desvalor da ação, independentemente da presunção de qualquer resultado, pois é a mera presunção do perigo. A intervenção penal nessa seara deve ser evitada, porque fundamentada em mera desobediência à norma, o que, além de contrariar a própria razão de ser da norma penal (...) é cruel e vedado pelo nosso Código penal que não admite crimes sem resultado.(BRODT, 2005, p. 113)

Com o fundamento constitucional do direito penal, em conformidade com o princípio da ofensividade dos bens jurídicos, o perigo concreto constitui pressuposto à tipificação penal e "a

sanção penal só se justifica quando a conduta do agente tenha submetido o bem jurídico tutelado penalmente pelo menos a um perigo real, concreto" (BRODT, 2005, p. 114).

Assim, buscando amparo constitucional, os riscos devem ser prevenidos e contidos, mas não só com a imposição de sanção penal, mas numa órbita político-administrativa, ensina o mais moderno posicionamento:

Em toda sociedade humana, ainda que 'de risco', a dignidade e a importância do direito penal estarão na proteção e no resguardo do indivíduo, do mais frágil: da 'vítima' em relação ao 'delinqüente', do 'delinqüente' em relação ao Estado. Por isso, não nos encanta a idéia de estender o direito penal a searas que devem permanecer distantes. Tememos, aliás, que nesse caminho nossa ciência acabe por se descaracterizar e se transforme em algo muito útil à sociedade de 'risco', mas de pouca serventia aos 'indivíduos' (BRODT, 2005, p. 52).

Além da hipótese de amparo na sociedade de risco, fora da órbita penal, é necessário análise do tipo penal. É imprescindível ter a idéia de que as normas não vivem isoladas, as normas de perigo deveriam ter amparo nas demais regras, por isso, são excluídas do âmbito de proibição diante do princípio da ofensividade.

Conclusão

Com amparo na idéia de tipicidade conglobante, *"a verificação do perigo concreto ao bem jurídico (não havendo dano) constitui pressuposto inafastável à tipificação pena"* (BRODT, 2005, p. 114).

Ademais, *"o juízo da tipicidade penal não é mero juízo de tipicidade legal"* (ZAFFARONI, 1997, p. 436), podendo-se excluir condutas que apenas aparentemente estão proibidas, mas que a ordem normativa não quer proibir.

O direito penal econômico tem sua legitimidade assegurada pela própria sociedade de risco globalizada, tendo acarretado a criação de delitos classificados como de perigo abstrato, sem nenhuma possibilidade concreta de dano, mas somente uma violação formal de lei por parte de uma ação inócua em si mesmo (BRODT, 2005, p. 114.)

A orientação constitucional do Direito Penal, o modelo garantista e, comprovar a imprescindibilidade de observância aos Princípios Constitucionais Penais, principalmente, para que com uma melhor análise do princípio da ofensividade, seja possível fundamentar o autoritarismo na punição de condutas contra a ordem econômica quando não há possibilidade de dano concreto.

Fazer uma leitura constitucional do direito penal, significa privilegiar um sistema penal de cunho personalista, desde os postulados de direito natural de cunho exclusivamente racional advindos da tradição do Iluminista. Desta forma, PUIG, Santiago Mir, em sua obra *"El Derecho penal em el Estado Social y Democrático de derecho"*, revê os fundamentos do Direito Penal buscando acolhimento na própria constituição, inclusive revendo a teoria do crime, as funções e fundamentos constitucionais da pena. Luiz Luisi (LUISSI, 2004) explica que *"as Constituições desde o século XVIII até as contemporâneas contêm uma série de princípios especificamente penais, ou pertencentes à matéria penal"*¹⁵⁸:

¹⁵⁸ Sinalizando a diferença entre os "princípios de direito penal constitucional" e "princípios constitucionais pertinentes à matéria penal", PALAZZO, afirma que: *"Os primeiros apresentam um conteúdo típico e propriamente penalístico (legalidade do crime e da pena, individualização da responsabilidade etc.) e, sem dúvida, delineiam a 'feição constitucional' de um determinado sistema penal, a prescindir, eventualmente, do reconhecimento formal num texto constitucional. Tais princípios, que fazem parte, diretamente, do sistema penal, em razão do próprio conteúdo, têm, ademais, características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal; em seguida, vinculam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado no setor delicado do direito penal"*. PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*, op. cit., p. 23.

Su punto de partida y su horizonte es la necesidad de revisar los fundamentos de Derecho penal desde las exigencias del modelo de Estado social y democrático de Derecho que no sólo acoge nuestra Constitución, sino caracteriza el presente de los países de nuestro ámbito de cultura. (PUIG, 1994. p.11).

Em meio a tal imposição constitucional, e conformância do direito penal ao minimalismo e garantismo (BRODT, 2005, p.49). FERRAJOLI parte para um modelo geral de garantismo com lineamentos de um Estado Democrático de Direito, entendido não somente com a proteção dos direitos fundamentais e sociais, mas também com um “*juspositivismo crítico contraposto ao juspositivismo dogmático*” (FERRAJOLI, 2006, p.10).

O modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, teve origem nos séculos XVII e XVIII quando eram concebidos como princípios políticos, morais ou naturais na limitação do poder absoluto (FERRAJOLI, 2006, p. 91). Em seguida, foram incorporados a constituições e ordenamentos desenvolvidos, convertendo-se em princípios jurídicos do Estado Democrático de Direito.

Os princípios, sobre os quais se funda o modelo garantista clássico, têm o objetivo de condicionar, vincular e limitar a punição e exercício absoluto podendo-se sintetizá-los como: o princípio da legalidade¹⁵⁹; o princípio da retributividade ou da consequência da pena em relação ao delito; princípio da necessidade; princípio da lesividade ou da ofensividade do evento¹⁶⁰; princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; princípio da jurisdicionariedade; princípio acusatório; princípio do ônus da prova e do contraditório.

Os diversos princípios garantistas constitucionais se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal (BACIGALUPO, 1999. p.21), orientado a assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade. “*O modelo garantista equivale a um sistema de minimização do poder e de maximização do saber judiciário, enquanto condicional a validade das decisões à verdade, empírica e logicamente controlável, das suas motivações*” (FERRAJOLI, 2006, p. 16).

O modelo garantista, ao ser tratado como modelo limite, é garantia do cidadão contra o arbítrio e, ao contrário de modelos autoritários, entendidos com a ausência de limites à intervenção estatal, a excessiva severidade na punição e a incerteza nas condenações. exige não só a conduta proibitiva em abstrato, mas também seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa.

Assim, há de se adequar a validade dos crimes contra a ordem econômica e tributária que não causem dano ou perigo de dano, com a maior análise do modelo garantista penal.

¹⁵⁹ Ferrajoli trata da legalidade no sentido lato e estrito. O princípio da legalidade estrita é proposto como uma forma de análise abstrata do que é punível. Assim, dirige-se a excluir normas arbitrárias e discriminatórias. A legalidade em sentido lato se limita a exigir a lei como condição de pena ou do delito.

