



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Manuela Bitar Lelis dos Santos

BEM JURÍDICO PENAL E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Uma análise crítica da pena em abstrato

Belém
2010

Manuela Bitar Lelis dos Santos

BEM JURÍDICO PENAL E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Uma análise crítica da pena em abstrato

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes.

Belém
2010



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Manuela Bitar Leis dos Santos

BEM JURÍDICO PENAL E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Uma análise crítica da pena em abstrato

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes.

Aprovada em: _____._____._____

Conceito: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes
Orientador

Prof. _____
Membro

Prof. _____
Membro

Ao meu avó,
Prof. Oswaldo Chicre Miguel Bitar,
pelo exemplo de amor aos livros,
pela incondicional paixão ao viver e ao saber.

AGRADECIMENTOS

Comentam que o trabalho de edificação da dissertação de mestrado é bastante solitário. Mas, verdadeiramente, não me senti assim. Foi muito confortante perceber e sentir as pessoas que me apoiaram. Divido, portanto, este momento com aqueles que, direta ou indiretamente, muito ajudaram nesta realização.

A Deus, pela dádiva de viver e aprender.

À Universidade Federal do Pará, responsável pela minha formação intelectual desde o jardim de infância. Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA e à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, por terem possibilitado esta pesquisa.

Ao Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes, exemplo de professor, orientador e penalista, com quem tive o prazer de conviver e aprender muito durante estes dois anos. Obrigada pelo saber transmitido, pela dedicação incansável, pela cordialidade e afabilidade com que sempre me recebeu e pelos livros que me confiou.

Aos Profs. Dr. Antônio Gomes Moreira Maués e Dr. José Cláudio Monteiro de Brito Filho, que participaram da qualificação do projeto de pesquisa, agradeço todas as preciosas observações. Ao Prof. Dr. Antônio Maués, o meu sincero agradecimento ainda pela gentileza com que esclareceu minhas dúvidas. Deixo aqui registrada a minha admiração pelo exemplo de amor ao ensino de qualidade.

À amiga Ana Cláudia Pinho, que pouco sabe do quanto é responsável por minha paixão pela Direito Penal e pela docência. Obrigada pelo carinho que sempre me dedicou e pelo reconhecimento que tanto me lisonjeia.

Aos meus colegas de mestrado, pela satisfação que nosso convívio me proporcionou durante esse processo de troca de conhecimento, com particular obrigada à Vivian Vidal. E aproveito para agradecer a todos os amigos que sempre estiveram por perto, com um registro em especial aos “irmãos” Livia, André, Maurício e Daniel.

À Luma Scaff, por seguirmos juntas nas mesmas aventuras e pela preciosa ajuda com a língua inglesa.

A todos os familiares que estiveram presentes, ouvindo, aconselhando, incentivando, torcendo, apoiando... Com especial carinho às minhas avós: Virgínia, Cecília (*in memoriam*) e Elvira (*in memoriam*).

Ao Giovanni Pickerell, por estar ao meu lado, pela força com que sempre me incentivou a seguir adiante, por vibrar com minhas conquistas. Que continuemos trilhando juntos o mesmo caminho.

Por fim, mas não menos importante, aos meus pais, Roberto e Leila, e minhas irmãs, Michelle e Isabelle, por serem o exemplo do verdadeiro amor, aquele sem quê, nem por quê; por serem a minha essência, minha felicidade, o porto seguro com que sempre posso contar. A eles consagro, em cada palavra, gesto ou pensamento, todas as realizações da minha vida: ontem, hoje e sempre.

Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que triste os caminhos, se não fora
A presença distante das estrelas!

(Mario Quintana)

RESUMO

A pesquisa constata a existência de dispositivos na legislação penal brasileira em que a pena em abstrato encontra-se desproporcional, seja pela ausência de um bem jurídico merecedor da tutela penal, seja porque o *quantum* da pena não condiz com os parâmetros da proporcionalidade. Para tanto, apresenta o bem jurídico penal, expondo sua síntese evolutiva, seu conceito, os princípios da intervenção mínima e da ofensividade, bem como as questões pertinentes à existência de bens jurídicos penais supra-individuais e à problemática das imposições constitucionais de criminalização. Analisa o princípio da proporcionalidade, desenvolvendo seu conceito, conteúdo, sua origem histórica e evolução, a consagração constitucional e a nomenclatura no direito comparado. Quanto ao conteúdo da proporcionalidade, adota a corrente que apresenta os subprincípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito como elementos formadores da proporcionalidade em sentido amplo. Traz alguns exemplos de normas penais que fogem à regra da proporcionalidade, considerando o bem jurídico sob tutela. Conclui pela necessidade de se adequar a legislação penal brasileira aos parâmetros da proporcionalidade e às imposições da doutrina do bem jurídico penal, descriminalizando condutas ou adequando a pena em abstrato.

Palavras-chave: Bem jurídico penal. Proporcionalidade. Legislação penal.

ABSTRACT

This research shows that there are some dispositives in the criminal law where the penalty in the abstract is disproportionate, either a lack of a well-deserving of legal protection law or because the quantum of the penalty does not fit the criteria of proportionality. It presents the “bem jurídico penal”, exposing its evolutionary synthesis, its concept, the principles of minimum intervention and offensiveness, as well as issues relevant to the existence of legal rights supraindividual criminal and constitutional issues of taxation of criminalization. It analyzes the principle of proportionality, developing its concept, content, its historical origin and evolution, the constitutional dedication and nomenclature in comparative law. When it refers to the content of proportionality, it adopts the current that presents the subprinciples suitability, necessity and proportionality in the strict sense as fundamental aspects of proportionality in the broad sense. It brings some criminal law examples that fall outside the rule of proportionality, considering the legal interest in care. It concludes that it is necessary to fit the Brazilian criminal law with the parameters of proportionality and to the requirements of the legal doctrine of “bem jurídico penal”, decriminalizing some conducts or adjusting the penalty in the abstract.

Keywords: “Bem jurídico penal”. Proportionality. Criminal Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	BEM JURÍDICO PENAL	14
2.1	SÍNTESE EVOLUTIVA	15
2.1.1	Origens: De Feuerbach a Birnbaum	15
2.1.2	Concepções positivas: Binding e Liszt	21
2.1.3	A concepção neokantiana e a concepção ontológica	27
2.1.4	Teorias sociológicas	31
2.1.5	Teorias constitucionais	34
2.2	CAMINHANDO EM BUSCA DA COMPREENSÃO E CONCRETIZAÇÃO DO BEM JURÍDICO PENAL	41
2.2.1	A conceituação	41
2.2.2	Princípios penais e bem jurídico: a intervenção mínima e a ofensividade do fato	45
2.2.3	Crítica aos crimes de perigo abstrato.....	51
2.2.4	Bens jurídicos penais supra-individuais	54
2.2.5	A questão das imposições constitucionais de criminalização	61
3	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	69
3.1	ORIGEM HISTÓRICA E EVOLUÇÃO	71
3.2	NOMENCLATURA NO DIREITO COMPARADO	76
3.3	CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL	80
3.4	CONTEÚDO E CONCEITO	83
3.5	SUBPRINCÍPIOS	89
3.5.1	O significado da idoneidade.....	89
3.5.2	O significado da necessidade	97
3.5.3	O significado da proporcionalidade em sentido estrito	102
4	EM BUSCA DE UMA TUTELA PROPORCIONAL – CRÍTICA A ALGUNS DISPOSITIVOS DA LEGISLAÇÃO PENAL	114
4.1	CAMINHANDO EM DIREÇÃO À DESCRIMINALIZAÇÃO	120
4.1.1	Alguns casos exemplificativos.....	122
4.1.2	As Contravenções penais (Decreto-lei nº 3.688/1941).....	127
4.1.3	A embriaguez ao volante (art. 306, Código de Trânsito Brasileiro)	134
4.1.4	O Estatuto do Desarmamento (arts. 12, 14 e 16 da Lei nº 10.826/2003)	138
4.2	EM BUSCA DE UMA PROPORCIONALIDADE SISTEMÁTICA	143
5	CONCLUSÃO	152
	REFERÊNCIAS	156

1 INTRODUÇÃO

A evolução da ciência jurídica aponta para uma importante constatação: nos Estados Democráticos de Direito, a intervenção do sistema penal nas liberdades individuais só é legítima quando houver necessidade imprescindível da proteção de bens jurídicos relevantes, sejam individuais, coletivos ou supra-individuais. A tutela do bem jurídico penal apresenta-se, portanto, como objeto da intervenção punitiva, limitando o *ius puniendi* estatal, uma vez que só será possível a criminalização de conduta que ofenda gravemente um bem ou valor indispensável ao livre desenvolvimento do ser humano.

O bem jurídico penal, da forma como é atualmente entendido, serve como um interlocutor privilegiado no discurso da descriminalização, já que o legislador só poderá intervir na esfera de liberdade dos cidadãos se for para criminalizar condutas que ferem valores dignos de tutela penal, diante de ataques particularmente graves e, além do mais, quando não se puder atingir as mesmas finalidades por instrumentos menos drásticos do que o Direito Penal.

A cominação legal de pena só será legítima, portanto, se tiver por fim a proteção de um bem jurídico digno da tutela penal. Percebe-se então que só haverá a criminalização de conduta quando estritamente necessária, e quando a pena apresentar-se idônea aos fins preventivo e repressivo, além de proporcional à gravidade do delito. Aqui surge a necessidade de delimitar um outro conceito: a proporcionalidade.

A idéia de proporcionalidade permeia todo o Direito Penal. Assim é que, desde a existência mesma do Direito Penal, passando-se por questões de política criminal e conceitos integrantes da teoria geral do delito, como legítima defesa, erro de tipo, coação irresistível, até chegar à cominação abstrata, à aplicação concreta e à execução da sanção penal, a proporcionalidade é uma constante.

No Direito Penal, a demanda por proporcionalidade advém da necessidade, imposta pelo Estado Democrático de Direito, de submeter a violência estatal corporificada na pena a limites que sejam toleráveis, e, ao mesmo tempo, suficientes para conter a lesão a bens jurídicos essenciais à sociedade, sem a imposição de sacrifício demasiado aos direitos fundamentais dos indivíduos.

A proporcionalidade, ao lado do bem jurídico penal, erige-se em postulado informador da elaboração das normas penais incriminadoras, figurando também como critério limitador da repressão penal, incidindo, ora na fase de elaboração da norma pelo legislador, ora na etapa de sua aplicação pelos juízes e Tribunais e, ainda, por ocasião da execução da pena. Devido a essa vasta amplitude das acepções que podem ser extraídas da noção de proporcionalidade, optou-se neste trabalho por delimitar a sua abordagem apenas ao momento da consagração, em abstrato, do tipo penal e do seu correspondente preceito sancionatório.

Avulta a importância da Constituição nesta tarefa legiferante, eis que a mesma, além de trazer implicitamente o princípio da proporcionalidade, indica, por meio dos valores nela insculpidos, quais os bens jurídicos que podem ser considerados pelo legislador como merecedores da tutela penal.

Resta delimitado, portanto, o objeto desta pesquisa: a pena proporcional no Estado Democrático de Direito brasileiro. De igual modo, define-se seu objetivo: demonstrar que o legislador, para encontrar a pena legítima no momento da cominação em abstrato, não poderá prescindir de uma análise da proporcionalidade pautada no bem jurídico sob tutela, sendo este o preceito que identifica os limites da criminalização primária.

Em outras palavras, os critérios que devem guiar o legislador nos processos de criminalização devem ser o de proteção aos bens jurídicos e o de proporcionalidade. Este último – que possui como uma de suas funções a de se opor ao arbítrio excessivo do legislador no momento de determinar o que seja bem jurídico – está dividido em três subprincípios: o da idoneidade alude à eficácia da intervenção penal para proteger o bem jurídico; o da necessidade identifica-se com as idéias de intervenção mínima; o da proporcionalidade em sentido estrito fornece a condicionante de que a pena deve corresponder à gravidade do delito.

Diante de tais considerações, não é difícil constatar que, nos últimos tempos, o Direito Penal vem sendo acometido por uma intensa expansão, que se manifesta ora no incremento dos espaços destinados à incidência de suas normas, ora no agravamento das reprimendas impostas à violação de interesses já tutelados anteriormente por essas mesmas normas.

Almeja-se, com a presente pesquisa, demonstrar como o legislador infraconstitucional, impulsionado por essa tendência inflacionária do Direito Penal moderno, deixa de observar, com freqüência, os pressupostos mínimos para a

intervenção punitiva. Dentro deste campo de investigação, verificam-se nítidas violações, pelas normas penais, do princípio da proporcionalidade, considerando o bem jurídico sob tutela, eis que o legislador impõe cargas de violência penal que se revelam desnecessárias, inadequadas e excessivamente rigorosas.

Os objetivos traçados para a investigação implicaram a divisão do trabalho em três capítulos: no primeiro momento, busca-se compreender o bem jurídico penal pela análise da evolução de seu conceito e dos princípios constitucionais que o informam, estudando-se ainda questões relevantes como a existência de bens jurídicos supra-individuais e de imposições constitucionais de criminalização. Posteriormente, apresenta-se o princípio da proporcionalidade (e seus subprincípios: idoneidade, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito), transitando-se pelo seu conceito, conteúdo e origem, a fim de demonstrar que o mesmo resta consagrado na ordem constitucional brasileira. Por fim, apontam-se alguns dispositivos da legislação penal brasileira que afrontam a proporcionalidade, seja pela ausência de um bem jurídico merecedor da tutela penal, seja porque o *quantum* da sanção em abstrato não condiz com os parâmetros de uma resposta penal proporcional.

As fontes da pesquisa são eminentemente bibliográficas, e se compõem de publicações de autores nacionais e estrangeiros, representados, nesse último caso, basicamente por escritos da doutrina alemã, espanhola e portuguesa. Análise jurisprudencial também serve de apoio aos argumentos apresentados, sempre que necessário.

2 BEM JURÍDICO PENAL

O Direito Penal é a arma mais poderosa e incisiva de que se pode valer o Estado para fazer cumprir as regras sociais, pois priva os indivíduos da sua liberdade, que, certamente, constitui um dos mais importantes direitos fundamentais.

Em razão do alto grau de intervenção representado pelo Direito Penal, filósofos e penalistas passaram a desenvolver teorias objetivando delimitar as situações em que o Estado poderia utilizar sua arma máxima¹. Entre os limites que hoje se pode impor ao *ius puniendi* do Estado, a teoria do bem jurídico² ocupa um lugar de destaque. Tal teoria faz parte de uma política criminal que se desenvolve a partir da necessidade de se alcançar um uso mais restrito possível do Direito Penal. Supõe a concepção deste Direito como um mal que só é admissível na medida em que resulte de todo necessário³. Mas quando se reputa necessária a intervenção punitiva? Aqui surge a necessidade de se conceituar o bem jurídico: o Direito Penal deve intervir quando se apresentar como o último meio para a defesa e proteção de tais bens.

Reconhece-se, portanto, a importância do instituto do bem jurídico como objeto limitador do poder de punir do Estado⁴, constituindo problema nuclear em torno do qual gravitam questões de suma transcendência, não só para a determinação do conceito de crime, como também para toda a elaboração da teoria do delito. Assim, o bem jurídico apresenta-se como um conceito essencial ao Direito Penal, consubstancial para a sua própria existência⁵.

Neste capítulo, que será dividido em duas partes, pretende-se analisar o bem jurídico penal. Num primeiro momento, apresentar-se-á uma síntese evolutiva de seu conceito; posteriormente, através do estudo desse conceito, dos princípios da

¹ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 25.

² No decorrer deste capítulo, principalmente no tópico 2.1 (síntese evolutiva), ficará claro porque se afirma que a teoria do bem jurídico limita a intervenção punitiva, e se demonstrará como a proteção do bem jurídico passou a ser a função da norma penal.

³ PUIG, Santiago Mir. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 159.

⁴ Segundo Paschoal “o bem jurídico-penal, durante toda a sua história, independentemente da concepção adotada, cumpriu uma função de garantia para os indivíduos, na medida em que sempre teve em vista a redução do arbítrio ou subjetivismo do legislador” (PASCHOAL, 2003, op cit., p. 25-26)

⁵ NAVARRETE, Miguel Polaino. *Derecho penal. Parte general*. 5. ed. Barcelona: Bosch, 2004, p. 140. Tomo I. Fundamentos científicos del Derecho penal.

intervenção mínima e da ofensividade e de questões pertinentes como a tutela de bens jurídicos penais supra-individuais e a obrigação constitucional de criminalizar, buscar-se-á compreender o que vem a ser e qual o papel da doutrina do bem jurídico penal. Almeja-se, durante o desenvolver deste capítulo, ressaltar a natureza restritiva de tal doutrina, eis que o bem jurídico penal deve ser visto como objeto a ser necessariamente considerado na produção legislativa, sendo ponto de partida para a cominação das penas em abstrato.

2.1 SÍNTESE EVOLUTIVA

Parece já pacífico o papel fundamental que desempenha o bem jurídico na limitação da intervenção punitiva. Entretanto, esse conteúdo fundamental que hoje o conceito possui, referência inescapável a todos os que têm uma preocupação em atender a critérios não eminentemente formais para a compreensão do sistema, é produto de uma longa e plurívoca evolução⁶.

2.1.1 Origens: De Feuerbach a Birnbaum

No período anterior à Ilustração, o qual teve como expoente primeiro Beccaria, vivia o Direito Penal verdadeira situação anárquica, com definições feitas de forma indeterminada. Com os enciclopedistas, tudo viria a mudar⁷.

Reagindo às arbitrariedades sentidas no Antigo Regime, a vertente jurídica do Iluminismo tencionou traçar limites definidos para o exercício do *ius puniendi* estatal, firmando um conceito material de delito. Buscava-se um abandono da noção de crime-pecado, usando-se a razão na condução do comportamento humano. O delito passa a encontrar sua razão de ser no contrato social violado e a pena passa a ser concebida como medida preventiva.

⁶ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p. 39.

⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003, p. 37.

A primeira tentativa conseqüente de trazer um conceito material de crime deve ser atribuída a Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, para quem o delito seria sempre a violação de um direito subjetivo do cidadão ou do Estado⁸. Segundo Andrade, para Feuerbach:

Só a adopção de medidas tendentes a prevenir os atentados à liberdade, isto é, a violação dos direitos subjectivos, pode justificar a existência e o funcionamento do Estado. A competência do legislador está circunscrita às lesões de direitos e às acções exteriormente reconhecíveis. Quanto à pena, Feuerbach encara-a como expressão de um *direito de coacção* do Estado, que apenas existe na medida necessária para assegurar o exercício dos direitos.

[...] Para além do seu decisivo conteúdo *sistemático-funcional* de sentido liberal [...], a elevação do direito subjetivo à categoria de objeto do crime (em nome da teoria do contrato social, orientada contra a filosofia do estado totalitário) não era, de forma alguma, privada de significado. Nos direitos subjectivos eram protegidas esferas concretizadas de liberdade pessoal. Definir o direito subjectivo como objecto essencial do crime era já uma expressão do pensamento liberal. O conceito de direito subjectivo tinha também, de forma *imaneunte-objectiva*, um conteúdo liberal.

[...] O direito é algo mais que a mera não afronta a lei moral, deve ser uma liberdade atribuída pela razão⁹.

Apesar de, atualmente, parecer ultrapassada essa concepção, se tem que ante as barbaridades perpetradas no período que antecedeu ao Iluminismo, circunscrever a aplicação do Direito Penal à proteção de um direito subjetivo significou um grande avanço na incessante luta de proteção do indivíduo perante o Estado¹⁰.

Para Feuerbach, o delito era entendido como a conduta que transgride um direito alheio, proibida pela lei penal, a qual tem por finalidade a proteção dos direitos dos indivíduos e do Estado¹¹. Feuerbach traça a sua definição de crime a partir da violação da liberdade alheia, definindo como princípio supremo do Direito

⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 43. Feuerbach, “que teve formação filosófica e depois jurídica, sempre se preocupou com as questões afetas às relações havidas entre Estado e indivíduo, a exemplo do livro *Anti-Hobbes: overro i limite Del potere supremo e Il diritto coatiivo dei cittadini contra Il sovrano*, escrito em 1798, no qual o jurista estudou o direito de resistência dos indivíduos perante o soberano, opondo-se, portanto, à idéia de submissão absoluta ao Leviatã. Ao apresentar sua obra, Feuerbach assevera que preferiu opor-se a Hobbes a opor-se a Maquiavel, porque, enquanto Maquiavel se ateve exclusivamente ao campo político, Hobbes foi o defensor mais coerente do despotismo e da obediência”. (PASCHOAL, 2003, op. cit., p. 28). Acrescenta-se, ainda, que Feuerbach situa-se na confluência das grandes correntes de pensamento que agitaram a Europa e, em especial, a Alemanha dos fins do século XVIII e início do século XIX. Influenciado pelo jusracionalismo, iluminismo e idealismo kantiano, Feuerbach singulariza-se, apesar de tudo, pela originalidade de sua síntese (ANDRADE, 2004, op. cit., p. 44).

⁹ Ibid. p. 48-49.

¹⁰ PASCHOAL, 2003, op. cit., p. 26.

¹¹ ANDRADE, 2004, op. cit., p. 42.

Penal o fato de que “toda a pena legalmente cominada e aplicada no Estado é a consequência jurídica dum lei fundada na necessidade de preservação dos direitos alheios e que ameaça a violação de um direito com um mal sensível”¹². Em outras palavras:

Aquele que viola a liberdade garantida pelo contrato social e pelas leis penais pratica um *crimen*. Por fim, crime é, em sentido amplo, uma lesão prevista numa lei penal, ou uma ação contrária ao direito do outro, cominada na lei penal.¹³

Andrade acrescenta ser manifesta a dívida de Feuerbach para com o criticismo de Kant ao fundamentar e legitimar o Direito Penal a partir da idéia de liberdade, eis que o filósofo também parte do dogma de que ao Estado cabe exclusivamente a tarefa de assegurar o livre exercício da liberdade de cada um, em respeito pela liberdade dos outros. É na liberdade – e só na liberdade – que o direito encontra a raiz material e a matriz da legitimidade. Para Feuerbach, o Estado não é tutor, mas protetor; não é educador, mas defensor; a sua finalidade é a proteção da liberdade e não a promoção da cultura ou da moralidade. É à influência de Kant que devem imputar-se dois importantes desenvolvimentos do pensamento de Feuerbach: a separação entre direito e moral, por um lado, e a denegação da legitimidade de prossecução pelo Direito Penal de quaisquer finalidades transcendentais, de cunho religioso, de outro. Ao Estado não cabe formular juízos sobre a moral, nem erigir-se em protetor da religião. A moral e a religião convertem-se em assuntos privados, daí, precisamente, a frase notável: “a moral é a ciência dos deveres, o direito natural a ciência dos direitos”. Ademais, numa demonstração de ousadia, Feuerbach chegou a definir o direito como soma de direitos e não de proibições. O direito à vida, à segurança, à liberdade, não é definido na forma de uma permissão negativa, como isenção da esfera de dominação, mas sim em termos de faculdade jurídica, como capacidade jurídica positivamente sancionada.¹⁴

Muito embora a noção de o crime como violação de um direito subjetivo tenha proporcionado um importante contributo em prol da elaboração de um conceito material de crime, a concepção apresentava também limitações de difícil solução. Reconhecer, para além da violação de um direito subjetivo do indivíduo, também a

¹² Ibid., p. 43.

¹³ FEUERBACH apud PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 30.

¹⁴ ANDRADE, 2004, op. cit., p. 45.

violação de um direito subjetivo do Estado como um fato criminoso, é algo não só possível, mas presente no pensamento de autores como Feuerbach – razão de ser inclusive da distinção entre crimes privados e crimes públicos – agora, admitir, na esfera das condutas violadoras de direitos subjetivos, crimes como a falsidade, atentados contra a incolumidade pública ou contra a ordem pública, era nitidamente contraditório e incongruente¹⁵. Estava-se ou diante de uma categoria de crime marcada pela ausência de violação de um direito subjetivo, ou desnaturando a própria noção de violação, ao admitir na hipótese um direito subjetivo sem sujeito. Ademais, quando alguém lesiona a integridade física de outrem ou subtrai para si bens móveis alheios, não suprime ou lesiona o direito subjetivo em questão, eis que a ofensa nada pode causar ao direito, mas, sim, apenas ao seu objeto. É o próprio objeto do direito, isto é, a vida, a honra, a integridade física, o patrimônio, e não o direito em si, que sofre a ação criminosa, que pode, enfim, ser objeto e expressar o efetivo conteúdo de desvalor da ofensa. Surgiam, portanto, aos poucos, os elementos que iriam propiciar uma nova compreensão do conteúdo material do crime, que iriam proporcionar o surgimento do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos¹⁶.

Assim, é somente em um momento posterior, a partir do artigo *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens* (1834) de Birnbaum, que se inicia a porosa história do conceito de bem jurídico¹⁷. História que, como já se deixou assinalado, longe de ser linear e dotada de uma univocidade de sentido, emprestou ao conceito os mais variados conteúdos¹⁸.

Birnbaum foi o responsável por uma primeira materialização do objeto de proteção do Direito Penal, sendo, por essa razão, muitas vezes, considerado o precursor do conceito de bem jurídico. Propôs que o Direito Penal não visasse à defesa de direitos subjetivos e sim de bens, eis que o direito subjetivo não pode ser lesionado, mantendo-se incólume, enquanto se lesiona o objeto sobre o qual o

¹⁵ Silveira acrescenta que “existiam ações que, apesar de não ofenderem tais direitos subjetivos, ainda assim, eram punidas. Caso evidente de tal situação era representado pelos crimes contra a honestidade. Grande discussão também se deu quanto às chamadas infrações policiais (*polizeivergehen*). Ainda que não lesionassem direitos subjetivos, Feuerbach entendia ser justificável uma punição, já que tais condutas colocavam em perigo a ordem e a segurança social.” (SILVEIRA, 2003, op. cit., p. 38).

¹⁶ D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009, p. 63-64.

¹⁷ ANDRADE, 2004, op. cit., p. 51.

¹⁸ FIGUEIREDO, 2008, op. cit., p. 45.

direito subjetivo recai¹⁹. Para Birnbaum, o crime deveria ser reconhecido na “lesão ou pôr-em-perigo, atribuível à vontade humana, de um bem a todos garantido igualmente pelo poder do Estado”²⁰.