¹⁶⁰ Como já salientado, de acordo com o Princípio da Lesividade, a lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais representados por efeitos lesivos e somente esse podem justificar o custo das penas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Op.cit.p.125.
- BARATTA, Alessandro. *La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.8, n.29, p.27-52, jan/mar 2000.
- BRASIL; Gavazzoni, A. *A nova constituição e as leis penais : dúvidas e ponderações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, 221p.
- BRODT, Luiz Augusto. *Do estrito cumprimento de dever legal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, Ed., 2005.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 6ª edição, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia: nelle società contemporanee*. Bolonha: Società Editrice il Mulino, 1994. 206p.
- CARVALHO, Márcia Dométila de Lima. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992;
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; CHAGAS, Fernando Cerqueira; ANDRADE, Flávia Araújo Ferrer de. *Justa causa penal-constitucional*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v.3, n.11, p. 30 -60, 2003;
- CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Respuesta Penal al Peligro Nuclear*. Barcelona: PPU Servicio de Publicaciones/Universidad de Cadiz, 1994
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho Penal Mínimo e bienes jurídicos fundamentales*. Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciências Penales de Costa Rica. Vo l. 5, marzo/junio, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Da idéia à Defesa: roteiro prático para a elaboração da monografia de conclusão do curso de Direito*. Belo Horizonte : Faculdade Mineira de Direito da PUC/Minas, 28 de fevereiro de 2000. 122 pag. (Mimeogr.);
- GALUPPO, Marcelo Campos. *A Pesquisa em Direito e os Tipos de Pesquisa*. Belo Horizonte : Faculdade Mineira de Direito da PUC/Minas, fevereiro de 2000. 12 pag.
- GOMES, Luiz Flávio. *Bases e perspectivas da teoria constitucionalista do delito (do fato punível)*. Revista Jurídica : Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária [porto Alegre:1953], Porto Alegre, RS, v.51, n.308, p.72-84, jun. 2003.
- GOMES, Luiz Flávio. *Requisitos da Tipicidade Penal consoante a Teoria Constitucionalista do Delito*. Revista IOB Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre (RS), v.7, 37, p.32-34, abr./mai.2006.
- GOMES, Luiz Flávio. *O Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GUIMARAES, Isaac Sabbá. *A intervenção penal para a proteção dos direitos e liberdades fundamentais: linhas de acerto e desacerto da experiência brasileira*. Revista Jurídica : Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária [Porto Alegre:1953], Porto Alegre, RS, v.49, n.286, p.52-67, ago. 2001.
- GUIMARÃES, Luiz Machado. *Carência de Ação*. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Ed. Borsoi, vol. VII, s. d., mas 1953;
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) Pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989;
- HORMAZÁBAL-MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho* (el objeto protegido por la norma penal). Prólogo de Francisco Muñoz Conde. Barcelona: PPU, 1991.
- JUNGES, José Roque. *Evento Cristo e Ação Humana*. Temas em fundamentais de ética teológica. Coleção Theologia Publica 1. São Leopoldo: Unisinos, 2001.
- KIST, Dario José. *Bem jurídico-penal: evolução histórica, conceituação e funções*. Direito e Democracia; Revista de Ciências Jurídicas, Canoas, RS, v.4, n.1, p.145-179, jan./jun 2003.
- LIMA, Camile Eltz de. *A 'garantia da ordem pública' como fundamento da prisão preventiva: (in)constitucionalidade à luz do garantismo penal*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v.3, n.11, p. 148-161, 2003.
- LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.
- MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. *Consequências do desatendimento das normas constitucionais de competência em matéria penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Brasil, v.13, n.56, p.203-242, Set./Out. 2005.
- MARQUES, Daniela Freitas. *Perigo Proibido e Risco Permitido*, 2005. 384f. Tese (doutorado em Ciências Penais)- Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- MENDONZA BUERGO, Blanca. *Limites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001;
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Direito Ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: vol. 21, p.92/102, jan/mar. de 2001.
- MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. nv.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989;
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 120p.
- PEREIRA, Rui Carlos. *O dolo de Perigo*, Lisboa: LEX. 1995.
- RUBIO, Luis. *A la puerta de la ley*. México: Cal y Arena, 1994. 230p.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 537p.
- SANTIAGO, Mir Puig. *El derecho penal em el Estado social y democrático de derecho*. 1ª edição. Barcelona: Editorial Eriel, 1994.
- SCHIMDT, Andrei Zenkner. *Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir do viés funcional-normativista*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v.3, n.11, p. 97 -123, 2003.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos!: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Brasil, v. 13, n.53, p. 9-37, mar./abr. 2005
- SCOPONI, F. Cristian. *Los derechos fundamentales de los internos y su efectiva tutela jurisdiccional: hacia un nuevo modelo de ejecución penal*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v.4, n.14, p. 57-73, abr. 2004.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003;
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo, RT, 2006
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A tutela penal constitucional*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.10, n.39, p.125-147, jul./set.2002.

- TAVARES, Juarez F. X. *Bien Jurídico y función em Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- TOLFO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.
- VALLEJO, Manuel Jaén. *Princípios Constitucionais y derecho penal moderno*. Estudos sobre cuestiones de especial relevância constitucional. 1ª edição. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.
- VARGAS, José Cirilo. *Instituições de Direito Penal*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- VTEIRA, Martha Lourenço. *Esquema de Orientação para a Construção do Projeto de Pesquisa*. Belo Horizonte : Curso de Letras da PUC/Minas. 4 pag.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

A TEORIA DO GARANTISMO PENAL E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Um estudo sobre a legitimidade da tutela penal estatal¹⁶¹

André Pedrolli Serretti

Acadêmico da Faculdade de Direito
Milton Campos. Pesquisador-bolsista pela
FAPEMIG

1. O GARANTISMO PENAL – UMA INTRODUÇÃO

O garantismo penal, conforme preleciona seu próprio idealizador, o professor italiano Luigi Ferrajoli, pode possuir vários significados¹⁶². Em síntese, pode-se defini-lo como o movimento jurídico-penal que busca a legitimação da intervenção punitiva do Estado, pela garantia da observância por este a direitos e garantias individuais e coletivos. Ou seja, tanto o direito material penal quanto o processual penal e a execução penal devem seguir certos preceitos para que não se desvirtuem dos objetivos do Estado Constitucional e Democrático de Direito, qual seja, proteger direitos fundamentais. Conforme se verá, a intervenção estatal só poderá validamente acontecer se estiver de acordo com os ditames estabelecidos na Constituição, esta, verdadeiro limite formal e material à atuação estatal na seara penal. Ainda, para Ferrajoli:

Garantismo designa um modelo normativo de direito, precisamente, no que diz respeito ao Direito penal, o modelo da estrita legalidade, próprio do estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.¹⁶³

Como podemos constatar, um sistema normativo que se pautar por tais pressupostos atende ao modelo de garantia à tutela de direitos fundamentais.

Pode-se entender garantismo, ainda, como instrumento de aferição da validade da intervenção estatal, em casos concretos. Em outras palavras, depois de estabelecidos os parâmetros (princípios constitucionais), a serem observados pelo Estado, ao fazer suas normas infraconstitucionais e julgar, o garantismo pode ser visto como um instrumento para observar se tais preceitos estão sendo de fato cumpridos. É a observação das práticas forense e legislativa, para verificar se estão sendo os princípios constitucionais observados, ou seja, se o *ser* está em consonância com o *dever-ser*. Assim se pode estabelecer grau de garantismo a serem perseguidos pelos agentes do direito. Para Ferrajoli, “o garantismo jurídico opera como doutrina jurídica de

¹⁶¹ Artigo produzido como relatório final da pesquisa vinculada ao projeto: *Direito Penal e Constituição: a vinculação da tutela punitiva aos direitos fundamentais*, da linha de pesquisa Institucional: *A efetividade dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito*, da Faculdade de Direito Milton Campos, realizada sob a orientação do Prof. Ms. Luciano Santos Lopes, no período de setembro de 2007 a dezembro de 2008.

¹⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, cap. XII.

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 786.

legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação interna do direito penal, que requer dos juizes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes, (...).¹⁶⁴

Ainda, de acordo com um terceiro significado de garantismo, pode-se dizer que este designa um objetivo a ser alcançado, não mais interno, mas externo ao direito penal, qual seja a proteção de bens jurídicos, sendo este o critério para se verificar a legitimação ou não dos objetivos do sistema penal. Pode-se dizer que "o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento. (...)".¹⁶⁵

2. BASES TEÓRICAS DO GARANTISMO PENAL

Com fundamentos claramente iluministas, o pensamento garantista surge como tentativa de resgatar valores de proteção do indivíduo frente ao sistema penal, através da releitura da legitimação do Estado pela proteção de garantias individuais. Partindo-se da premissa epistemológica que o direito penal não é capaz de ser legitimado por si mesmo, ou seja, não pode ser tido como seu próprio legitimador, pois careceria ele de objetivo inerente, em si, em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, nasce a necessidade de se estabelecer um objetivo a ser alcançado, externo ao direito penal. Consoante tal modelo estatal, que legitima a sua intervenção, em qualquer campo, com o objetivo da promoção do bem comum e dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, faz-se necessário que este, além de prever como direitos individuais tais valores, também efetivamente os garanta. Isso posto, em um modelo de Estado Democrático de Direito, todos os ramos do direito devem, por sua vez, se adequar a tais núcleos mandamentais normativos, quais sejam, os princípios e valores constitucionais, e em especial, a dignidade da pessoa humana.

E no que toca ao direito penal, deve este também buscar a garantia da efetivação de princípios e direitos inerentes aos sistemas constitucionais democráticos contemporâneos. Deve este ramo do direito tutelar tais valores constitucionalmente garantidos a todos, a fim de que se coadune com a ordem constitucional e assim possa intervir na sociedade, validamente. Portanto, conclui-se que deve o direito penal tutelar bens jurídicos, não só os bens jurídicos expressamente previstos no texto constitucional, mas também, os compatíveis com sua ordem de princípios, conforme indica o art. 5, §2º, da Constituição da República¹⁶⁶. O objeto de tutela de um direito penal constitucionalmente orientado sempre será, imediatamente, bens jurídicos constitucionalmente garantidos, em consonância com os direitos fundamentais.

Retomando tópico anterior, um terceiro significado de garantismo penal pode ser relacionado à tutela de algo naturalmente externo à ordem jurídica, ou seja, à tutela de bens jurídico-penais.

3. BEM JURÍDICO-PENAL

Bem jurídico, para a quase totalidade dos cientistas do direito penal, é o objeto de proteção desse ramo do ordenamento jurídico. Aqui adotaremos tal proposição como premissa, a despeito de minoritárias, porém honrosas, opiniões em contrário¹⁶⁷, conforme se verá à frente. A norma penal tutela o bem jurídico ao vedar a atuação concreta de alguém que tende a lesá-lo ou que

¹⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, pp. 786-787.

¹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 787.