Andrade ressalta que para Birnbaum a lesão do bem jurídico aponta antes para o mundo exterior e objetivo de que preferentemente relevam as coisas valoradas como bens. Antes eram os direitos que estavam no centro da discussão suscitada pelo crime, ou seja, eram principalmente os homens e as suas relações, reconhecidas pelo direito, que, como direitos, pertenciam à esfera do espírito. A partir de Birnbaum são os bens que passam a constituir o essencial. Bens que seguramente pertencem ao homem, o que não prejudica a acentuação do caráter concreto, objetivo e positivo dos mesmos²¹.

A tese de Birnbaum, como bem elucida Souza, baseia-se na idéia de “natureza das coisas” e se situa no âmbito do fático, do concreto e do real. Procura o filósofo identificar critérios materiais e definir objetivamente o que na realidade é ofendido por uma ação delitativa qualquer. Afirma Birnbaum que os comportamentos delitivos não afetam direitos senão bens, todavia, não se encontra na obra de Birnbaum nenhuma definição precisa do exato significado de “bem” como objeto da ofensa, motivo pelo qual era preciso deduzir-se tal compreensão de forma tácita²².

Encontra-se na obra de Birnbaum aquela equivocidade que constitui a marca de todo o pensamento situado em períodos de mudanças: ao mesmo tempo que antecipam e anunciam o advento das realidades novas, apresentam ainda os estigmas do ambiente em que vêm a luz do dia. Como assevera Andrade, situada

¹⁹ PASCHOAL, 2003, op. cit., p. 29. Importante frisar que “a investigação de Birnbaum é decorrente do seu estudo centrado no que consiste a ofensa nos crimes contra a honra (*Ehrenkränkung*). Aliás, a premissa da qual o autor partia, de construção do conceito naturalístico de afetação, relacionava-se com “uma pessoa ou com uma coisa que fosse considerada de nossa propriedade ou que representasse um bem, cuja disposição poderia sofrer restrições decorrentes da ação de terceiros” (BIRNBAUM apud SOUZA, Paulo Vinícius Sporlender de. *Bem jurídico penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 49).

²⁰ “dass als Verbrechen nach der Natur der Sache oder als vernunftgemäss im Staate strafbar jede dem menschlichen Willen zuzurechnende Verletzung oder Gefährdung eines durch die Staatsgewalt Allen gleichmässig zu garantierenden Gutes anzusehen sein...” (BIRNBAUM, J.op cit., [n. 152], p. 179). (D’AVILA, 2009, op. cit., [n. 154] p. 65).

²¹ ANDRADE, 2004, op. cit., p. 52.

²² SOUZA, 2004, op. cit., p. 48-49. Faz-se importante frisar que Birnbaum não chega a utilizar-se da expressão “bem jurídico”, mas sim de uma série de outras expressões de tipo descritivo, as quais se identificam com esse conceito, v.g. “*Gut, welches uns rechtlich zusteht*” (“bem que nos pertence juridicamente”) ou “*Begriff durch die Gesetze zu schützenden Guts*” (“conceito de um bem a ser definido pela lei”). Na realidade, o emprego lingüístico expresso da locução “bem jurídico” (“*Rechtsgut*”) apareceria pela primeira vez somente anos mais tarde com a publicação da primeira edição da monumental obra de Binding, como se verá adiante. (ANDRADE, 2004, op. cit., p. 52, SOUZA, 2004, op. cit., p. 49-50 e SILVEIRA, 2003, op. cit., p. 41).

em período de crise e de revisão de um sistema herdado de idéias, que entrara já em curva descendente da sua trajetória, mas em que não era ainda clara a sorte dos novos sinais que emergiam, dificilmente a obra de Birnbaum poderia furtar-se de equívocos que resultaram em juízos diversos na literatura historiográfica²³.

Assim, não faltam autores, a exemplo de Frank, Schaffstein e Sina, segundo os quais as correções formais introduzidas por Birnbaum não chegam a findar com a continuidade doutrinal e político-criminal entre a sua concepção e a tese iluminista da lesão do direito subjetivo. Por outro lado, sustentam outros autores, com destaque para Amelung, que, com a doutrina do bem jurídico, Birnbaum antecipa e consoma a ruptura com as representações jusracionalista e iluministas, assumindo claramente o novo paradigma, caracterizado pelo positivismo e pela prevalência, se não mesmo a exclusividade, da referência sistêmico-social que com Binding viria a conhecer a sua mais acabada expressão²⁴.

Notória, portanto, a ambigüidade (jusnaturalismo, positivismo)²⁵ em que estava imerso o pensamento de Birnbaum. Entretanto, isto não desmerece a importância da tese deste autor, por ter suscitado uma frutífera discussão acadêmica por parte de adeptos ou opositores dela contemporâneos. Seria desarrazoado não registrar que, a partir de Birnbaum, dá-se um grande passo rumo à consagração teórica e doutrinal da noção de bem jurídico e de um novo paradigma na concepção de crime.

Importa reter de sua obra a formulação de um novo conceito de objeto e, por isso, um novo conceito de lesão, ambos concebidos como realidade do mundo exterior²⁶, tendo a sua tese dos bens estabelecido bases sólidas para que as posteriores investigações envolvendo o objeto de tutela jurídico-penal pudessem aprimorá-la, como de fato ocorreu, especialmente com as contribuições de Binding e Liszt.

2.1.2 Concepções positivas: Binding e Liszt

²³ ANDRADE, 2004, op. cit. p. 52 e 54.

²⁴ Ibid. p. 54.

²⁵ PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002, p. 56.

²⁶ ANDRADE, 2004, op. cit., p. 55.

É sob o manto positivista que a formulação proposta por Birnbaum consagra-se e adquire contornos mais precisos quanto à sua delimitação conceitual e terminológica. Ao mesmo tempo em que há uma evolução no âmbito lingüístico da expressão bem jurídico, há também uma exacerbação de cunho normativo quanto ao seu conteúdo e, por via de consequência, uma diminuição do seu aspecto legitimante. Pode-se dizer que a ainda precária formulação positivista-moderada de Birnbaum é agora levada ao extremo por Binding.

Assumindo, portanto, posições do racionalismo herdado do Iluminismo, centrado, todavia, exclusivamente em um direito positivo livre de qualquer consideração filosófica ou metajurídica, e atravessando as portas abertas por Birnbaum, Karl Binding²⁷ afirmava que não é todo e qualquer bem que o Direito Penal pode proteger, mas apenas e tão-somente aqueles que tenham relevância jurídica, ou seja, os bens jurídicos²⁸. O delito consistia na lesão de um direito subjetivo do Estado²⁹, havendo total congruência entre a norma e o bem jurídico, sendo, a primeira, a única e definitiva fonte de revelação deste³⁰.

Binding define bem jurídico penal como:

Tudo o que não constitui em si um direito, mas, apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja, manutenção íntegra e sem perturbações ela (a comunidade jurídica) tem, segundo o seu juízo, interesse, e em cuja salvaguarda perante toda a lesão ou perigo indesejado, o legislador se empenha através das normas³¹.

²⁷ Andrade salienta que cabe a Binding quer a paternidade do próprio termo bem jurídico, quer, na conhecida afirmação de Kaufmann, o mérito de ter outorgado ao bem jurídico o direito de cidadania na dogmática jurídico-penal (Ibid., p. 64). Acresce ainda que “Foi em 1871 e 1872 que tiveram lugar, respectivamente, a publicação do Código Penal do Império (a primeira codificação germânica unificada depois da *Carolina*) e o aparecimento do primeiro volume de *Die Normen* de Binding. Aparentemente excêntricos entre si, no que à sua significatividade histórica respeita, ambos os eventos viriam a revelar-se intimamente ligados à história do bem jurídico e determinantes, cada um a seu modo, para a respectiva afirmação: já como conceito nuclear do sistema dogmático-penal; já como momento privilegiado do novo discurso político-criminal” (Ibid, p. 61).

²⁸ PASCHOAL, 2003, op. cit., p. 30.

²⁹ Segundo Rocco a teoria de Binding pode ser designada como aquela que concebe o delito como ofensa necessária e constante do direito à obediência do Estado (ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal: contribución a las teorías generales del delito y de la pena*. Trad: Gerónimo Seminara. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 100, p. 100).

³⁰ ANDRADE, 2004, op. cit., p. 67.

³¹ BINDING apud ANDRADE, 2004, op. cit. p. 65.

Binding opõe-se, assim, a qualquer concepção pré-jurídica³², sendo o próprio legislador quem cria o bem jurídico³³. É a partir de sua tese que o conteúdo do delito adquire dimensão formal, isto é, compete exclusivamente à lei definir, e, neste sentido, criar um bem jurídico penal qualquer. Assim:

Adoptando expressamente uma perspectiva intrassistemática e confessando-se adepto do mais estrito positivismo legal, Binding comete exclusivamente à lei a competência para definir – e *hoc sensu* criar – o bem jurídico e identificar as formas de agressão que reclamam a intervenção do direito penal. Ao jurista, enquanto tal, está vedada a possibilidade de sugerir o que há-de valer como bem jurídico e complementarmente como socialmente danoso. Ele tem de tomar por boa e definitiva a solução legalmente sancionada. [...] Da imposição legal não se deduz que a valoração do legislador tenha sido efectivamente correcta. Simplesmente, quem pode traçar com segurança a fronteira entre o que é juridicamente razoável e não razoável? Ao jurista só restará, assim, a resignação. [...] O jurista humilha indignamente o direito quando considera que a sua existência carece de outra justificação para além da que logra a vontade geral de regulamentação da vida comunitária, assente no reconhecimento livre da respectiva necessidade.

[...] A partir do postulado de que o direito positivo constitui a matriz e a sede de revelação do bem jurídico, Binding é levado a atribuir um relevo decisivo ao juízo do legislador na conformação dos bens jurídicos. E a considerar que o legislador só há-de proteger como bens jurídicos o que se revelar necessário à comunidade que representa. Na formulação do autor: Os bens assumem todos um valor social (*sozial-Wert*). A sua lesão terá de obedecer a uma ponderação, não apenas deste ou daquele, mas de toda a comunidade viva. É só, por isso, que eles gozam de uma tutela social (*sozial-Schutz*). Nada, pois, mais errado do que introduzir aqui uma perspectiva individualista e pretender traçar uma linha divisória rígida entre os bens do indivíduo, por um lado, e os da sociedade e do Estado, por outro. A eficácia corrosiva da lesão do bem vai muito além da esfera jurídica do indivíduo, o bem jurídico é um conceito da ciência do direito público e não do direito privado. Mesmo quando o bem constitui objeto de um direito privado, pode a norma impor a sua integridade mesmo em relação ao próprio titular. O bem jurídico é sempre bem jurídico da totalidade, por mais individual que ele possa aparentemente ser.³⁴

A concepção de que o bem passível de ser protegido pelo Direito Penal não é captado da realidade, mas sim resultado de uma eleição do legislador, acaba por permitir um arbítrio irracional. Como salienta Paschoal ao citar Malarée, no sistema criado por Binding, o indivíduo fica, perante o Estado, em uma situação de total submissão, sob o risco da arbitrariedade. Todas as fases da incriminação, desde a criação da norma, a seleção dos bens jurídicos e a execução penal estão em função

³² Paschoal assevera que “com Binding o conceito de bem jurídico abandona qualquer pretensão de legitimação material, desprezando também qualquer função orientadora e crítica, uma vez que passa a ser um conceito imanente ao sistema” (PASCHOAL, 2003, op. cit., p. 31).

³³ SOUZA, 2004, op. cit., p. 57.

³⁴ ANDRADE, 2004, op. cit. p. 65-68.

das projeções políticas do Estado; o indivíduo representa apenas o destinatário da norma e, portanto, o destinatário de uma pena essencialmente retributiva³⁵.

Entretanto, não se pode negar o mérito de Binding em ter firmado definitivamente o conceito de bem jurídico, passando pela história jurídica de forma extremamente marcante³⁶. Suas construções dogmáticas firmaram alicerces para o que seria então, e ao depois, idealizado na construção “moderna” do bem jurídico. Binding estabelece o conceito de bem jurídico como núcleo do injusto, o que, não sem razão, o coloca como fundador da verdadeira história do bem jurídico³⁷.

Posteriormente, como reação contrária ao tratamento científico formal da norma, mas ainda pautado no positivismo jurídico, origina-se a dimensão material³⁸ do conceito de injusto penal e o bem jurídico desenvolve toda sua capacidade de limite à ação legiferante com os estudos de Franz von Liszt.

Contrariamente a Binding, Liszt³⁹ ultrapassou a barreira da lei, para buscar, na sociedade, os bens passíveis de serem protegidos pelo Direito Penal, ou seja, os bens jurídicos. O bem jurídico não é criado pelo legislador, sendo sim identificado por ele no cenário social, e, posteriormente, protegido mediante a norma penal⁴⁰.

Para o positivismo sociológico de Liszt, todo o direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana, sendo essa função protetiva “a essência do direito, a idéia finalística, a força que o produz”⁴¹. A partir dessas considerações, Liszt assim define bem jurídico:

Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo, ou da coletividade. É a vida, e não o

³⁵ PASCHOAL, 2003, op. cit., p. 31.

³⁶ Concede-se à Binding a criação do caráter fragmentário do Direito Penal. Neste sentido: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho (Universidad Complutense Madrid), p. 386; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007, p. 86; PASCHOAL, 2003, op. cit., p. 32.

³⁷ SILVEIRA, 2003, op. cit., p. 43-44.

³⁸ Paschoal chama a atenção para a necessidade de se esclarecer que “a visão material que Liszt tinha acerca do bem jurídico não guardava qualquer relação com a idéia de delito material adotada pelos sistemas totalitários, como, por exemplo, o nazismo, durante o qual se prescindia da segurança formal, permitindo-se a punição de tudo o que viesse a ferir o são sentimento do povo alemão” (PASCHOAL, 2003, op. cit., p. 35).

³⁹ “Discípulo de Merkel e de Jhering, deste sofreu grande influência. Em 1882, apresenta o Programa de Marburg – A Idéia do Fim no Direito Penal, dando nova direção ao papel do Direito repressivo positivista de seu tempo. Transporta o centro de gravidade do conceito de bem jurídico, do subjetivo para o “interesse juridicamente protegido”, vendo nele o núcleo da estrutura do delito” (SILVEIRA, 2003, op. cit., p. 45).

⁴⁰ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, v. 1. p. 93-104.

⁴¹ *Ibid.*, p. 93.

direito, que produz o interesse, mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio e o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público. A necessidade origina a proteção e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos, quanto ao número e quanto ao gênero.⁴²

Percebe-se, portanto, que para Liszt a ordem jurídica não cria o interesse⁴³, pois ele vem das relações sociais. A vontade geral, que paira acima da vontade individual, toma para si a missão de estabelecer a ordem jurídica, discriminando os interesses legítimos e autorizados dos que não o são⁴⁴. A proteção conferida pelo direito eleva o interesse vital à bem jurídico, tanto que a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio, o segredo da correspondência eram interesses vitais muito antes de chegarem a estar garantidos pela Constituição ou pelas leis penais contra as intromissões arbitrárias do poder do Estado e as violações procedentes dos indivíduos.

É a realidade social que cria os interesses do homem ou da coletividade que a ordem jurídica reconhece e protege como bens jurídicos, os quais não configuram, para Liszt, *bens-do-direito*, mas antes bens do homem ou da sociedade. Central nesta concepção é a equiparação do conceito de bem jurídico ao de interesse (vital, do homem ou da coletividade). Bens jurídicos são interesses vitais, relações da vida, interesses juridicamente protegidos. Aos olhos de Liszt todo o direito existe por causa do homem, assim, o conceito de bem jurídico não aparece como uma mera categoria da dogmática penal, que esgota a sua valência e fecundidade teórica no contexto duma doutrina geral do Direito Penal, mas sim como um conceito de fronteira da lógica jurídica com uma relevância que se estende as outras sedes, nomeadamente à política criminal⁴⁵.

⁴² Ibid., p. 93-94.

⁴³ Para Liszt, “os interesses surgem das relações dos indivíduos entre si, e dos indivíduos para com o Estado e a sociedade ou vice-versa. Onde ha vida, ha força que tende a manifestar-se, affeiçoar-se e desenvolver-se livremente. Em pontos innumerados os círculos da vontade humana se tocam e se cruzam, collidem as esferas em que os homens exercem a sua acção. A essas relações corresponde o interesse de cada um á acção ou inacção de outrem, quando a acção ou inacção tem importância para a propria eficiencia. O locatário quer occupar a casa que alugou, o credor quer haver a restituição da cousa emprestada; ninguém pode tomar ou prejudicar o que ganhei pelo meu trabalho, a minha reputação é inatacável; o Estado exige o imposto e o serviço militar; o cidadão reclama a livre manifestação do seu pensamento por palavras ou por escripto. Para que não prorompa a guerra de todos contra todos, faz-se mister uma ordem ou estado de paz, a circumscripção da eficiencia de cada um, a protecção de certos interesses e a não protecção de certos outros.” (Ibid., p. 95-96).

⁴⁴ Ibid., p. 96.

⁴⁵ ANDRADE, 2004, op. cit. p. 66-67.

De fato, os esforços de Liszt em encontrar um limite material ao crime acabavam por se render, na prática, a uma abordagem formal do bem jurídico, o que o aproximava de Binding. É que, mesmo sendo inequívoco o seu empenho em encontrar um conceito material de crime, acabava por ser o legislador quem dava a palavra final sobre quais deveriam ser os bens dignos de tutela penal. Define o filósofo que

ordenando e proibindo, prescrevendo uma determinada acção ou inacção sob certas condições, as normas vêm a ser o anteparo dos bens jurídicos. A protecção, que a ordem jurídica dispensa aos interesses, é protecção segundo normas. O bem jurídico e a norma são, pois, as duas idéas fundamentaes do direito⁴⁶.

E acrescenta que

si a missão do direito é a tutela de interesses humanos, a missão especial do direito penal é a reforçada protecção de interesses, que principalmente a merecem e della precisam, por meio da cominação e da execução da pena como mal infligido ao criminoso⁴⁷.

Assim:

Advertindo e intimidando, a *cominação penal* acrescenta-se aos preceitos imperativos e proibitivos da ordem jurídica. Ao cidadão de intenções rectas, ella mostra, sob a fórmula mais expressiva, o valor que o Estado liga aos seus preceitos; aos homens dotados de sentimentos menos apurados ella põe em perspectiva, como consequencia do acto injurídico, um mal, cuja representação deve servir de contrapeso ás tendências criminosas⁴⁸.

Entretanto, não se pode negar a imprescindível contribuição de Liszt para o desenvolvimento do conceito de bem jurídico e para a contenção do arbítrio estatal.

Como ressaltado por Pelarin:

[...] a “maioria dos fundamentos atuais sobre o conceito e a importância dos bens jurídicos está construída a partir das noções de von Liszt”, mesmo com “a falta de conteúdo concreto do que considerava o interesse vital”. O valor da contribuição de Liszt “reside na inauguração de um pensamento formador de um conceito material de bem jurídico, transcendente ao sistema jurídico, única fórmula que permite a limitação do poder punitivo Estatal”. O contributo também vem do estabelecimento de uma “distinção frutífera entre bem jurídico e objeto de ataque, além de permitir a primeira visualização do bem jurídico como critério de fundamentação de uma teoria geral do direito penal”.

⁴⁶ LISZT, 2006, op. cit., p. 96.

⁴⁷ Ibid., p. 98.

⁴⁸ LISZT, 2006, loc. cit.

[...] Aliás, Liszt confia na norma como instrumento protetor pois assevera que ela é a muralha de defesa dos bens jurídicos, isto é, a razão da pena prevista na norma é dar amparo ao bem jurídico.⁴⁹

Apesar das notórias diferenças entre Liszt e Binding⁵⁰, não se pode esquecer os pontos de contato subsistentes: ambos figuraram como expoentes do positivismo no domínio das ciências penais, daí a presença da mesma exaltação dos *atos* – os fatos lógico-normológicos num caso, e os fatos sociológico-naturalísticos no outro – e conseqüente recusa frontal duma reflexão jurídica enquadrada por especulações metafísicas; ademais, tanto Binding como Liszt se propõem lograr um conceito de bem jurídico apelando para a interpretação de dois sistemas – por um lado o sistema do direito (penal e positivo), e por outro lado, o sistema do que Liszt designa ‘condições vitais da comunidade organizada em estado’ e Binding por ‘condições fáticas de uma vida comunitária sã’. Fazem-no, é certo, por perspectivas diferenciadas: para Liszt são as condições da vida que aparecem no primeiro plano e como sistema de referência, figurando o direito como ambiente; para Binding é, de certo modo, o inverso que ocorre. Desta forma, Liszt conclui que bens jurídicos são os interesses na medida do respectivo reconhecimento legal, isto é, da proteção que lhes é juridicamente assegurada. Já para Binding bens jurídicos serão as pessoas, coisas e estados, com o significado, densidade e função que o direito lhes prescreve⁵¹.

2.1.3 A concepção neokantiana e a concepção ontológica

⁴⁹ PELARIN, 2002, op. cit., p. 58-59.

⁵⁰ Como bem ressalta Souza, Liszt foi alvo de severas críticas por parte de Binding. Afirmava este último que “O legislador não pode erigir o interesse em objeto de tutela penal. Se o fizesse, rapidamente naufragaria nos escolhos deste mar dos interesses. A tarefa da ordem jurídica é a proteção do direito e dos bens jurídicos e não dos sentimentos, salvo na medida em que o sentimento seja, ele próprio, excepcionalmente encarado como um bem jurídico’ (BINDING apud ANDRADE, 2004, op. cit., p. 81). Todavia, o próprio Binding, desde a primeira edição da sua obra principal, apelou ao conceito de interesse para definir bem jurídico. Não obstante, o autor – já a partir da segunda edição do mencionado trabalho – viu-se forçado a explicar e esclarecer que a sua definição de bem jurídico estava relacionada com o juízo de valor a ser emitido pelo legislador e não com ‘um sentimentalismo no âmbito da idéia’ (vide BINDING, *Die normen*, 1. Aufl., p. 193; idem, *Die normen*, p. 353-354, 356-357).” (BINDING, apud SOUZA, 2004, p. 59). Por outro lado, Paschoal menciona que Binding também foi alvo de críticas por parte de Liszt. Em sua obra *Tratado de Direito Penal Alemão*, em nota de rodapé Liszt “chega a afastar expressamente as teorias de Binding e Feuerbach, ao deduzir que o bem jurídico não é o bem do direito como pensava Binding, mas um bem do homem que o direito reconhece e protege, sendo ainda a idéia do bem jurídico mais ampla que a do direito subjetivo de Feuerbach.” (PASCHOAL, 2003, op. cit., p. 33).

⁵¹ ANDRADE, 2004, op. cit., p. 70-71.

As formulações positivistas começaram a sofrer profundos questionamentos a partir da Revolução Burguesa. A ascensão de uma nova classe social pôs em xeque diversas verdades tidas, até então, como absolutas⁵². Iniciou-se uma revalorização da leitura dos ideais Iluministas, uma escalada que vem a retomar o relativismo do pensamento de Kant, a qual se denominou neokantismo.

Assim, a partir do século XX, aparecem as orientações espiritualistas que, influenciadas pela filosofia neokantiana⁵³, desenvolvem na área penal a concepção metodológica ou teleológica-metodológica de bem jurídico⁵⁴. Como salienta Dias:

Reagindo decididamente contra a compreensão legalista e positivista do direito, e acentuando nele a vertente teleológica imposta pela especificidade do mundo jurídico como entreposto entre os mundos do ser e do dever-ser e, por isso, como entidade referencial da realidade a específicos valores jurídicos, esta concepção faz dos bens jurídicos meras fórmulas interpretativas dos tipos legais de crimes, capazes de resumir compreensivamente o seu conteúdo e de exprimir “o sentido e o fim dos preceitos penais singulares (Honing), meras “abreviaturas do pensamento teleológico” que os penetra (Grünhnt), em suma, expressões da *ratio legis* que lhes preside (Schwinge)⁵⁵.

Para tais teorias, o bem jurídico vem a ser “um valor, abstrato, de cunho ético-social, tutelado pelo tipo legal: ‘valor ideal da ordem social juridicamente protegido’”⁵⁶. O bem jurídico passa a ser entendido como um valor cultural, sendo que:

[...] sua característica básica é, pois, a referência do delito do mundo ao ‘valorativo’, em vez de situá-lo diretamente no terreno do ‘social’. Procura-se vinculá-lo à *ratio legis* da norma jurídica – no sentido teleológico de cada tipo penal – o que acaba por convertê-lo em um simples método interpretativo⁵⁷.

⁵² SILVEIRA, 2003, op. cit., p. 46.

⁵³ O neokantismo “fundamentou o conceito de ciência do espírito no método e não no objeto, como o historicismo, dando lugar a uma filosofia axiológica. O neokantismo engendra duas escolas: a Escola de Marburgo (Cohen, Notarp, Satmmler) e a Escola Subocidental alemã ou de Baden (Windelband, Rickert, Lask, Radbruch)” (PRADO, 2003, op. cit., p. 37, nota 30). Interessante acrescentar, a esteira de Tavares, que “con el neokantismo se inauguró, pues, otra fase de evolución política, donde la medida individual cede lugar a posiciones o situaciones preferenciales. Se elimina definitivamente el sujeto y se trabaja con la noción de totalidad, proveniente de un puro juicio normativo, aparentemente neutro, pero en general de perfil autoritario, que obtiene su coronación con la definitiva sustitución de la noción material de bien, por la noción de valor, pero no de un valor individual, sino de un hipotético valor cultural, que nace y vive en los imperativos y prohibiciones de la norma” (TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función em Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 26).

⁵⁴ PRADO, 2003, op. cit., p. 37.

⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 64.

⁵⁶ Ibid., p. 64.

⁵⁷ PRADO, 2003, op. cit., p. 37-38.

Daí que o bem jurídico só estava ligado à interpretação da norma. Ele era deduzido da *ratio legis*. Não havia qualquer investigação anterior para se conhecer o que a norma queria absorver.

A publicação da obra de R. Honig sobre o consentimento do ofendido em 1919 foi o principal marco desta época, iniciando uma nova etapa na história da doutrina do bem jurídico, evidenciando o clima normativista, radicalizador da interpretação legal. Assim:

Pela formulação de Honing o bem jurídico é o “fim reconhecido pelo legislador nas prescrições penais na sua formulação mais breve”, como uma síntese categoria com a qual o pensamento jurídico tenta captar o sentido e o fim das singulares prescrições penais.” Desse modo, enquanto síntese, o “objeto da tutela é apenas o produto da reflexão especificamente jurídica”, o que resulta na conclusão que “os objetos da tutela não existem como tais, só ganham vida no momento em que nós consideramos os valores da comunidade como objeto do escopo das disposições penais”.⁵⁸

É a norma, portanto, que diz qual é o bem jurídico tutelado. Não há qualquer investigação precedente para se saber o que a norma quis absorver.