¹⁶⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988, Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁶⁷ JAKOBS, Günther. *O que protege o Direito Penal: Os bens jurídicos ou a vigência da norma?*, In CALLEGARI, André Luís. LYNETT, Eduardo Montealegre. JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal e funcionalismo*, p. 31 e ss.

efetivamente o lesa. Contemporaneamente, pode-se entender por bem jurídico-penal um juízo positivo de valor a cerca de algo, ou seja, algo ao qual a ordem jurídica atribui a característica de ser de preferível preservação. Tal juízo, para que seja materialmente válido, deve estar ancorado nas necessidades humanas individuais e sociais merecedoras de proteção, conforme os valores culturais vigentes no seio da sociedade. Conforme ensina Luiz Regis Prado:

Assim, originariamente, com base na mais pura tradição neokanista, de matiz espiritualista, procura-se conceber o bem jurídico-penal como valor cultural – entendida a cultura no sentido mais amplo, como um sistema normativo. Os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam como em necessidades individuais. Estas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica.¹⁶⁸

Em artigo publicado no ano de 1834, o jurista alemão Johann Michael Franz Birnbaum¹⁶⁹, pioneiro no tema, escreveu que bem jurídico-penal seria tudo aquilo que a lei penal tutelava. De acordo com tal conceito, breve e desprovido de valoração ética, e partindo-se do pressuposto que o bem jurídico é o legitimador do direito penal, pode-se concluir que podemos utilizar tal construção doutrinária positivista para chegar a qualquer conclusão, inclusive para legitimar um direito penal que negue direitos e garantias fundamentais. Assim se observa que tal conceito, por conceber o bem-jurídico como algo interno à ordem jurídica, desvencilha-se da função crítica que este pode exercer¹⁷⁰.

Muito já se debateu sobre o tema, algo que, até mesmo nos dias atuais é objeto de tormentas e dissensos no meio acadêmico. Em fases mais remotas, em que o direito penal era caracterizado como *privatista*, era corrente o entendimento de que tal ramo do ordenamento jurídico servia à proteção de direitos subjetivos¹⁷¹. Tal concepção já não pode ser mais sustentada visto que hoje há em nosso ordenamento jurídico a previsão da tutela penal de bens supra individuais, tais como o meio ambiente e o patrimônio artístico e cultural.

Nas últimas décadas, surgiram pelo mundo juristas de escol, tais como Günther Jakobs, que negam a pertinência de tal instituto, em virtude de seu conceito ser inadequado e até mesmo inaplicável à totalidade das relações jurídico-penais.

O posicionamento a seguir se encontra mais coerente com os atuais conhecimentos da sociologia, sobretudo com os frutos da pesquisa de Niklas Luhmann¹⁷², relativos ao funcionalismo sistêmico, que vê a sociedade como um sistema, e o direito como um subsistema desta que visa regular as relações sociais através da institucionalização e estabilização, por um processo racional, de expectativas de conduta presentes na sociedade.

No âmbito do sistema social vislumbramos dois tipos de expectativas apontadas por Luhmann¹⁷³, expectativas cognitivas, que representam expectativas comuns à maioria dos membros da sociedade, mas que se inobservadas não geram sanção formal pelo Direito, e expectativas normativas, que se inobservadas geram para quem as violou a sanção correspondente do sistema do Direito.

¹⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 44.

¹⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Direito Penal – Parte Geral – Vol. 1*, p. 411.

¹⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 109.

¹⁷¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 29.

¹⁷² Ver: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito (Vols. I e II)*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983; ALCOVER, Pilar Giménez. *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993; e JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

¹⁷³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, p. 53.

É o subsistema do Direito quem tem a função de estabelecer as expectativas normativas gerais a serem observadas por todos os indivíduos, de todos os sistemas a fim de que o sistema social funcione.

Para visualizar a importância de tal estrutura baseada em expectativas, podemos observar que nós somente saímos de casa porque acreditamos que não seremos mortos, e que nossa liberdade sexual será respeitada se não quisermos nos relacionar com alguém. Sem a confiança em tais expectativas, sequer levantamos pela manhã¹⁷⁴.

Estas e outras se constituem em expectativas normativas que viabilizam o funcionamento do sistema social, e conseqüentemente, a vida em sociedade, de cuja observância todos os indivíduos estão obrigados e se beneficiam.

Fundado nos lineamentos anteriores, brevemente expostos, Jakobs aduz que a função precípua do Direito Penal é garantir a configuração normativa da sociedade através do respeito pelos indivíduos às expectativas normativas. Sua função é manter a vigência da norma como modelo de contato social, através da cominação de pena para quem viole tais expectativas, para que seja viável o funcionamento do sistema social.

A pena que tem por fim estabilizar as expectativas normativas ao demonstrar à sociedade que, apesar de ter sido violada certa expectativa, em certo lugar, em dado momento, por determinado indivíduo, a sociedade pode seguir confiando nesta expectativa e nela continuar pautando sua conduta.

*"A sanção serve então para a estabilização das expectativas sociais."*¹⁷⁵ A pena se presta à proteção da confiança nas relações sociais. Segundo Jakobs: *"A violação da norma se encontra num mundo equivocado porque nega as condições do comum. Seu significado é: não a esta sociedade."*¹⁷⁶ Ao agente dessa violação deve incidir a pena, expressão do Direito Penal, como instrumento utilizado pelo Estado para restabelecer e reafirmar a vigência de determinada expectativa normativa, selecionada do meio social, assim possibilitando o convívio em sociedade.

A função do Direito Penal, para Jakobs, é declarar vigente a norma e preservar a expectativa objeto desta, assim garantindo a continuação do funcionamento do sistema social, através da proteção da confiança nas expectativas normativas racionalmente selecionadas e institucionalizadas. Assim, pode-se concluir que, para o referido autor, função do Direito Penal é a proteção da vigência da norma estatal.

Quanto ao conceito de bem jurídico, Günther Jakobs ensina que por mais que o direito penal tente proteger diversos bens, tais como a vida, a liberdade e o patrimônio, ele nunca o conseguirá integralmente, pois em diversas situações da vida tais bens perecerão de forma natural, sem intervenção do homem, e nesse caso, não cabe a tal ramo do ordenamento jurídico intervir, como, v.g., nos casos de morte natural. Dessa forma, conclui o renomado autor que o Direito Penal não serve para a proteção de bens jurídicos, mas sim, para a proteção de bens contra certos ataques humanos, o que faz com que o Direito Penal se constitua, na verdade, como instrumento de regulação de relações sociais entre pessoas, e mais precisamente, de proteção da confiança nas expectativas normativas institucionalizadas, e não em genérica e abstrata proteção a bens jurídicos. Tal se depreende da seguinte passagem, na qual o referido jurista comenta a doutrina do bem jurídico:

É evidente que tal discurso não é adequado à matéria, e por isso se objetará que o caráter precível de todos os bens só tem algo a ver com o direito, na medida em que as pessoas os respeitem. Diz-se, então, que a relevância jurídica dos bens é relativa, referente apenas a uma situação de ameaçada. Visto desse modo, o direito penal já não garante a existência dos bens

¹⁷⁴ LUHMANN, Niklas. *Confiança*, p. 5.

¹⁷⁵ ALCOVER, Pilar Giménez. *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*, p. 189.

¹⁷⁶ JAKOBS, Günther. *Teoría da Pena e Suicídio e Homicídio a Pedido*, p. 14.

jurídicos, mas sim, que as pessoas não ataquem esses bens e, de maneira correspondente, unicamente desta forma, tratar-se-á de bens *jurídicos* como meros bens que poderão perecer. Isso nos leva a uma concepção mais coerente: a morte por senilidade é a perda de um bem, mas a punhalada de um assassino é uma lesão de um bem; o automóvel corroído pela ferrugem é um bem que desaparece; sua destruição intencionada é uma lesão de um bem jurídico. Portanto, o direito penal não serve para a proteção genérica de bens que são considerados como jurídicos, serve sim, para a proteção de bens contra certos ataques, e só no que se refere a essa proteção de bens, aparecerão na ótica do direito, e, portanto, serão considerados bens-jurídicos.

Partindo dessa perspectiva, chega-se a uma concepção coerente do ordenamento jurídico: o direito não é um muro construído para proteger bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre *pessoas*.¹⁷⁷

De certa forma pode-se dizer que tal posicionamento se encontra mais atualizado e coerente que o centenário conceito de bem jurídico de Birnbaum, mesmo com a tentativa, por diversos autores, de modernizá-lo, por realçar mais o sentido e a função sociológicos do direito. O que não se pode perder de vista é o objetivo de proteção imediato da pessoa humana, pelo sistema social, algo que é possível, e até bem natural, se se visa proteger as expectativas existentes na sociedade, oriundas dos indivíduos, de respeito à vida e dignidade humanas. Porém, não é proposta do presente trabalho aprofundar em tão intrigante tema.

Em situação diametralmente oposta, é quase uniformemente aceita entre os pesquisadores contemporâneos do direito penal a doutrina do bem jurídico, e que tais bens preexistem ao direito, são bens da vida, e o que o direito faz é reconhecer determinado bem da vida como essencial ao convívio em sociedade e selecioná-lo para que fique sobre sua proteção, através da observação das relações sociais. Não é outro o magistério de Arturo Rocco:

(...) como o bem, antes de ser jurídico, é um bem da vida humana individual e social, e o interesse, antes de ser jurídico, é um interesse humano, assim, o conceito de bem, antes de ser jurídico, é um conceito sociológico ou psico-sociológico (...).¹⁷⁸

Para que se possa construir um conteúdo racional de bem jurídico-penal, e assim materializar sua função crítica, devemos buscar a legitimação do juízo de valor que este representa além das margens do ordenamento jurídico infraconstitucional. Ao procurar um significado racional ao objeto de tutela do Direito Penal, devemos atentar para a pessoa humana, pressuposto básico de qualquer organização social, captada pelo sistema jurídico como valor, materializado no princípio da dignidade da pessoa humana, de origem constitucional. Dessa forma, evita-se que o direito tutele valores discrepantes dos objetivos perseguidos pelo Estado Democrático de Direito, tais como a moral, uma ideologia ou simples deveres de obediência e subordinação em relação ao Estado¹⁷⁹. A busca pela preservação imediata da dignidade humana deve orientar a definição do conteúdo racional de bem jurídico-penal.