Certas críticas podem ser direcionadas a esta concepção. “Como a própria designação já diz, a concepção não passa de exercício de lógica-jurídica, que, por sua vez, não guarda absoluta correspondência com a realidade”⁵⁹. Com ela, na verdade, o conceito, ao se tornar intra-sistemático, perde completamente a ligação a qualquer teleologia político-criminal e deixa de poder ser visto como padrão crítico de aferição da legitimidade da criminalização; perde, portanto, todo o seu interesse para a determinação do conceito material de crime. A atribuição ao bem jurídico de uma função puramente hermenêutica significaria sempre, deste modo, o seu esvaziamento de conteúdo e a sua transformação num conceito legal-formal que nada adianta face à fórmula da interpretação teleológica da norma⁶⁰.

O bem jurídico abandonava seu conteúdo material ao ser apreendido como mera expressão da *ratio legis*, transformando-se num conceito apto a receber qualquer conteúdo. Como leciona Figueiredo:

Se essa compreensão teve o mérito inegável de chamar a atenção para as vantagens da interpretação teleológica e o conseqüente significado para a

⁵⁸ PELARIN, 2002, op. cit., p. 79.

⁵⁹ Ibid., p. 80.

⁶⁰ DIAS, 1999, op. cit., p. 64.

interpretação dos tipos penais, teve o desmérito de afastar-se, por completo, daquela vertente crítica e trans-sistemática, adiantada por Liszt⁶¹.

O conceito de bem jurídico perde, portanto, a função de padrão crítico tanto do direito constituído como das normas a constituir.

Em um cenário semelhante, surge a concepção ontológica de Hans Welzel, na qual o bem jurídico conserva seu sentido de objeto de proteção da norma, tal como no neokantismo, mas vê o seu conteúdo substituído pelos chamados valores ético-sociais. Welzel desenvolve uma teoria segundo a qual a missão do Direito Penal é proteger os valores elementares da vida em comunidade, de caráter ético-social, e só por inclusão a proteção dos bens jurídicos particulares. Estes valores elementares originam-se na consciência jurídica existente, formando o substrato ético-social positivo das normas jurídico-penais, cuja incumbência reside, portanto, na garantia do respeito a tais valores⁶².

Para chegar a esta posição, Welzel afirma que toda ação humana, para o bem ou para o mal, está sujeita a dois aspectos valorativos diferentes: pode ser valorada de acordo com o seu resultado (valor de resultado ou material), ou segundo o sentido da atividade como tal (valor do ato). Estas duas formas de valor são importantes ao Direito Penal, o qual pretende proteger bens vitais à comunidade (valores materiais), como, por exemplo, a integridade do Estado, a vida, a propriedade, etc. (os chamados bens jurídicos⁶³), daí impor conseqüências jurídicas à lesão destes bens (ao desvalor do resultado). Esta proteção dos bens jurídicos se dá com a proibição e punição das ações dirigidas a lesionar tais bens. Logo, impede-se o desvalor do resultado mediante a punição do desvalor do ato. Estes valores do atuar conforme o Direito, arraigados na consciência jurídica, constituem o conteúdo

⁶¹ FIGUEIREDO, 2008, op. cit., p. 60.

⁶² WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 1-7.

⁶³ Ao conceituar o bem jurídico, Welzel afirma que “bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente. De acuerdo al substrato puede aparecer en las más diferentes formas: como objeto psicofísico o espiritual-ideal (por ejemplo, aquél, la vida – este, el honor), o como estado real (p. ej., la tranquilidad del hogar), o como relación vital (p. ej., el matrimonio o el parentesco), o como relación jurídica (p. ej., la propiedad, el derecho de caza), o aun como conducta de un tercero (p. ej., el deber de fidelidad del empleado público, bien jurídico protegido contra el soborno). Luego, *bien jurídico es todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones*. La suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino el orden social, y, por eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación a el mismo, sino solo en conexión con todo el orden social.” (Ibid., p. 5).

ético-social positivo das normas jurídico-penais. A missão central do Direito Penal reside, pois, em assegurar a vigência inquebrantável destes valores⁶⁴.

Assim, acrescenta Welzel, a missão primeira do Direito Penal não é a proteção dos bens jurídicos, isto é, a proteção do indivíduo, da propriedade, etc, pois, quando o Direito Penal entra efetivamente em ação, já é demasiadamente tarde. Mas sim a de assegurar a real vigência (observância) dos valores do ato da consciência jurídica, eis que estes constituem o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade. A mera proteção de bens jurídicos tem só um fim preventivo, de caráter policial e negativo. Ao contrário, a missão mais profunda do Direito Penal é de natureza ético-social e de caráter positivo. Ao proscrever e castigar a inobservância efetiva dos valores fundamentais da consciência jurídica revela, de forma mais concludente, a disposição do Estado, a vigência inquebrantável destes valores positivos do ato, dá forma ao juízo ético-social dos cidadãos e fortalece sua consciência de permanente fidelidade jurídica. Só assegurando os elementares valores sociais de ação se pode lograr uma proteção dos bens jurídicos realmente duradoura e eficaz. Mediante esta ampla função ético-social do Direito Penal, garante-se de modo mais profundo e enérgico a proteção de bens jurídicos. Os valores do ato, como a fidelidade, a obediência, o respeito pela pessoa, etc., são de maior alento e de visão mais ampla que a mera proteção de bens. Eles não miram o presente ou o amanhã, senão o permanente⁶⁵.

Percebe-se que Welzel trata a questão do bem jurídico de modo secundário, como um desdobramento ora naturalístico, ora normativo dos valores ético-sociais. É que sendo imanente à consciência de cada pessoa a obediência a um dever geral de respeito a esses valores ético-sociais, a proteção jurídica se confunde com a proteção moral, não havendo necessidade de identificar os dados materiais do objeto de proteção, veiculados como bens jurídicos. Com tal postura, a noção de bem jurídico perde substancialidade. A proteção de valores ético-sociais nada mais é do que a incriminação da anti-sociabilidade, daí não ser incoerente que seus adeptos venham a conceituar o bem jurídico como um estado social, ou seja, uma determinada ordem, que se impõe como bem vital do indivíduo e da comunidade. O ontologismo imprime ao Direito Penal um conteúdo programático de orientação de condutas e deixa de concebê-lo dentro de suas limitações e garantias. Ao lado da

⁶⁴ Ibid., 1-2.

⁶⁵ Ibid., p. 3-4.

instabilidade do processo de descobrimento desses valores ético-sociais, não muito claramente definidos, o Direito Penal pode ser usado, conforme o destino político que se dê à incriminação, como instrumento ideológico dos mais perigosos⁶⁶.

Enfim, sem desmerecer o significado dos abstratos e genéricos valores ético-sociais, é preciso operar uma maior limitação à intervenção punitiva. Parece mais conveniente estipular que somente bens jurídicos constituem o primeiro e concreto objeto de tutela penal, sem prejuízo de que para a determinação de tal categoria doutrinária resulte imprescindível uma concordância com as exigências ético-sociais elementares vigentes em dada sociedade, pois ao Direito Penal deve incumbir exclusivamente a proteção de bens jurídicos, não a moralização de seus cidadãos nem a melhora ética da sociedade, que interessa a outras instâncias⁶⁷.

2.1.4 Teorias sociológicas

O perpassar evolutivo da noção de bem jurídico continua com grande número de contribuições das mais variadas facetas. Após a Segunda Grande Guerra, em que a repercussão nazista maculou o Direito Penal com a Escola de Kiel⁶⁸, nota-se uma revalorização do conceito de bem jurídico. Procurando-se determinar os limites do *ius puniendi* estatal, inicia-se novo intento para a construção do conceito de bem

⁶⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed.rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 193-194.

⁶⁷ SOUZA, 2004, op. cit., p. 102.

⁶⁸ A Escola de Kiel (que culmina por dar sustentação teórica ao regime nacional-socialista na Alemanha dos anos 30) refutou, num primeiro momento, o dogma do bem jurídico por ser incompatível com as diretrizes do Estado totalitário, para admiti-lo posteriormente, quando perdeu sua identidade e não passava de instrumento inócuo (PRADO, 2003, op. cit., p. 39). Essa Escola, representada principalmente por F. Schaffstein e G. Dahm, sustentou o chamado Direito Penal da vontade e Direito Penal do autor, e reconheceu a lesão do dever como conteúdo material do injusto. Para tais autores, “o principal era o povo, entendido como totalidade real: sangue, solo, gerações passadas, presentes e futuras. Por isso, não se podia separar ‘realidade e valor’, como faziam os liberais, positivistas e neokantianos. Sendo o Direito ordenamento da vida do povo, o espírito do povo é a fonte do Direito. O Estado constituía o intérprete desse ‘espírito do povo’. Nessa ordem de coisas, o indivíduo deve fidelidade ao povo, portanto o delito não constituiu uma lesão do bem jurídico, senão uma de um dever. Por estes fundamentos, qualificaram o bem jurídico como um ‘conceito inútil’. [...] a adoção de uma postura onde a lesão de um dever constitua o centro da construção do injusto apaga todo o caráter garantista, pois o que interessa é somente o social, e não o indivíduo. No caso da proposição da Escola de Kiel isso se evidencia ainda mais, pois a representação social se traduz no Estado, que constitui o intérprete do espírito do povo, sendo o chefe de Estado quem dirige tal interpretação. Como consequência, não existem mais limites à intervenção do Estado no Direito Penal do que a simples vontade do ditador.” (BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 46).

jurídico, o que culminou no aparecimento das concepções modernas, principalmente as sociológicas e as constitucionais.

Foi, portanto, nesse contexto, que autores da sorte de Amelung e Hassemer vislumbraram a edificação de uma noção de bem jurídico que servisse de parâmetro ao legislador⁶⁹.

Amelung ensaia a tentativa de basear o conceito material de crime – e por aí o conceito de bem jurídico, que nessa direção seria reconvertido – imediatamente na noção de dano social. Essencial para a determinação da ordem dos bens jurídicos seria, deste modo, a disfuncionalidade sistêmica dos comportamentos a que se deveria obstar pela utilização das sanções criminais⁷⁰.

Consoante apontamentos de Andrade, Amelung ataca frontalmente a teoria do bem jurídico como conteúdo material da norma, acusando-a de ter vindo abrir a porta a um Direito Penal irracional e restauracionista, à margem de todo controle sociológico⁷¹. Assim, o crime, bem como o bem jurídico, passam a estar ligados a uma teoria da danosidade social. Para Amelung:

Socialmente danoso é, neste sentido, uma manifestação de disfuncionalidade, um fenómeno social que impede ou dificulta a superação pelo sistema social dos problemas da sua sobrevivência e manutenção. Tais fenómenos sociais podem revestir as formas mais diversificadas [...]. O crime é apenas uma forma especial dos fenómenos disfuncionais e, em geral, raramente o mais perigoso. O crime é disfuncional enquanto violação de uma norma institucionalizada (*deviance*), indispensável para a solução dos problemas de subsistência da sociedade [...]. O seu perigo reside fundamentalmente no facto de impedir a solução dos problemas do sistema, já que põe em questão a vigência de normas que podem contribuir de alguma forma para esta tarefa. A função do direito penal, como mecanismo de controle social é, assim, a de contrariar o crime⁷².

Diante do estudo da teoria da danosidade social de Amelung, Andrade acrescenta que:

Ao contrário do que se poderia esperar, Amelung não se propõe substituir pura e simplesmente o princípio do bem jurídico pelo dogma da danosidade social. Tratando-se, segundo o autor, de conceitos distintos, correspondentes a interesses cognitivos diferenciados, desempenhando no contexto da dogmática jurídico-penal funções diversificadas, se bem que complementares entre si. A danosidade e o bem jurídico respondem a questões diferentes que se prendem, respectivamente, com a *função* e o *objetivo* da norma.

⁶⁹ SILVEIRA, 2003, op. cit., p. 48 e PRADO, 2003, op. cit., p. 39.

⁷⁰ DIAS, 1999, op. cit., p. 66.

⁷¹ ANDRADE, 2004, op. cit. p. 96.

⁷² Ibid., p. 97.

[...] Nestes termos, o bem jurídico representa para Amelung um entreposto necessário à operatividade do princípio de danosidade social e, simultaneamente, a instância de intervenção do legislador, conformadora do sentido definitivo da tutela a prosseguir com a norma penal. O dogma do bem jurídico possui todas as vantagens de uma investigação compreensiva das representações de um legislador que actua finalisticamente; pelo contrário, a investigação das funções sociais de uma norma detém todas as vantagens da análise sociológica do seu significado objectivo no sistema social da sociedade⁷³.

Para Hassemer, imprescindível é a confirmação de uma danosidade social para a legitimação da intervenção punitiva por parte do Estado. Acrescenta o teórico que os bens não são produto de processos naturais, senão de acordos sociais baseados na experiência. Gráficamente se pode dizer que os bens não existem, a não ser que sejam produzidos. Mesmo que os bens e interesses estejam ao alcance das pessoas e, portanto, pode-se dizer que são de certo modo autônomos, o Direito Penal terá necessariamente, para protegê-los, que submetê-los a um processo constitutivo no qual, desde o ponto de vista do merecimento da pena, analisará sua aptidão para ser protegido penalmente. O legislador, a quando da criação da lei penal, atua dentro de sua margem de autonomia, “configurando” os bens jurídicos, e não simplesmente “sacando-os” da realidade social, perfazendo assim uma função política. Por fim, define o conceito de bem jurídico de um modo genérico como interesse humano necessitado de proteção jurídico-penal⁷⁴.