Através da proteção do valor da dignidade da pessoa humana, conclui-se que devem ser tuteladas pelo direito penal apenas necessidades humanas. Assim ensina Terradillos Basoco:

¹⁷⁷ JAKOBS, Günther. *O que protege o Direito Penal: Os bens jurídicos ou a vigência da norma?*, in CALLEGARI, André Luís. LYNETT, Eduardo Montealegre. JAKOBS, Günther. MELIÀ, Manuel Cancio. *Direito Penal e funcionalismo*, p. 33.

¹⁷⁸ ROCCO, Arturo. *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, p. 244, apud GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 115.

¹⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 111.

Nem os direitos subjetivos, nem os interesses, nem os valores, nem a funcionalidade com relação ao sistema podem ser um referente material válido. Só a satisfação das necessidades pode fazê-lo. O Direito penal deve assumir a tarefa de tutelar a satisfação das necessidades humanas, (...).¹⁸⁰

Certo é que o conteúdo dos bens jurídicos não é oriundo do direito, mas sim, das necessidades humanas. O direito apenas o seleciona e o protege, como já dito. O que se pode discordar do referido autor é que a funcionalidade em relação ao sistema não seja uma necessidade humana. Nesse sentido são as lições de Günther Jakobs:

Não se trata de que a sociedade, entendida como algo feito e determinado, anteponha-se ao sujeito, mas também fica excluído o contrário. Dizendo de outro modo, a subjetividade não só é um pressuposto, mas também uma consequência. Sem um mundo objetivo vinculante não há subjetividade e vice-versa.¹⁸¹

Como abordado anteriormente, a fundamentação do conteúdo racional de bem jurídico penal deve também achar seu referencial em valores extra-jurídicos que, no ordenamento jurídico nacional também se encontram presentes no texto constitucional. Tal referencia merece destaque porque existem valores essenciais à organização social – tais como a dignidade do ser humano – que se proscritos do texto constitucional, ainda assim deverão ser o centro de tutela do direito e conseqüentemente, do direito penal, por serem substancialmente tacitamente constitucionais. Como observa o Luiz Flávio Gomes: “*É a relação social (de disponibilidade, diz Zaffaroni) em conexão com um bem existencial que é valorada positivamente.*”¹⁸²

Assim, para algo ser validamente caracterizado como bem jurídico penal, não basta tal classificação estar de acordo com os valores socioculturais correntes quando de sua criação ou de sua tutela, mas sim, deve também estar de acordo com os ditames materializados na constituição como necessidades humanas e sociais, expressa ou tacitamente. Por tal afirmativa deduzimos que somente será válida a intervenção penal que vise à proteção de bens jurídicos constitucionalmente estabelecidos, além de obedecer ao princípio da adequação social, ou adequação às necessidades humanas. De acordo com Luiz Flávio Gomes: “*Não é reduzido o grupo de doutrinadores que afirmam que a constituição é o referencial mais idôneo para que a teoria do bem jurídico venha a cumprir uma função crítica e limitadora do jus puniendi.*”¹⁸³

Por fim, podemos concluir que a função precípua do conceito de bem jurídico-penal, atendendo ao valor da dignidade da pessoa humana, é tutelar as necessidades humanas, geralmente expressas na constituição, protegendo-as de turbações. Um conceito de bem jurídico criticamente estabelecido deve estar apto a promover tal tutela.

Sem aprofundar mais em tais discussões e munido de um conceito garantista de bem jurídico-penal, facilmente se pode concluir que o que realmente importa são as funções por este exercidas, com premissas formuladas a partir de pressupostos que visam a sua garantia. Desde que o pensamento jurídico ocidental aderiu à teoria constitucionalista de Hans Kelsen, que coloca a constituição como o topo da pirâmide normativa, de observância obrigatória pelos demais ramos do ordenamento jurídico e pelo Estado, tutelar valores constitucionais se faz algo de extrema necessidade se se quer ter como válido qualquer ato jurídico. Ensina Salo de Carvalho que:

¹⁸⁰ TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Función simbólica y objeto de protección del derecho penal*. In *Pena y Estado*, p. 129, apud GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 113.

¹⁸¹ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional*, p. 18.

¹⁸² GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 112.

¹⁸³ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 86.

A estrutura arquitetônica piramidal elaborada por Kelsen, cuja concepção é cerrada sob a visualização da constituição lógico-formal e direcionada ao interior do sistema jurídico estatal, inverte-se e amplia-se, voltando seu olhar tanto para o interno quanto para os novos valores e princípios abstratos advindos do exterior. Trata-se de legitimidade que provem de fora ou, nas palavras de Ferrajoli, de um modelo heteropoietico de legitimação do direito – *legitimità dal basso*. O interessante é notar que esta legitimidade externa conforma sua nova estrutura escalonada dos ordenamentos jurídicos, não mais referendados por princípios e valores jusnaturalistas (metajurídicos), mas por instrumentos legais positivados pelos Estados signatários das declarações de direitos.¹⁸⁴

Nossa ordem constitucional adotou o pensamento de tal jurista, ao estabelecer mecanismos difusos e concentrados de controle de constitucionalidade dos atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O pensamento de Kelsen, aduzindo à supremacia da constituição, prevê tal supremacia apenas formalmente em relação aos demais estatutos do ordenamento jurídico. A supremacia material da carta magna se constitui em proporcionar a maior eficácia possível às suas disposições, e não apenas contrastar as normas infraconstitucionais aos dispositivos da Constituição (supremacia formal). Buscando dar a maior eficácia possível às normas constitucionais em todas as relações jurídicas materializa-se a “vontade da constituição”, assim realizando sua supremacia material. Podemos observar tal modalidade de supremacia na seguinte passagem, da obra de Konrad Hesse, *verbis*:

Em outros tempos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida e para o Estado.¹⁸⁵

Para o garantismo penal, um juízo positivo de valor (bem jurídico), válido, não só deve estar imbuído de índole constitucional ou ser uma necessidade humana e social, mas deve de alguma forma também caracterizar-se como direito fundamental.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais podem ser entendidos como aqueles inerentes ao ser humano, porque dotado do caráter de pessoa, necessários ao livre desenvolvimento de sua personalidade e à garantia

¹⁸⁴ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*, p. 90.

¹⁸⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*, p. 27

de sua dignidade. Em nossa concepção, devem estar presentes expressa ou implicitamente no texto constitucional, conforme norma de extensão constante de seu art. 5º, parágrafo 2º¹⁸⁶.

Tais direitos são imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis e universais, e tradicionalmente divididos em três gerações. Os direitos de primeira geração são os primeiros que apareceram nos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais e são fruto da ascensão da burguesia na França e no mundo do século XVIII, que culminou na Revolução Francesa e na Revolução Estadunidense. Tais direitos buscam valorizar o homem individualmente considerado e realçar a sua liberdade na vida civil e política do Estado¹⁸⁷. Voltam-se contra o Poder Público, que antes da revolução, era concentrado no monarca absolutista. Nisso percebemos o viés burguês, e não popular, de tais revoluções, que objetivavam a busca da igualdade meramente formal não existente entre a nobreza e a burguesia, a participação nas decisões políticas deste extrato social e o exercício quase absoluto dos direitos patrimoniais, da autonomia da vontade e da liberdade negocial.

Já os direitos de segunda geração, que vieram a lume no início do século XX, com as constituições do México em 1917, e de Weimar em 1919, visam assegurar igualdade não apenas formal, mas também material entre os indivíduos, exigindo-se dos estados que respeitem e concretizem direitos sociais, econômicos e culturais. Tais direitos são fruto das amargas experiências humanas relativas ao abuso das relações privadas e do poder econômico simbolizadas pela Revolução Industrial, época em que vidas eram perdidas na destruição do ser humano oriunda dos abusos das relações de trabalho, da falta de condições laborais adequadas e da escassez de recursos básicos nos países europeus, no século XIX. Os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância se originam de tal movimento.¹⁸⁸

Os direitos de terceira geração começaram a ser positivados pelos países ocidentais na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, onde coletividades inteiras foram dizimadas em nome da eugenia e da dominação política. Tais direitos visam proteger a coletividade ou um grupo determinável de indivíduos que se encontra em situação de vulnerabilidade, e se voltam a um conceito de povo que, além de visar à proteção da memória de todos aqueles que já fizeram parte de determinado gênero cultural, objetivam criar condições para que as gerações vindouras também possam se desenvolver com o equilíbrio e a harmonia necessários. Como produto desta geração temos a tutela de direitos difusos e coletivos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.¹⁸⁹

Para os que visualizam uma quarta geração de direitos fundamentais, estes são produtos dos movimentos políticos sociais da segunda metade do século XX, e se constituem em direitos que visam à materialização de uma globalização política¹⁹⁰, tais como direito à democracia efetiva, à informação e ao pluralismo político.

Ferrajoli, sintetizando uma definição básica de direitos fundamentais, aduz que:

Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de "derechos fundamentales": son "derechos fundamentales" todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos encuaneto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidade de obrar; entendiendo por "derecho subjetivo" cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir

¹⁸⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁸⁷ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos fundamentais*, p.11.

¹⁸⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos fundamentais*, p.12.

¹⁸⁹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos fundamentais*, p.13.