2.1.5 Teorias constitucionais

⁷³ Ibid., p. 100-101.

⁷⁴ “Los bienes no son producto de procesos naturales, sino del acuerdo social basado en la experiencia. Valores tales como el matrimonio monogámico, la propiedad, la libertad, el honor o la salud no sólo son relativos, tanto desde el punto de vista histórico, como geográfico, sino también desde el punto de vista económico y cultura. Gráficamente se puede decir que los ‘bienes no existen, sino que son producidos’. [...] Incluso aunque los bienes e intereses estuvieran al alcance de las personas y, por tanto, se pudiera decir que son en cierto modo autónomos, el Derecho penal tendría necesariamente, para protegerlos, que someterlos a un proceso constitutivo en el que, desde el punto de vista del merecimiento de pena, analizaría primero su aptitud para ser protegidos penalmente y luego su posible modificación para ser objeto de protección. El legislador a la hora de crear una ley penal actúa, dentro de su margen de autonomía, ‘configurando’ los bienes jurídicos, no simplemente ‘sacándolos’ de la realidad social y reflejándolos, y en esa actuación lleva a cabo una función política y no simplemente demoscópica o estadística [...] Definir el concepto de bien jurídico de un modo genérico como “interés humano necesitado de protección jurídicopenal”. (HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989, p. 111-112).

A ânsia em procurar fortalecer o conteúdo do objeto de tutela penal fez surgir teorias segundo as quais é a Constituição que reflete tais objetos, ou seja, tendo-se em vista o fato de a Constituição ser o documento que alberga os valores mais caros para uma dada sociedade, é nela que o legislador deverá se pautar quando da escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal⁷⁵.

Percebe-se, portanto, que as teorias constitucionais do bem jurídico procuram formular critérios capazes de limitar o legislador ordinário no momento de criar o ilícito penal. O bem jurídico protegido pelo Direito Penal deve ter, ao menos indiretamente, respaldo constitucional, sob pena de não possuir dignidade. É inconcebível que o Direito Penal outorgue proteção a bens que não são amparados constitucionalmente, ou que colidam com os valores albergados pela Carta, já que é nela que são inscritos os valores da sociedade que a produz⁷⁶.

A norma constitucional é portadora de inúmeros valores materiais⁷⁷ que, via de regra, são aqueles comungados pela sociedade que a instituiu, e ao legislador infraconstitucional não é dada a prerrogativa de descumprir ou mesmo ignorar tal quadro de valores constitucionais⁷⁸.

Segundo Paschoal, as teorias constitucionais também se fundamentam no fato de o Direito Penal atingir, direta ou indiretamente, a liberdade individual, que tem cariz constitucional⁷⁹, sendo coerente pretender que o bem, cuja lesão poderia

⁷⁵ PASCHOAL, 2003, op. cit., p. 49.

⁷⁶ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

⁷⁷ Segundo Rioto: “Na atualidade, os mais consagrados autores de Direito Penal buscam na Constituição os fundamentos de validade e limites de intervenção do Direito Penal, na medida em que é essa que exprime o tipo de Estado e seus fins e, conseqüentemente, limita também os fins da tutela penal. [...] Pois um conceito de bem jurídico assim elaborado daria ao legislador um critério material obrigatório, como também uma diretriz obrigatória para a interpretação e crítica das normas penais existentes. Tais decisões valorativas prévias e obrigatórias para a legislação penal não podem deduzir-se de uma norma de um direito natural suprapositivo, como na época do Iluminismo, nem tampouco das relações sociais preexistentes, como quis Von Lizst. Tais decisões valorativas somente podem estar contidas na Constituição.” (RIOTO, Marina Engracia de Moraes. Desproporção das penas em abstrato e bens jurídicos. In: BORGES, Paulo César Corrêa (coord.). *O Princípio da igualdade na perspectiva penal*. São Paulo: Ed. da UNESP, 2007, p. 114-115).

⁷⁸ BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 43.

⁷⁹ Neste sentido, D’Avila acresce que “se toda incriminação resulta em uma forte limitação à liberdade de agir – a tipificação pode ser vista como um processo de ponderação de bens, no qual a liberdade cede em prol da tutela de um outro valor como a vida, no homicídio; o patrimônio, no furto, etc. -, essa limitação, de modo a respeitar a condição de direito constitucional fundamental do bem jurídico liberdade, deve atender a pressupostos mínimos, entre eles, a tutela exclusiva de valores dotados de nível constitucional – isto é, de valores que se encontram em uma relação de harmonia com a ordem axiológica jurídico-constitucional – e detentores de um tal conteúdo axiológico, que justifique a forte restrição à liberdade ocasionada pela incriminação. Logo, uma restrição que se faz possível somente quando indispensável para a tutela de particulares bens jurídicos, de bens jurídicos providos de uma significativa e suficiente consistência axiológica, enfim, de bens dotados de dignidade jurídico-penal. Ou, de forma ainda mais clara: a liberdade, enquanto valor constitucional fundamental, somente pode

ensejar a máxima intervenção estatal, possua, igualmente, natureza constitucional. Se a liberdade é um bem constitucional relevante, o bem cujo ferimento pode ensejar a privação da liberdade, necessariamente, há de ter relevância constitucional, ou, como se vem asseverando pela doutrina, o bem há de merecer tutela penal ou ser digno dela⁸⁰.

Com efeito, as teorias constitucionais diferenciam-se das demais na medida em que buscam maior limitação do leque de bens passíveis de serem protegidos pelo Direito Penal⁸¹. Se antes o legislador estava diretamente limitado pelos valores sociais, agora seus limites são os valores sociais reconhecidos na ordem constitucional.

Prado apresenta uma divisão bipartida das teorias constitucionais: teorias constitucionais amplas ou de caráter geral e teorias constitucionais estritas⁸², acrescentando que a divergência entre elas é tão-somente quanto à maneira de vinculação à norma constitucional⁸³.

A teoria constitucional ampla do objeto de tutela penal parte da premissa de que não se exige uma correspondência exata entre bem jurídico penal e Constituição, mas sim uma adaptação interpretativa genérica entre ambos⁸⁴. Faz-se referência ao texto maior de modo genérico, amplo, com remissão à forma de Estado constitucionalmente estabelecida, aos princípios que inspiram a norma fundamental e com base nos quais se constrói o sistema punitivo⁸⁵. Prado⁸⁶ agrega a

ser restringida quando o seu exercício implicar a ofensa de outro bem em harmonia com a ordem axiológico-constitucional. Meros interesses administrativos insuscetíveis de configurar um bem jurídico-penal estariam, de pronto, e por estas mesmas razões, totalmente excluídos da possibilidade de constituir substrato suficiente para o surgimento de uma qualquer incriminação.” (D’AVILA, 2009, op. cit., p. 53-54).

⁸⁰ PASCHOAL, 2003, op. cit., p. 50.

⁸¹ “As teorias constitucionais a respeito do bem jurídico, de uma forma mais adequada às concepções de Estado Democrático de Direito, não obstante constituírem uma garantia de assegurar orientações mais “seguras” na eleição de bens jurídicos, isto quer dizer, manterem sob uma ótica formalista legal, decorrente de norma legislativa máxima de um Estado, os principados orientadores da repressão penal, também possibilitam que os limites ao próprio Direito Penal, quanto à sua interferência nos conflitos sociais, estejam alinhados aos interesses deste modelo de sistema jurídico” (PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais: Tipo, Tipicidade e Bem jurídico Universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 85).

⁸² Seguindo esta divisão estão os trabalhos de SOUZA, 2004, op. cit., p. 84-93, PELARIN, 2002, op. cit., p. 130-142, FIGUEIREDO, 2008, op. cit., p. 71-87, BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 43-50 e RIOTO, 2007, op. cit., p. 110-116).

⁸³ PRADO, 2003, op. cit., p. 62-63.

⁸⁴ SOUZA, 2004, op. cit., p. 89.

⁸⁵ BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 44.

⁸⁶ PRADO, 2003, op. cit., p. 63.

esta Teoria as concepções de W. Sax, M. Marx, D. Pulitanó, G. Fiandaca, C. Roxin⁸⁷ e H.J. Rudolphi.

De outra banda, as teorias constitucionais estritas orientam-se firmemente pelo texto constitucional, em nível de prescrições específicas (explícitas ou não), a partir das quais se encontram os objetos de tutela e a forma pela qual deve se revestir, circunscrevendo dentro de margens mais precisas as atividades do legislador infraconstitucional⁸⁸. Afirmam existir uma estreita conexão entre os valores relacionados na Lei Fundamental e a teoria do bem jurídico penal resultando que todos os bens jurídico-penais devem necessariamente ser extraídos e estar em consonância com os valores garantidos expressa ou implicitamente no texto constitucional, significando a Constituição, desta maneira, uma espécie de “carta-catálogo” e ao mesmo tempo fonte soberana dos objetos de tutela jurídico-penais⁸⁹. Somente os bens jurídicos de relevância constitucional podem ser objeto de tutela penal e não simplesmente os não incompatíveis com a Constituição. Esta teoria é representada, conforme indicações de Prado⁹⁰, por F. Bricola⁹¹, E. Musco, F. Angioni, J.J. Gonzales Rus e E. Gregori.

Ao discorrer sobre o tema, Prado posiciona-se afirmando que:

[...] a noção de bem jurídico emerge dentro de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor uma certa e necessária direção restrita ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal. A tarefa legislativa há de estar sempre que possível vinculada a determinados

⁸⁷ “El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: **los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema**. Esta definición, al atender a “circunstancias dadas y finalidades” en vez de a “intereses” de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa.” (ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Trad: Diego Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz; García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1999, p. 55-56. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito).

⁸⁸ PRADO, 2003, op. cit., p. 65.

⁸⁹ SOUZA, 2004, op. cit., p. 84-85.

⁹⁰ PRADO, 2003, op. cit., p. 65.

⁹¹ Bricola deduz que a pena só pode ser adotada na “violação de um bem” de igual “valor” ou que “seja ao menos dotado de relevância constitucional”. Assim, o delito seria um “fato lesivo de um valor constitucional”, cuja graduação da pena levaria em conta como principal parâmetro a “relevância” do bem afetado no “interior do sistema constitucional”, o que induz o reconhecimento duma organização “escala hierárquica” de valores constitucionais, bem como a utilização, neste caso, do “princípio da proporcionalidade” no Direito Penal.” (PELARIN, 2002, op. cit., p. 139).

critérios reitores positivados na Lei Maior que operam como marco de referência geral ou de previsão específica – expressa ou implícita – de bens jurídicos e a forma de sua garantia. [...] O legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo Direito Penal como ante o Direito Penal. [...] Os bens dignos ou merecedores de tutela penal são, em princípio, os de indicação constitucional específica e aqueles que se encontrem em harmonia com a noção de Estado de Direito democrático, ressalvada a liberdade seletiva do legislador quanto à necessidade.⁹²

Souza adota uma posição que define como “Teoria Constitucional Eclética ou Mista”, por entender que a relação entre as teorias constitucionais do objeto de tutela não é de antagonismo ou contraposição, mas sim de complementariedade. Assim, acresce que:

[...] a ordem constitucional constitui o quadro obrigatório de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulativo da atividade punitiva do Estado. [...] sendo a norma fundamental dotada de um amplo elenco de princípios reitores ligados não só aos direitos, liberdades e garantias, mas também aos direitos econômicos-sociais e culturais, poderíamos dizer que “ela delimita o campo de jogo” da atividade legislativa punitiva interessada em dirimir a contenda sobre os comportamentos que atentam contra os pressupostos essenciais da convivência, mas “o regulamento do jogo” reside nas mãos da legislação ordinária. A referência a Constituição não deve consistir num abstrato catálogo de bens tuteláveis, mas num modelo articulado e flexível em que a escolha de proteção jurídica por parte do legislador não se resume aos meios jurídico-penais. Some-se, por fim, que nem todos os valores consagrados constitucionalmente são dignos de tutela penal, bem como existem outros princípios político-criminais legislativo-dogmáticos, além da eventual dignidade de tutela penal, que devem ser observados pelo legislador quando da intervenção punitiva.⁹³

Bianchini, por sua vez, informa que:

A existência de valores com relevo constitucional não faz pressupor a imposição de tutelá-los penalmente. Esta escolha fica a cargo do legislador penal, significando dizer que não está obrigado a proteger, penalmente, todos estes bens ou valores constitucionais. Tal entendimento decorre do princípio da subsidiariedade do direito penal. [...] não se pode, em absoluto, dispensar o legislador infraconstitucional de acompanhar as mudanças e evoluções sociais, a fim de estar sempre se atualizando em sua tarefa de selecionar os bens-valores que representem elevado grau de importância aos indivíduos em sociedade, ainda que a Norma Fundamental os tenha olvidado. Permanece, entretanto, submetido, o legislador, às limitações, tanto de cunho formal como material, deduzidas da estrutura do Estado e dos princípios e valores (explícitos ou não) depositados no documento constitucional. Francisco Javier Alvarez Garcia critica a teoria restritiva, dizendo que “limitar a tutela penal a bens constitucionalmente reconhecidos não é oportuna para o ordenamento em seu conjunto, já que se há de ter

⁹² PRADO, 2003, op. cit., p. 90-95.