¹⁹⁰ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos fundamentais*, p.13.

lesiones) adstrita a un sujeto por una norma jurídica; y por su "status" la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. ¹⁹¹

Conforme se pode observar, o conceito de Ferrajoli de direitos fundamentais abarca também direitos previstos fora do texto constitucional¹⁹².

É necessário ressaltar que o garantismo penal, concebido como pensamento jurídico-penal que visa à tutela de direitos fundamentais possui um conceito bem formulado de tais direitos. Caso não o possuísse, poderia essa teoria ser utilizada para a tutela de quaisquer outros interesses, inclusive escusos, como observa Alexandre da Maia:

Logo, cada um a seu bel prazer, poderia fixar o conteúdo dos direitos fundamentais a partir de vários pontos de partida distintos, e, na maioria das vezes, opostos, muito embora todas as formas – democráticas ou não – de compreender a essência dos direitos fundamentais estariam legitimados pela teoria de Ferrajoli. ¹⁹³

Linhas antes, a nosso ver, andou mal Maia ao aduzir que o descrito acima efetivamente ocorre com o garantismo penal, dizendo: “*A tentativa do Professor Ferrajoli de dar um conteúdo ao universo jurídico também esbarra no formalismo, exatamente pelo vazio que existe no que caracteriza efetivamente os direitos fundamentais*” ¹⁹⁴.

Ora, qualificar os direitos fundamentais como os inerentes a pessoas humanas, enquanto dotadas deste estado, a prestações negativas ou positivas do estado já diz muito. Como exemplo, podemos em tal conceito subsumir o direito à vida ou direito a garantias processuais, e por outro lado, excluir de sua abrangência o direito concedido ao Estado de recolher tributos, direitos estes de sede constitucional. Dessa forma, não há puro vazio ontológico como aduz o citado autor.

Para arrematar, a seguir está, como exemplo, o conjunto de direitos reconhecidos como fundamentais, pelas constituições contemporâneas, na visão de Luigi Ferrajoli:

Las expectativas sociales correspondientes a las nuevas funciones – la subsistencia, el empleo, la vivienda, la instrucción, la asistencia sanitaria – son así introducidos y reconocidos por las Constituciones de este siglo como “derechos fundamentales”: los así llamados derechos sociales a prestaciones positivas (el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda, el derecho a la instrucción, el derecho a la salud, el derecho a la información, y similares) que se colocan junto a los antiguos derechos individuales de libertad, concebidos, en cambio, como derechos de prestaciones negativas. ¹⁹⁵

Os direitos fundamentais e sua tutela, na ordem jurídica, funcionam, primeiramente, como dados axiológicos¹⁹⁶ (valorativos, que estabelecem, v.g., o que é bom e belo), e não meramente

¹⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 19.

¹⁹² Por exemplo, ver: BRASIL. *Decreto Nº 678, de 6 novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

¹⁹³ MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*, p. 44.

¹⁹⁴ MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*, p. 44.

¹⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*, p. 68.

¹⁹⁶ Classificação presente em ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 118.

deontológicos (relativos ao dever-ser, princípios lógicos, que admitem ponderação em relação a outros princípios), tampouco ontológicos (morais, relativo ao ser, constituídos de normas de ação), para se aferir existência ou inexistência de *jus puniendi* legítimo, ou seja, para se aferir a validade constitucional de determinada norma penal incriminadora. Pode-se denominar a busca pela tutela de tais direitos de racionalidade material. Assim preleciona Robert Alexy, vejamos:

*Em cambio, los conceptos axiológicos se caracterizan porque su concepto fundamental no es el mandato o deber ser, sino el de lo bueno. La variedad de los conceptos axiológicos surge a partir de los criterios, de acuerdo com los cuales, algo puede calificarse como bueno. Así, se utilizan conceptos axiológicos cuando es catalogado como bello, valiente, seguro, económico, democrático, social, liberal o propio del Estado de derecho.*¹⁹⁷

A simples decisão tomada pela maioria não é capaz de, por si só, se legitimar. Em um Estado Democrático de Direito, e não em um Estado legalista, os direitos fundamentais formam um núcleo duro de preceitos de ordem axiológica intocáveis. Esses direitos, que funcionam como valores, como já descrito, quando trazidos ao texto constitucional, além de tal função, exercem a função de princípios.

Na ordem constitucional brasileira, esse fenômeno é observado pelo estabelecimento de cláusulas de conteúdo irredutível, pelo próprio texto constitucional, denominadas de cláusulas pétreas, dentre as quais se inserem os direitos fundamentais¹⁹⁸. Conforme observa Salo de Carvalho:

Os Direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração correspondem ao núcleo de legitimidade substancial do Estado democrático de direito e estabelecem um pólo rígido de justiça material independente dos 'desejos', livres ou manipulados. É que a idéia de democracia reduzida à expressão da vontade da maioria não satisfaz às expectativas nascidas com o processo de positivação, generalização, internacionalização e especificação dos direitos humanos, podendo, inclusive, demonstrar-se autoritária, devido à tendência de tornar universal determinada moral, excluindo os direitos das minorias (as relações de gênero, os problemas raciais e étnicos, as discriminações sexuais, as indiferenças quanto à questão etária, o desrespeito às classes marginalizadas social ou economicamente *et caetera*). Definitivamente, o sentido de democracia não corresponde mais à questão de legitimidade procedimental das decisões majoritárias, pois estas não têm poder deliberativo absoluto (uma decisão pode ser majoritária e autoritária ao mesmo tempo).¹⁹⁹

Consoante o pensamento garantista, uma democracia substancial somente pode existir onde o mínimo de direitos (direitos fundamentais) é respeitado, independentemente das deliberações tomadas por maioria. É o que não ocorre num Estado que define suas diretrizes através de

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 118.

¹⁹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Art. 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

¹⁹⁹ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*, p.112.

procedimentos legislativos que apresentam a característica da mera legalidade, ou legalidade apenas formal. Concordamos com Ana Cláudia Bastos de Pinho quando diz que:

O garantismo reconhece que a democracia formal (ou política) restringi-se a regras procedimentais, de quem e como decidir, em que o móvel é o princípio majoritário; já a democracia substancial (ou material) abrange questões sobre o que não se pode decidir e sobre o que não se pode deixar de decidir, nem sequer por maioria, em que o móvel é a defesa dos direitos fundamentais (de índole liberal e social).²⁰⁰

5. A CONSTITUIÇÃO COMO FUNDAMENTADORA DO *JUS PUNIENDI*

Conforme dito linhas atrás, não basta que o juízo positivo de valor, inerente a um bem jurídico, recaia sobre qualquer valor cultural, socialmente necessário ao livre desenvolvimento da personalidade de alguém, deve também tal juízo de valor estar de acordo com a ordem constitucional, ainda que tacitamente.

A constituição, quando promulgada por determinado povo, encerra uma ordem de valores superiores (elementos axiológicos) que devem permear toda e qualquer relação jurídica válida, entre quaisquer pessoas, e principalmente entre o indivíduo e o Estado.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é justamente o respeito a estes nas relações de direito privado entre particulares, como bem observa Ingo Wolfgang Sarlet:

Já para a corrente oposta, liderada originalmente por Nipperdey e Leisner, uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para toda a ordem jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica) e da força normativa da Constituição, não se pode aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional.²⁰¹

Se até mesmo podemos admitir, pela força normativa da Constituição e pela supremacia desta, que os particulares devem pautar sua conduta em sociedade pelo respeito aos direitos fundamentais de seus semelhantes, o Estado, ente de direito público detentor do *jus puniendi*, criado para a tutela de direitos, deve ainda muito mais se esforçar para pautar seus atos, através de seus agentes, por valores insculpidos na Constituição, e especialmente, por direitos fundamentais, no que toca às suas relações com os indivíduos. Conforme preleciona Luiz Flávio Gomes:

A chamada constituição material, justamente porque trata dos seus conteúdos substanciais e centra na pessoa e nos seus direitos fundamentais a base de toda a realidade jurídico-política do Estado, conta com a eficácia interpretativa que, indubitavelmente, se estende a todo o ordenamento jurídico.²⁰²

Portanto, qualquer produção normativa feita pelo legislador ordinário deve, ao ser contrastada com esse modelo sistematicamente organizado de valores trazidos pela constituição, em nosso

²⁰⁰ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*, p. 74.

²⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 375.