⁹³ SOUZA, 2004, op. cit., p. 92-93.

em conta que as constituições envelhecem, não resultando estranho que surjam novas exigências de tutela que nem sequer eram previsíveis no momento da elaboração do texto constitucional” (1991, p. 33). A fim de evitar este descompasso, apregoa, o autor, a utilização de uma interpretação evolutiva, por meio da qual se possa adaptar o conteúdo da Carta às crescentes demandas sociais⁹⁴.

Ainda no que concerne às vertentes das teorias constitucionais, Paschoal⁹⁵ apresenta a Constituição como limites negativo e positivo ao Direito Penal.

Para os autores⁹⁶ da limitação negativa, toda criminalização que não despreze frontalmente o texto constitucional será admitida, ainda que o valor (ou bem) tutelado não esteja albergado na Constituição. Assim, o Estado pode tipificar condutas atentatórias a valores que não tenham sido reconhecidos pela Constituição, desde que tal criminalização não fira os valores constitucionais⁹⁷.

Já para os partidários da limitação positiva⁹⁸, o legislador ordinário só pode utilizar a tutela penal para proteger bens reconhecidos pela Constituição como caros a uma determinada sociedade. Em outras palavras, para a máxima intervenção estatal ser admissível não basta que a lei penal não entre em conflito com a Constituição, devendo, necessariamente, recair sobre condutas que firam os valores de relevância constitucional.

Dentro desta concepção podem ser identificadas ainda duas subdivisões, quais sejam: a do Direito Penal enquanto potencial espelho do texto constitucional e a do Direito Penal enquanto instrumento de tutela de direitos fundamentais⁹⁹.

Leciona Paschoal que para a primeira¹⁰⁰, todo e qualquer bem ou valor alçado ao nível constitucional pode ser objeto de proteção penal, independentemente de sua natureza ou lugar que ocupe na escala de valores constitucionais. Assim, independentemente da relevância de um determinado valor dentro da ordem constitucional, para os adeptos da teoria do espelho, a conduta ofensiva a referido

⁹⁴ BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 48-49.

⁹⁵ PASCHOAL, 2003, op. cit., p. 55-67.

⁹⁶ Paschoal aponta como partidários desta teoria Ferrando Mantovani, Pietro Nuvolone, Marcello Gallo, Carmem Giraldi, Antonio Pagliaro, Giordio Marinucci, José Luiz Diez Ripolles e Nilo Batista (Ibid., p. 57-58). Este último afirma que “O bem jurídico não pode formalmente opor-se à disciplina que o texto constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo (um aspecto valorado negativamente pela Constituição não pode ser erigido bem jurídico pelo legislador).” (BATISTA, 2007, op. cit., p. 96).

⁹⁷ PASCHOAL, 2003, op. cit., p. 55.

⁹⁸ A exemplo de Bricola (partidário da teoria do espelho) e Dias (partidário da teoria estrita), entre tantos outros.

⁹⁹ PASCHOAL, 2003, op. cit., p. 59-67.

¹⁰⁰ São apontados como partidários da teoria do espelho Franco Bricola, Antonio Fiorella, Medina Guerrero, Carbonell Mateu, Paulo Ferreira da Cunha e Sérgio Salomão Shecaria (Ibid., p. 61-63).

bem pode ser criminalizada. Prossegue afirmando que, consoante tal teoria, poder-se-ia criminalizar o adultério, já que a Constituição elege a família como núcleo da sociedade (art. 226, CF), ou criminalizar a conduta de exigir que um empregado trabalhe mais que oito horas por dia, com fulcro na vedação indicada no art. 6º, XIII. Entretanto, frisa a autora que os adeptos desta teoria defendem que o reconhecimento constitucional do bem como sendo caro à sociedade não é suficiente para ensejar a criminalização, fazendo-se mister ainda verificar a necessidade da tutela, sendo justamente em função disso que se fala em um potencial espelho, e não em espelho pura e simplesmente¹⁰¹.

Já os defensores¹⁰² da corrente que vê o Direito Penal como instrumento de tutela a direitos fundamentais informam que não basta estar albergado pela ordem constitucional para que um determinado bem seja digno de tutela penal, fazendo-se necessário que o bem a ser penalmente protegido tenha natureza de direito fundamental, visto que o bem que será violado com a intervenção punitiva (a liberdade) tem esta natureza¹⁰³.

Entretanto, embora se reconheça que as teorias positivas, e, principalmente a que limita a tutela penal aos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, restringem ainda mais o poder legiferante, entende-se que a Constituição não deve figurar como um catálogo fechado ao legislador ordinário, mas sim como o ponto de partida, a referência obrigatória, o critério de legitimação. O legislador não pode criminalizar condutas permitidas constitucionalmente ou legislar de forma contrária aos valores da Carta Magna, como a forma de Estado e os princípios constitucionais.

Neste sentido, Greco comenta que ao atuar como limite negativo ao Direito Penal, em vez de apontar quais os bens merecem a tutela penal, pode a Constituição proibir a incriminação de determinadas condutas. Serve como limite ao *ius puniendi* do Estado. É uma barreira intransponível ao legislador, cabendo ao

¹⁰¹ Ibid., p. 60-63.

¹⁰² Entre seus partidários: Gómez de La Torre, Arroyo Zapatero, Barbosa Castillo e Jorge de Figueredo Dias (Ibid., p. 64). Este último afirma que a ordem jurídico-constitucional constitui o quadro obrigatório de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulativo da atividade punitiva do Estado. “É nesta acepção, e só nela, que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais” (DIAS, 1999, op. cit., p. 67).

¹⁰³ Paschoal filia-se a esta teoria por entender ser a mais adequada e coerente para a limitação do *ius puniendi*. (PASCHOAL, 2003, op. cit., p. 63-64).

Poder Judiciário o controle de diplomas legais que ofendam as proibições de incriminação contidas no texto de nossa norma fundamental. Acrescenta que bens existem que podem não ter sido contemplados em sede constitucional, mas que também gozam da importância exigida pelo Direito Penal. A sociedade é mutante. Valores até então desconhecidos tornam-se fundamentais. Pode acontecer de, em determinado momento histórico em que foi editada a Constituição, não ter havido a contemplação de um bem que, tempos depois, verificou-se ser da maior importância¹⁰⁴.

Busato e Huapaya advertem que o que se pode admitir é a Constituição como referencial negativo para exclusão de proteção jurídico-penal. Deve-se reconhecer que um bem jurídico que não figura na Constituição pode ser um daqueles que não figuram no rol dos bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento pessoal do indivíduo na sociedade e, como tal, estaria fora do âmbito de proteção de um Direito Penal de mínima intervenção. Por outro lado, isso não permite concluir que a inclusão de um bem jurídico no rol daqueles que merecem atenção constitucional implique necessariamente um nível tal de relevância que imponha a necessidade de proteção penal. Assim, a Constituição parece constituir somente uma referência negativa, e ainda assim não absoluta para a valoração da relevância do bem jurídico em matéria penal¹⁰⁵.

A proteção jurídico-penal tem, portanto, como limite a não violação material dos valores constitucionais integrados na unidade da ordem jurídica global. Existe uma certa liberdade na escolha dos bens que merecerão a tutela do Direito Penal. Contudo, tal liberdade encontra-se limitada pela obrigatória observância dos valores constitucionais, como a forma de Estado e os princípios penais consagrados, expressa ou implicitamente, pelo Texto Maior.

2.2 CAMINHANDO EM BUSCA DA COMPREENSÃO E CONCRETIZAÇÃO DO BEM JURÍDICO PENAL

¹⁰⁴ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2006, p. 77-79.

¹⁰⁵ BUSATO; HUAPAYA, 2007, op. cit., p. 50.

2.2.1 A conceituação

Certamente percebeu-se, das linhas anteriores, a importância da evolução histórica no esclarecimento do conceito de bem jurídico. Esta evolução, longe de apresentar uma concepção única e fechada, trouxe variações distintas, ora sendo o bem jurídico criado pelo Direito, através de seleção exercida pelo legislador (Binding); ora sendo o bem jurídico um “interesse da vida”, que o legislador toma de uma realidade social que lho impõe (Liszt); ora sendo visto unicamente como um critério de interpretação teleológica da norma (Honig). O perpassar histórico culminou na criação das teorias constitucionais, para as quais o bem jurídico é um valor imprescindível ao homem, sendo a Constituição um parâmetro na seleção de tais bens - posição a qual este trabalho filia-se.

Os entendimentos acerca do bem jurídico, como se acabou de recordar, sofreram inúmeras variações históricas e continuam distantes de assentamento. Se é praticamente unânime, nos dias atuais, a edificação de uma noção de bem jurídico como padrão crítico, não poucas divergências surgem no momento de se concretizar o conceito. Como salienta Prado, apesar de o postulado de que o delito lesa ou ameaça de lesão bens jurídicos ter a concordância quase total e pacífica dos doutrinadores, o mesmo não se pode dizer a respeito do conceito de bem jurídico, onde reina grande controvérsia¹⁰⁶.

¹⁰⁶ PRADO, 2003, op. cit., p. 44. As posições doutrinárias sobre o conceito de bem jurídico chegam a ser tão dispares a ponto de, enquanto alguns autores empenham-se em buscar critérios que viabilizem tal conceituação, Ferrajoli afirma que na realidade não se pode alcançar uma definição exclusiva e exaustiva da noção de bem jurídico. O que significa que uma teoria do bem jurídico dificilmente pode dizer positivamente, e acrescenta que não adiantaria nada que dissesse, que uma determinada proposição penal é justa enquanto protege um determinado bem jurídico. Pode oferecer, unicamente, uma série de critérios negativos de deslegitimação – que não são somente a irrelevância ou o esvaziamento do bem tutelado, senão, também, a desproporção com as penas previstas, a possibilidade de uma melhor proteção por meio de medidas destituídas de caráter penal, a inidoneidade das penas na consecução de uma tutela eficaz, ou, inclusive, a ausência de lesão efetiva por ocasião da conduta proibida – para afirmar que uma determinada proibição penal ou a punição de uma concreta conduta proibida carecem de justificação, ou a tem escassamente. Mas, por outro lado, isto é tudo o que se pede à categoria do “bem jurídico”, cuja função de limite ou garantia consiste precisamente no fato de que a lesão de um bem deve ser condição necessária, embora não

A tarefa que ora se propõe é apresentar algumas concepções do bem jurídico penal, enfatizando a linha comum existente entre elas, adotando, assim, a compreensão da doutrina do bem jurídico como ponto de partida para a verificação da legitimidade de algumas figuras penais e da proporção das penas previstas.

Conforme Dias, a noção de bem jurídico:

Não pôde, até o momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que a permita converter em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado. Há, todavia, hoje, um consenso relativamente largo sobre o seu núcleo essencial. Antecipando desde já a conclusão das considerações seguintes, creio poder definir bem jurídico como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso¹⁰⁷.

Por sua vez, Muñoz Conde afirma que a auto-realização humana necessita de alguns pressupostos existenciais, que, enquanto são de utilidade para o homem, se denominam “bens” e, concretamente, enquanto são objeto de proteção pelo direito, “bens jurídicos”. Assim, bens jurídicos são aqueles pressupostos que a pessoa necessita para a auto-realização na vida social¹⁰⁸.

No dizer de Navarrete, bens jurídicos são os bens e valores que são consubstanciais à convivência humana e imprescindíveis para a vida social¹⁰⁹.

Roxin define os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos¹¹⁰.

suficiente, para justificar sua proibição e punição como delito (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p.432).

¹⁰⁷ DIAS, 1999, op. cit., p. 62-63.

¹⁰⁸ “La autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidade para el hombre, se denominan ‘bienes’ y, concretamente, en tanto son objeto de protección por el derecho, ‘bienes jurídicos’. Así, pues, bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para la autorrealización en la vida social.” (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B. de F., 2003, p. 90-91).

¹⁰⁹ “[...] bienes y valores que son consubstanciales a la convivencia humana y se consideran imprescindibles para la vida social.” (NAVARRETE, 2004, op. cit., p. 139).

¹¹⁰ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org e trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2006, p. 18-19.

Na doutrina nacional, Prado entende que:

O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito. Assim, a ordem de valores constitucionalmente relevante e inerente a essa especial modalidade de Estado constitui o paradigma do legislador penal infraconstitucional. A idéia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada¹¹¹.

Tavares, por sua vez, afirma que:

Bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social, e nesse sentido pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes. Sendo um valor e, portanto, um objeto de preferência real e não simplesmente ideal ou funcional do sujeito, o bem jurídico condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo. Por isso são inválidas normas incriminadoras sem referência direta a qualquer bem jurídico, nem se admite sua aplicação sem um resultado de dano ou de perigo a esse mesmo bem jurídico. A existência de um bem jurídico e a demonstração de sua efetiva lesão ou colocação em perigo constituem, assim, pressupostos indeclináveis do injusto penal¹¹².

Percebe-se que, apesar da dificuldade de apresentar uma concepção fechada do que vem a ser um bem jurídico penal, várias têm sido as tentativas de dotar o conceito de precisão e fecundidade. É de se aplaudir esse labor doutrinário em procurar critérios de concretização aptos a conferir à noção de bem jurídico contornos mais bem definidos.

Entretanto, inegável o fato de que, hoje, ainda não existe um conceito uniforme. O que se pode extrair das concepções doutrinárias referidas anteriormente é que o bem jurídico penal são bens ou valores imprescindíveis para a realização e

¹¹¹ PRADO, 2003, op. cit., p. 52-53.