²⁰² GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 84.

caso, com o modelo de Estado Democrático de Direito, mostrar-se perfeitamente com ele compatível (legitimação interna). Caso contrário deve a aplicação de tal norma ser afastada por invalidade material, ainda que formalmente válida conforme as regras de processo legislativo (legitimação externa), de acordo com o regramento constitucional que trata do controle de constitucionalidade formal. Preleciona Luciano Santos Lopes:

“Todavia, não se trata de simplesmente oferecer justaposições da Constituição às outras normas positivadas. Trata-se de fazer com que a Carta Magna, legitimada por seus princípios, consiga exercer realmente a função sistematizadora e promotora de unidade em um sistema jurídico determinado. Requer-se, também, que a Constituição tenha força normativa. Sob pena de restar como referência meramente retórica. A importância da Hermenêutica constitucional faz-se visível neste plano de discussão.”²⁰³

A legitimação interna das normas jurídico-penais, em contraposição à sua legitimação externa, deve ser aferida a partir do valor constitucional da dignidade da pessoa humana. Pode-se entender por dignidade da pessoa humana, de um ponto de vista externo, como princípio que obriga que sejam propiciadas à pessoa, pelo Estado, condições para o livre desenvolvimento de sua personalidade, e de um ponto de vista interno, como um mandamento que obriga a todos e ao Estado a considerar o ser humano como um fim e si mesmo, ou seja, que proíbe a instrumentalização deste. Tal princípio, fundamento da República, na Constituição insculpido no art. 1º, inciso III²⁰⁴, norma constitucional de eficácia imediata²⁰⁵, deve ser o norte que informará se determinada norma possui ou não validade material. Luciano Santos Lopes ensina que os valores jurídicos e a ordem jurídica:

“São respaldados no respeito à racionalidade oferecida em um Direito de orientação antropológica, ou seja, dirigido para o homem. O respeito aos Direitos Humanos é que traz o signo de racionalidade à Constituição e, por conseguinte, a todo o restante do ordenamento jurídico.”²⁰⁶

Desse valor, dignidade da pessoa humana, decorrem os princípios reitores de um Direito Penal Constitucional, formando-se assim, um sistema jurídico-penal constitucional de aferição da validade material de normas infraconstitucionais e suas respectivas interpretações.

6. PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS

As normas jurídicas dividem-se em princípios e regras. Princípios são núcleos mandamentais que permeiam todo um ramo do ordenamento jurídico, de observância obrigatória às

²⁰³ LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*, p. 114.

²⁰⁴ BRASIL *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988, art. 1º - 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: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

²⁰⁵ BRASIL *Constituição da República Federativa do Brasil*, Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

²⁰⁶ LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*, p. 108.

relações jurídicas de tal ramo. São pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível²⁰⁷. Diferenciam-se das regras porque têm um âmbito de abrangência muito maior, devido ao fato de possuírem maior abstração.

Segundo Dworkin²⁰⁸, em caso de colisão entre regras, deve-se escolher somente uma delas a ser aplicada em determinada situação fática que ensejou o referido conflito, excluindo-se as demais. Já em relação aos princípios, estes comportam a aplicação simultânea de mais deles em situações concretas em que colidem, dando-se apenas maior relevância a um deles em relação ao outro. Tal procedimento de decisão se chama ponderação e somente é possível porque os princípios podem ser sopesados, são flexíveis, não são mandamentos herméticos, tais como as regras. A aplicação de quaisquer princípios deve, no caso concreto, se fazer através da ponderação com outros princípios, que representam outros valores, também referentes ao caso. Assim observa Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos:

A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de objetividade, inclui a seleção de normas e de fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.²⁰⁹

Assim podemos concluir, com Humberto Ávila, que “*Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementariedade e parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser provido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção*”²¹⁰.

Os princípios penais constitucionais funcionam como limitações materiais ao direito de punir estatal, seja concernente à atividade judicial ou à atividade legislativa. Calçados no valor da dignidade da pessoa humana, são verdadeiras barreiras ao atuar estatal no âmbito do direito penal. Se desrespeitados, constitui tal desrespeito em flagrante inconstitucionalidade material, algo que deve ser ilidido pelos agentes estatais competentes, se se deseja estabelecer uma ordem jurídica e um atuar do sistema penal racional e portanto, harmônico com a Constituição. Nesse sentido escreve Renato de Lima Castro:

Sendo, portanto, os princípios penais de garantia verdadeiros limites materiais à intervenção legislativa no âmbito do direito penal, incumbe-se ao Poder Judiciário, guardião máximo da Constituição Federal e dos valores nela albergados, exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade de tipos penais que se encontrem em dissonância com os princípios penais estabelecidos na Carta Política fundamental.²¹¹

²⁰⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 36.

²⁰⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 37.

²⁰⁹ BARROSO, Luis Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 376.

²¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 78.

²¹¹ CASTRO, Renato de Lima. *Garantismo penal: uma ilusão?* In PRADO, Luiz Regis. (Org.) *Direito penal contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, p. 136.

Tais princípios, apesar de inúmeras classificações apresentadas por diversos juristas, podem ser ordenados da forma abaixo descrita.

Princípio da Intervenção Mínima: o direito penal só deve intervir em casos de ofensas muito graves aos bens jurídicos mais importantes, não amparados satisfatoriamente por outros ramos de ordenamento jurídico. Se tais ramos protegem de maneira eficiente determinados bens jurídicos, não há a necessidade de atuação do direito penal, em virtude de este ser mais gravoso. Assim se concebe o direito penal como *ultima ratio*, ou seja, a última medida de tutela estatal a bens jurídicos, somente passível de ser utilizada quando estritamente necessária para a garantia de direitos fundamentais. Tal princípio também é denominado como princípio da subsidiariedade.

Princípio de Lesividade ou Ofensividade: também chamado de princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos²¹², informa que ao incriminar determinada conduta, deve o legislador selecionar somente aquelas que efetivamente, concretamente, ataquem a bens jurídico-penais. É vedada a descrição abstrata de algo que não se constitui em direta lesão ou perigo de lesão a determinado bem jurídico. Em outra vertente, mais próxima do princípio da insignificância, de mesma origem constitucional, vê-se que o juiz deve afastar a incidência de pena quando estiver diante de uma conduta formalmente típica, mas que não ofende efetivamente a bem jurídico algum em determinado caso concreto, por ser inofensiva. Segundo Francesco Palazzo:

A afirmação do princípio de lesividade como indicação tendente a evitar que, em sua complexidade, o sistema se afaste de balizas de um direito penal da ofensa, é comum a todos os ordenamentos examinados. Deve-se, todavia, observar que o princípio se fez objeto de maior atenção e particular sistematização científica por parte da doutrina italiana, que bem lhe precisou a autonomia conceitual e o específico significado político-constitucional por intermédio de uma acurada reconstrução das referências normativo-constitucionais que o fundamentam.”²¹³

Como se pode observar, a previsão, pelo legislador, de crimes de perigo abstrato, viola tal princípio. Segundo Luiz Flávio Gomes:

Por força do princípio da ofensividade resulta impossível ao legislador configurar como delito uma mera desobediência ou uma simples transgressão de uma norma ou de um dever jurídico. Nem sequer é delito a conduta formalmente típica mas sem nenhum resultado ofensivo.²¹⁴

Princípio da Adequação Social: concebido por Welzel²¹⁵, informa que apesar de formalmente típica, uma conduta somente deve ser considerada materialmente típica se discrepante das práticas culturais, da sociedade na qual tal fato se efetivou. Somente são materialmente típicos, os comportamentos destoantes dos comportamentos sociais uniformemente repetidos e aceitos no universo de sujeitos por ele afetados. Destarte, defendemos a tese segundo a qual a adequação social de determinada conduta afasta a tipicidade material, por não lesionar nenhum valor ou expectativa social. Isso se pode concluir considerando que tipicidade formal é tão somente a análise da subsunção da norma ao fato concreto, e que tipicidade material nos remete à análise da efetiva lesão criada pela conduta do agente a bens, expectativas ou valores sociais.

²¹² GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 108.

²¹³ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal – um estudo comparado*, p. 80.

²¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, pp. 67-68.

²¹⁵ WELZEL, Hans. *Direito Penal*, p. 106 e ss.

Princípio da Fragmentariedade: o direito penal deve proteger, apenas, como consectário lógico de vários princípios penais, alguns bens jurídicos, nitidamente ligados a direitos fundamentais, e não todos os bens passíveis de tutela. Como consequência da aplicação dos demais princípios à atividade legislativa, esta elegerá somente alguns bens como bens jurídico-penais, e não todos os bens objeto de proteção de todo o ordenamento jurídico.

Princípio da Proporcionalidade: não é exclusivo do direito penal, mas sim, de todos os ramos do direito, sob a ótica da racionalidade constitucional. Pode-se entender tal princípio como a necessidade de haver proporção entre o grau de lesão a determinado bem jurídico-penal e a pena a esta prevista. Nota-se sua aplicação em abstrato quando da definição legal do preceito primário da norma penal incriminadora, e a relação deste com a cominação da pena em seu preceito secundário. Concretamente, se aplica na análise, pelo julgador, da relação existente entre a conduta praticada e o grau da lesão efetivamente provocada por esta ao bem jurídico-penal tutelado. Já razoabilidade faz referência a tudo aquilo qualificado como lógico, adequado, idôneo, e não se confunde com proporcionalidade. Assim observa Mariângela Gama de Magalhães Gomes: "O termo *razoabilidade* - muito presente nos ordenamentos norte-americano e italiano - qualifica tudo o que for considerado conforme à razão. Ele enseja uma idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, lógica, equidade, traduzindo aquilo que não é absurdo ou apenas o que é admissível"²¹⁶. A intervenção penal só é racional se dotada de proporcionalidade e razoabilidade.

Princípio da Insignificância: criado, em seus moldes contemporâneos, por Claus Roxin²¹⁷, se constitui em consequência lógica de outro princípio, qual seja, o princípio da lesividade. No plano da produção legislativa, sua aplicabilidade se encontra na exigência de visualização da efetiva lesão hipotética futura a bens jurídicos externos à ordem jurídica, quando da realização da conduta definida como crime. No plano da aplicação de determinado tipo penal, deve-se aferir se, no caso concreto, a conduta do indivíduo efetivamente lesionou ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, ou se assim não ocorreu por ter sido ínfima a lesão operada. Não há tipicidade material em uma conduta formalmente típica que não lesione de maneira real determinado bem jurídico. Vemos, *vg.*, a inexistência de tipicidade material na conduta daquele que furta, de alguém, algo de diminuto valor, que não lesionará efetivamente o bem jurídico *patrimônio* alheio. Pode-se enxergar tal princípio também como manifestação do princípio da proporcionalidade. Assim, se uma lesão a um bem jurídico é insignificante, a aplicação de sanção penal e desproporcional a tal lesão. Ao contrário, uma conduta lesiva, ou uma série de condutas insignificantes se isoladamente consideradas, mas que se somadas, representam efetiva lesão ou lesões a bens jurídicos, reclamam por imposição de pena a quem as realizou. Isto se dá porque em tais casos pode-se constatar que houve efetiva lesão, não insignificante, a tais bens, e por isso, proporcional à reprimenda penal.

Princípio da Individualização da Pena: presente no art. 5º, XLVI, da Constituição²¹⁸. Na aplicação da pena deve o juiz levar em consideração o grau da lesão efetivada pelo réu ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora bem como suas características pessoais, como a sua personalidade, sua conduta social, os motivos do crime e as consequências deste, para fixação do *quantum* de sua pena-base. Na execução penal, consiste em cada condenado ter o direito de executar sua pena levando-se em conta suas aptidões, anseios, características pessoais e sua conduta, devendo o Estado proporcionar a ele condições para tal. Este princípio se encontra materializado, em parte no art. 59 do Código Penal²¹⁹.

²¹⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 38

²¹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal - parte general*, pp. 65-67.

²¹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 5º, inciso XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...).

²¹⁹ BRASIL. *Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal, Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Princípio da Responsabilidade Pessoal: nenhuma pena passará da pessoa do condenado²²⁰. Também chamado como princípio da pessoalidade ou da intranscendência. Somente o condenado poderá sofrer diretamente a sanção imposta em sua condenação, ou seja, somente ele poderá responder pela infração penal praticada. A reprimenda penal não poderá atingi-lo por intermédio de sofrimento infligido a terceiros, como por exemplo, por imposição de penas aflictivas a seus familiares, como o praticado em larga escala em tempos remotos da civilização ocidental. Em dissonância a tal princípio, ainda há em nosso ordenamento jurídico a previsão da pena pecuniária, a única modalidade de pena que admite que outrem, que não o condenado, a execute. Ferrajoli, sobre tal modalidade de pena, preleciona que “a pena pecuniária é uma pena aberrante sob vários pontos de vista. Sobretudo porque é uma pena impessoal, que qualquer um pode saldar”.²²¹

Princípio da Humanidade: também chamado de princípio da limitação das penas, informa que não é permitida a existência, segundo a Constituição, em nosso ordenamento jurídico-penal, de qualquer pena que viole a dignidade da pessoa humana²²², em qualquer de suas facetas. Tal princípio também implica na compatibilidade da execução da pena com as garantias do condenado previstas nas leis vigentes e na Constituição. Ferrajoli, com clareza, ensina que:

Acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpetua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. (...) Um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes.²²³

De matiz iluminista e antropocentrista, tal princípio consagra o ser humano como centro de proteção do Estado e da sociedade. Não há como tutelar a sociedade se não tutelamos cada um de seus indivíduos. A vedação de penas cruéis e capitais exprime os anseios de uma intervenção estatal mínima, no âmbito do Direito Penal. Nos moldes do garantismo penal, a atuação do Estado pelo Direito Penal deve ser mínima, e a atuação do Estado de bem-estar social deve ser máxima. Como bem observa Luiz Luisi:

A Consagração do princípio da humanidade no direito penal moderno, deve-se ao grande movimento de idéias que dominou século XVII e XVIII, conhecido como iluminismo. Os arautos do pensamento iluminista advogaram a transformação do Estado, partindo de duas idéias fundamentais. De um lado a afirmação de existência de direitos inerentes à condição humana, e de outro lado a elaboração jurídica do Estado como se

²²⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 5º, Inciso 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.

²²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 334.

²²² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 5º, Inciso 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.

²²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 318.

tivesse origem em um contrato, no qual, ao constituir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados. Daí um direito vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo necessário, e sem penas degradantes.²²⁴

Princípio da Culpabilidade: é o grau de reprovabilidade sócio-normativo incidente sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. É o juízo de censura incidente sobre esta. Serve com indicador do *quantum* da pena a ser aplicado, em concreto. Nas palavras de Francesco Palazzo:

Assim, como dissemos, é dúplice a 'virtude constitucional' do princípio da culpabilidade; igualmente dúplice a sua 'operatividade' estritamente penal, seja como critério subjetivo de imputação do ilícito, seja como critério de comensuração da pena. E é obviamente nesse terreno que se manifesta a efetiva influência do princípio constitucional sobre o sistema penal.²²⁵

O art. 59 do Código Penal²²⁶ obriga o julgador a levar em consideração na fixação da pena o grau de reprovabilidade da conduta do agente. Nesse ínterim, funda-se na exigibilidade de conduta diversa. A culpabilidade também pode ser entendida como elemento do conceito analítico de crime e como princípio que afasta a responsabilidade penal objetiva, ou sem culpa. Conforme informa Assis Toledo:

Deve-se entender o princípio da culpabilidade como a exigência de um juízo de reprovação jurídica que se apóia sobre a crença – fundada na experiência da vida cotidiana – de que ao homem é dada a possibilidade de, em certas circunstâncias, agir de outro modo.²²⁷

Princípio da Legalidade: com sede constitucional e corolário do Estado Democrático de Direito, tal princípio se mostra como a primeira grande barreira ao *jus puniendi* estatal²²⁸. É deste princípio que parte a teoria garantista do direito penal. Visto sob um prisma formal, consiste em que somente será possível a intervenção penal pelo Estado, caso exista lei anterior que defina o fato como criminoso, e comine sua respectiva pena. Tal lei, para ser formalmente válida, deve respeitar as regras de processo legislativo previstas em sede constitucional. A validade formal é a primeira etapa de aferição da validade da norma. Em um Estado Democrático de Direito, que realmente busque coerência com seu modelo, deve haver a perfeita compatibilidade do conteúdo de suas normas com o conteúdo de seus princípios constitucionais. Não basta que uma norma seja formalmente válida, mas sim, deve ser materialmente válida quando contrastada com tais princípios. Nisso constitui a validade material, ou legitimidade, das normas constantes do ordenamento jurídico. Deve haver não a mera legalidade formal, mas sim a estrita legalidade. Para Ferrajoli:

²²⁴ LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais, p. 32.

²²⁵ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal – um estudo comparado*, p. 56.

²²⁶ BRASIL. Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, Art. 59 - O Juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

²²⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, pp. 86-87.

²²⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988, art. 5º, inciso XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

O sistema das normas sobre a produção de normas - habitualmente estabelecido, em nossos ordenamentos jurídicos, com fundamento constitucional, não se compõe somente de normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis. Inclui também normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de modo diverso limitam e vinculam o poder legislativo excluindo ou impondo-lhe determinados conteúdos. Assim, uma norma - por exemplo, uma lei que viola o princípio constitucional da igualdade - por mais que tenha existência formal ou vigência, pode muito bem ser inválida e como tal suscetível de anulação por contraste com uma norma substancial sobre sua produção.²²⁹

Deve o magistrado, quando da aplicação da lei, contrastar esta com a ordem constitucional vigente. O modelo clássico de subsunção da lei ao caso concreto sede lugar à análise da conformidade da lei com a ordem constitucional e os princípios dela decorrentes. O juiz deve exercer o controle difuso - ou concreto - de constitucionalidade de cada dispositivo ou expressão contida nas normas infraconstitucionais. Assim preleciona Salo de Carvalho:

Como ensina Streck, é relativamente fácil delinear um modelo garantista, sendo difícil a tarefa de modelar técnicas legislativas e judiciais adequadas para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. Percebe o constitucionalista gaúcho que a forma de potencializar o valor normativo da Constituição é delegar ao jurista a séria tarefa de contaminar o direito infraconstitucional, pois garantismo deve ser entendido como maneira de fazer democracia dentro e a partir do direito. Como 'tipo legal', o garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do direito.²³⁰

A única forma possível de legitimar a intervenção penal, sob o prisma constitucional, é através da análise da legalidade material das normas infraconstitucionais. A legalidade material (legitimidade) somente se verificará em relação às normas que sejam consoantes ao modelo constitucional de Estado Democrático de Direito, fundado no respeito e garantia dos direitos fundamentais. Nesse sentido é a lição de Luciano Santos Lopes:

A legitimidade da norma penal é indispensável para o controle material da legalidade. Tal legitimidade somente existirá com o respeito do Direito Penal ao plano normativo hierarquicamente superior. Deve-se respeitar as premissas de racionalidade que fundamentam a Constituição (respeito aos direitos humanos) e realizando uma democrática interpretação da Carta Política (uma filtragem constitucional, em uma hermenêutica plural).²³¹

O princípio em questão, em seu matiz formal, se divide em quatro axiomas, quais sejam:

²²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías - la ley del más de débil*, p. 66. Apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, p. 108.

²³⁰ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*, p. 108.

²³¹ LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*, p. 126.

*Nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia*²³²: a norma penal incriminadora deve ser conhecida antes de a conduta por esta considerada como crime. Todo indivíduo tem o direito subjetivo público a saber se o que esta praticando se constitui em crime ou não. Segundo famosa expressão de Franz von Liszt, "o código penal é a carta magna do criminoso"²³³. A *novatio legis in pejus* não retroagirá, para atingir condutas anteriores já consumadas. Se fosse possível tal aplicação retroativa, sempre haveria a possibilidade de sermos condenados por condutas perfeitamente lícitas ao tempo que as praticamos.

Nullum crimen, nulla poena, sine lege scripta: somente a lei *strictu sensu*, ordinária ou complementar, pode definir fatos como crimes e cominar penas. Os costumes sociais não o podem fazer, tampouco outras espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição da República²³⁴, tais quais decretos, medidas provisórias, resoluções *et caetera*. Por mais que certas condutas sejam anti-sociais ou ate mesmo firam bens jurídicos, não podem ser consideradas como crimes e sujeitar seus autores a pena, senão através de lei formal e materialmente válida. Se a mera constatação de que dada conduta não encontra amparo nas expectativas sociais tivesse o condão de imputar pena a quem a pratique, qualquer um poderia ser apenado a qualquer tempo, sob tal pretexto, ao livre arbítrio do magistrado.

Nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta: por mais que seja o sistema penal lacunoso, e que se observe, através do cotejo entre normas penais, que o legislador obviamente quis considerar determinada conduta como crime, mas não o fez expressamente, não podemos considerá-la como tal. Não se pode utilizar do instrumento hermenêutico da analogia para criar normas penais incriminadoras nem para deixar mais gravosa a situação do imputado. Caso contrário, o juiz poderia condená-lo com base em ilações, a partir da lei, que este jamais poderia deduzir antes da prolação da sentença, quando da prática do fato analogicamente considerado como criminoso.

Nullum crimen, nulla poena, sine lege certa: expressões vagas ou sem sentido determinado não podem ter o condão de gerar normas penais que incriminem condutas. Por mais que tal norma seja formalmente válida, pois seguiu corretamente o procedimento constitucional de sua elaboração, jamais será materialmente válida, pois não proporciona ao réu a real ciência de quais condutas pode ele tomar sem que a lei as considere crime. Sabemos que a utilização de expressões vagas e sem sentido certo é típica de regimes de governo totalitários que se utilizam do direito penal como instrumento de terrorismo institucionalizado.

Nisso se constitui a segurança jurídica normativa aplicada ao âmbito do direito penal, proporcionada pelo princípio da legalidade formal. Tais vertentes se prestam a materializar formalmente os objetivos a serem alcançados pela ordem constitucional, na seara do Direito Penal. Apesar da garantia da legalidade formal, nunca se deve olvidar da necessidade garantia da legalidade material, em face da Constituição. Assim ensina Luciano Santos Lopes:

A lei deve definir as hipóteses abstratamente criminosas de forma clara e atenciosa. Legalidade, desta forma, funciona como uma garantia do indivíduo contra o Estado, na defesa de sua liberdade e, também, demarca o campo de atuação estatal na punição penal. Salienta-se, novamente, que tal princípio é ponto central a ser respeitado em um sistema penal que se

²³² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988, art. 5º, inciso XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

²³³ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, p. 99.

²³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988, art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.

entende atencioso às garantias e direitos fundamentais do ser humano. É signo importante de um Estado Democrático de Direito.²³⁵

O ordenamento jurídico-penal somente pode se legitimar materialmente se estiver consoante tais princípios. Princípios estes de raiz constitucional, expressa ou tácita, mas de obrigatoria observância para o modelo constitucional adotado pelo país, qual seja o modelo de Estado Democrático de Direito. Tais princípios servem ao mesmo tempo de limite à intervenção estatal no âmbito do Direito Penal e de legitimação de tal intervenção. É a legitimação material através da limitação também material. Por fim, no dizer de Francesco Palazzo:

Em síntese, pode-se dizer que da influência desses princípios constitucionais deve originar-se uma tendência à secularização do Direito Penal, secularização não identificada apenas na vitória de certas incrustações do sistema, de feição especificamente religiosa, mas como uma tendência bem mais racional que busca ajustar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas das condições objetivas da existência da sociedade civil, e a excluir, em consequência, os fatos reprováveis de um ponto de vista apenas ideológico.²³⁶

7. CONCLUSÃO

O modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito obriga aos agentes do direito a ele submetidos o respeito à sua ordem de princípios galgada na dignidade da pessoa humana. Não há razão de existir para um Estado se este não se presta a proteger individualmente o seu povo. A legitimação de qualquer intervenção estatal, de qualquer restrição que este ente opere aos direitos de seus cidadãos, esbarra nas barreiras dos direitos fundamentais, único núcleo de proteção capaz de legitimar a atuação estatal no sentido de restringir quaisquer direitos individuais.

O garantismo penal pode ser entendido como uma teoria que estabelece preceitos mínimos de observância obrigatória para o Estado que pretende ter sua intervenção penal materialmente legítima, e que, por outro lado, identifica pontos tendentes à deslegitimação da intervenção penal de Estados que inobservam tais preceitos constitucionais básicos.

O que se busca com tal teoria é a maximização da efetividade da atuação do sistema penal, com a minimização da violência empregada pelo Estado e da existente no seio da sociedade. Ferrajoli assevera que:

Um projeto de democracia social é, portanto, formado por todos aqueles elementos com os quais se faz um Estado social de direito: este consistente na expansão dos direitos dos cidadãos e correlativamente dos deveres do Estado, ou, se se preferir, na maximização da liberdade e das expectativas e na minimização dos poderes.²³⁷

Para que tal equação aconteça, a racionalidade e a efetividade de direitos fundamentais devem sempre permear todo o ordenamento jurídico-penal. Assim se obedecerá aos ditames constitucionais de legitimação da atividade do sistema penal. Até mesmo sob um ponto de vista contratualista clássico, a única via de se reconhecer um Estado como legítimo e democrático é a

²³⁵ LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*, p. 84.

²³⁶ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal – um estudo comparado*, p. 87.

²³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, pp. 798-799.

sua atuação no sentido de proteção do indivíduo, aquele que cede uma parcela de sua liberdade a esse ente superior, que em troca protege o indivíduo de outros indivíduos e de si próprio. Nesse diapasão são as lições de Salo de Carvalho:

A centralidade da pessoa e o respeito pelos direitos humanos determinam os critérios de justificação externa do poder, delimitando os pressupostos normativos de tolerabilidade do sistema. Se desde o seu interior, direito e Estado são legitimados substancialmente pelos direitos fundamentais, externamente são os direitos humanos que propiciam os parâmetros conclusivos sobre a justiça do modelo, servindo de padrão avaliativo do próprio conteúdo do pacto social: a Constituição.²³⁸

A teoria do garantismo penal, criada por Ferrajoli, deve ser a tônica dos agentes do direito interessados no respeito integral ao ser humano, na efetividade para todos das garantias fundamentais e do real estabelecimento de uma democracia material, sem se olvidar a necessidade ainda presente de atuação do sistema penal. Pois, para o Estado, a perda da racionalidade, é conseqüentemente a perda de sua legitimidade. Com clareza, aduz Luciano Santos Lopes que:

Todo Estado de Direito que se deseje democrático, para ser legítimo, tem que se fundamentar em uma ordem racional. Uma Constituição bem formulada, capaz de validar todo um ordenamento jurídico, tem que se fundamentar em valores racionais que são alcançados pelo respeito aos direitos humanos.²³⁹

Assim, a promoção do bem comum e a efetivação dos objetivos mais elevados do Estado Democrático de Direito serão, se não alcançados, ao menos buscados. É o mínimo que se pode fazer para se promover uma sociedade livre justa e igualitária, objetivos de nossa Constituição da República, que, do ponto de vista formal, também é chamada de constituição cidadã, mas que, para nosso infortúnio, é ainda muito timidamente aplicada, assim comprometendo a plenitude da cidadania por ela prometida.

REFERÊNCIAS

- ALCOVER, Pilar Giménez. *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²³⁸ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*, p. 115.

²³⁹ LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*, p. 108.

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

BRASIL. *Decreto Nº 678, de 6 novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso: 3 fev. 2009.

BRASIL. *Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, DF, 31 dez.1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/De12848.htm>> Acesso: 28 out. 2008.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASTRO, Renato de Lima. *Garantismo penal: uma ilusão?* in PRADO, Luiz Regis. (Org.) *Direito penal contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – la ley del más de débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Luis Flávio Gomes et alii. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Direito Penal – Parte Geral – Vol. 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. 1. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safê, 1991.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. *O que protege o Direito Penal: Os bens jurídicos ou a vigência da norma?* In CALLEGARI, André Luís. LYNETT, Eduardo Montealegre. JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAKOBS, Günther. *Teoria da Pena e Suicídio e Homicídio a Pedido*. Trad. por M. A. R. Lopes. Barueri: Manole, 2003.

LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*. 1ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1991.

MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*. in *Teresina: Jus Navigandi*, ano 4, n. 45, set. 2000.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal – um estudo comparado*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

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.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ROCCO, Arturo. *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*. Torino: Fratelli Bocca, 1913.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*, 2ª ed, trad. Diego-Manuel, Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Función simbólica y objeto de protección del derecho penal*. In *Pena y Estado*. Barcelona, n. 1, 1991.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Tradução de Afonso Celso Rezende, Campinas, Ed. Romana, 2004.