¹¹² TAVARES, 2004, op. cit., p. 198-199.

o desenvolvimento do homem na vida social, e, por isso, merecedores da proteção jurídico-penal¹¹³.

Embora imprescindível a existência de conceitos que viabilizem a compreensão do tema, bem como direcionem os critérios de criminalização, estes, antes de serem precisos, exaustivos e fechados, devem ser consubstanciais e o mais próximo da realidade¹¹⁴, capazes de fixar uma noção orientadora e estabelecer as limitações ao *ius puniendi*¹¹⁵.

De fato, um conceito doutrinário do bem jurídico não conseguirá, por si só, informar o que deve ou não ser objeto de criminalização. Não é apenas o conceito que irá conceber critérios de legitimação, delimitando a fronteira entre o que pode e não pode ser criminalizado, mas também o estudo da evolução histórica, com a

¹¹³ Importante diferenciar aqui o bem jurídico do objeto material do delito. Busato e Huapaya informam que o “objeto material é concreto e representa a configuração material do interesse jurídico. Assim, por exemplo, enquanto o bem jurídico protegido do delito de furto é o patrimônio e no delito de lesões é a integridade física, o objeto material do furto é o carro, a carteira ou o telefone, e o objeto material das lesões é o corpo humano. O bem jurídico é o interesse jurídico protegido; o objeto material é o objeto sobre o qual incide a ação do sujeito” (BUSATO; HUAPAYA, 2007, op. cit., p. 53). Neste sentido, Hassemer e Muñoz Conde informam que “una cosa es el bien jurídico y otra cosa es el ‘objeto de la acción’. Así, por ej., en el hurto, una cosa es la propiedad (bien jurídico) y otra cosa es la ‘cosa mueble ajena’ (objeto de la acción); y en la falsificación de moneda una cosa es el tráfico monetario (bien jurídico) y otra cosa es la moneda concretamente falsificada (objeto de la acción)”. (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1989, op. cit., p. 105). Prado acresce que o objeto da conduta (ou do fato) é o referido pela ação típica, enquanto o bem jurídico é obtido via interpretativa, referente à função de tutela da norma penal. Ambos os conceitos pertencem tanto ao mundo da norma como ao da realidade (ou da experiência), sendo que a distinção entre eles reside na diversa função exercida. O objeto da conduta exaure seu papel no plano estrutural; do tipo, é elemento do fato. Já o bem jurídico se evidencia no plano axiológico, isto é, representa o peculiar ente social de tutela normativa penal. Objeto da ação vem a ser, portanto, o elemento típico sobre o qual incide o comportamento punível do sujeito ativo da infração penal. Trata-se do objeto real (da experiência) atingido diretamente pelo atuar do agente. É a concreta realidade empírica a que se refere a conduta típica, podendo ser corpórea (v.g., pessoa ou coisa) ou incorpórea (v.g., honra). (PRADO, 2003, op. cit., p. 50-52).

¹¹⁴ Sobre o tema, Busato e Huapaya entendem que “uma certa indefinição do conceito de bem jurídico termina por ser inevitável, mas esta indefinição não põe em risco a garantia político-criminal de seu reconhecimento. Basta entender, como quer Juarez Tavares, que o bem jurídico é um ‘valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real’ e a partir disso estabelecer que ele constituiu ‘um elemento primário da estruturação do tipo, ao qual devem referir-se a ação típica e os demais componentes’ do delito”. (BUSATO; HUAPAYA, 2007, op. cit., p. 54-55).

¹¹⁵ Neste sentido, Dias afirma que o bem jurídico não é – e não pode ser um conceito fechado, capaz de permitir que a partir dele se conclua com segurança absoluta o que deve e o que não deve ser criminalizado. “Se o fosse aliás – se o pudesse ser -, ele veria então comprometida a sua função político-criminal de orientador da evolução do movimento de criminalização/descriminalização e, assim, de instrumento por excelência de descoberta dos caminhos da reforma penal. O bem jurídico-penal é “apenas” o padrão crítico insubstituível e irrenunciável com o qual se deve aferir a legitimação da função do direito penal no caso concreto; e, repito, também o guia por excelência que conduza a evolução da nossa disciplina no respeito pela sua função no sistema jurídico e no sistema social. Acusar a noção de bem jurídico de incapacidade para revelar os exatos contornos do conceito material de crime constituiria, por isso, não só uma flagrante injustiça, como, em último termo, uma afirmação destituída de sentido” (DIAS, 1999, op. cit., p. 70).

adoção de teorias que limitem ao máximo a intervenção punitiva, como as teorias constitucionais, bem como o esclarecimento dos princípios constitucionais, como o da intervenção mínima, da ofensividade, da proporcionalidade, tendo-se em vista, sempre, que o estudo de todos estes pontos – incluindo os que serão abordados a seguir neste capítulo e no próximo - fazem parte da concretização e compreensão da doutrina do bem jurídico penal.

2.2.2 Princípios penais e bem jurídico: a intervenção mínima e a ofensividade do fato

Apontada a Constituição como o único instrumento legítimo capaz de estreitar as linhas conceituais do bem jurídico penal, por operar a necessária delimitação do poder punitivo em critérios fixos, eficientes e em concordância com os valores sociais, faz-se necessário indicar como a Constituição molda (e limita) o Direito Penal, a ponto de estabelecer a área de possível criminalização.

Para seleccionar o que deve ou não merecer a proteção da lei penal, ou seja, o que pode ou não ser considerado um bem jurídico penal, o legislador ordinário há de necessariamente levar em conta os valores constitucionais, tendo como referência obrigatória a forma de Estado, os princípios constitucionais, o catálogo de direitos fundamentais, entre outros elementos que informam a essência da Constituição.

Os princípios constitucionais de Direito Penal ocupam lugar privilegiado na delimitação do âmbito da tutela penal, sendo o norte na escolha dos bens merecedores e necessitados da intervenção punitiva. Tais princípios, que se encontram albergados, de forma explícita ou implícita, no texto constitucional, formam por assim dizer o núcleo gravitacional, o ser constitutivo do Direito Penal¹¹⁶.

¹¹⁶ PRADO, 2003. op. cit., p. 66.

Os princípios funcionam como raízes do sistema jurídico, de tal forma que seus postulados vão espargir-se pelas demais normas, permitindo, de forma ordenada, inferir-se a unidade da ordem jurídica¹¹⁷.

Assim, na tarefa de seleção dos bens vitais ao homem e merecedores da tutela penal, o legislador deve considerar, como princípios norteadores de sua atividade, a intervenção mínima - ressaltando a sua natureza fragmentária e subsidiária -, a ofensividade do comportamento que se quer proibir sob a ameaça de uma sanção, e a proporcionalidade entre a ofensa e a pena cominada em abstrato. Ressalvado este último ao qual se dedicará um capítulo deste trabalho, os outros serão apenas pontuados diante da inegável importância esclarecedora num estudo do bem jurídico penal.

No que diz respeito ao princípio da intervenção mínima¹¹⁸, sabe-se que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* (o último recurso) da política social do Estado para a proteção dos bens jurídicos mais importantes, frente aos ataques mais graves que podem sofrer¹¹⁹.

García Pablos de Molina adverte que o princípio da intervenção mínima expressa graficamente um limite político-criminal ao *ius puniendi*. Um limite coerente com a lógica do Estado contemporâneo, que busca o maior bem-estar com o menor custo social, de acordo com um postulado utilitarista. O Direito Penal deve fazer presença nos conflitos sociais somente quando seja estritamente necessário e imprescindível, nada mais. Não se trata de proteger todos os bens jurídicos de qualquer classe de perigo que lhes ameace, nem de fazê-lo utilizando-se dos recursos mais poderosos e invasivos do Estado, senão de programar um controle razoável da criminalidade, selecionando os objetos, meios e instrumentos. O Direito Penal é a *ultima ratio*, não a solução à problemática da criminalidade; como se sucede com qualquer regra de intervenção traumática, de efeitos irreversíveis, só cabe acudir à mesma em casos de estrita necessidade, para defender os bens

¹¹⁷ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (org). *Princípios penais constitucionais*. Bahia: Jus Podivm, 2007, p. 191.

¹¹⁸ Batista leciona que “o princípio da intervenção mínima foi produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que mantivera o espírito minuciosamente abrangente das legislações medievais. Montesquieu tomava um episódio da história do direito romano para assentar que “quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas”; Beccaria advertia que “proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos”; e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prescrevia que a lei não estabelece senão penas “estrita e evidentemente necessárias” (art. VIII)” (BATISTA, 2007, op. cit., p. 84).

¹¹⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal*. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 236.

jurídicos fundamentais dos ataques mais graves, e só quando não ofereçam garantia de êxito as outras estratégias de natureza não penal¹²⁰.

O princípio da intervenção mínima representa, portanto, a minimização da resposta jurídica violenta frente ao delito¹²¹. Estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma.

Do princípio da intervenção mínima se retiram dois subprincípios, duas manifestações, ou como prefere Mariângela Gomes¹²², duas faces da mesma moeda: o seu caráter fragmentário¹²³ e a sua natureza subsidiária¹²⁴.

Quando se afirma que o Direito Penal tem um caráter fragmentário, quer-se dizer que este só deve intervir frente àqueles comportamentos que atentem contra as regras mínimas da convivência social (os bens ou valores jurídicos fundamentais

¹²⁰ “El principio de intervención mínima expresa gráficamente un ulterior límite político-criminal del ius puniendi. Un límite coherente con la lógica del Estado contemporáneo, que busca el mayor bienestar con el menor coste social, de acuerdo con un postulado utilitarista. El Derecho Penal debe hacer presencia en los conflictos sociales sólo cuando sea estrictamente necesario e imprescindible, nada más. Porque no se trata de proteger todos los bienes jurídicos de cualquier clase de peligro que les amenace, ni de hacerlo utilizando los resortes más poderosos y devastadores del Estado, sino de programar un control razonable de la criminalidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos. El Derecho penal es la ultima ratio, no la solución al problema del crimen; como sucede con cualquier técnica de intervención traumática, de efectos irreversibles, sólo cabe acudir a la misma en casos de estricta necesidad, para defender los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves, y sólo cuando no ofrezcan garantías de éxito las restantes estrategias de naturaleza no penal.” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, op. cit., p. 378-379).

¹²¹ ZUGALDÍA ESPINAR, 1993, op. cit., p. 236. Paulo Queiroz acrescenta que “Dizer, como *Montesquieu*, que toda pena que não deriva da necessidade é tirânica, ou como *Beccaria*, que proibir uma enorme quantidade de condutas indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos, ou, ainda, como a Constituição Francesa de 1791 (art. 8º), que a lei não deve estabelecer penas que não sejam estritamente e evidentemente necessárias, outra coisa não é senão reconhecer, ao menos politicamente, o caráter subsidiário da intervenção penal, como a mais violenta das formas de intervenção do Estado na vida dos cidadãos. É reconhecer que não se deve apelar a esse castigo extremo senão quando não se puder, de fato, conjurar a lesão de que se trate por instrumentos menos dramáticos. É reconhecer-lhe, enfim, o caráter de extrema ou *ultima ratio* da política social.” (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 24).

¹²² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 85.

¹²³ Como visto anteriormente, Binding foi o primeiro a chamar a atenção para a fragmentariedade da Parte Especial do Direito Penal, lamentando que os Códigos Penais não articulassem uma proteção total e homogênea aos bens jurídicos, senão parcial, incompleta, fragmentária. Por ser conservador e retribucionista, Binding defendia que não podiam permanecer impunes algumas condutas lesivas aos bens jurídicos em consequência de uma resposta parcial e seletiva da lei. Por isso, a fragmentariedade era um defeito que deveria ser sanado, outorgando-se aos bens jurídicos uma proteção penal sem fissuras (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, op. cit., p. 386).

¹²⁴ A afirmação do caráter subsidiário do Direito Penal também tem origem nas teorias da norma de Binding. Este distinguia a norma da lei penal: o delinqüente infringe com sua conduta a norma (imperativo), mas sofre as consequências impostas pela lei, que não tem mais que uma função sancionatória das ações proibidas pela norma. Como a lei penal tem só essa função de sanção, o Direito Penal passa a ter um caráter meramente complementar. A sua natureza, portanto, deixa de ser constitutiva e passa a ser acessória, secundária, limitada a velar, mediante seu aparato coativo, pelo cumprimento da norma (MUÑOZ CONDE, 2003, op.cit., p. 108).

da pessoa e da sociedade), e somente quando ditos comportamentos ocorrerem de forma especialmente grave¹²⁵. O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos, senão os fundamentais, e nem mesmo protege estes frente a qualquer classe de atentado, mas tão-somente frente aos ataques intoleráveis. A fragmentariedade impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente, sendo um limite necessário a um totalitarismo de tutela, de modo pernicioso para a liberdade¹²⁶.

A subsidiariedade, por sua vez, repousa no fato de que o Direito Penal só deve intervir quando fracassarem as demais barreiras protetoras do bem jurídico¹²⁷. A intervenção penal (prevenção do delito através da pena) só é lícita naqueles casos em que o Estado, previamente, esgotou todas as possibilidades não penais para a prevenção do delito (culturais, educacionais, assistenciais, de política geral, etc.)¹²⁸. Nota-se que o Direito Penal não é o único setor do ordenamento que tutela bens jurídicos, tampouco o único dotado de recursos coativos¹²⁹, entretanto é o que conta com os instrumentos mais graves: a pena e a medida de segurança.

Tal raciocínio faz-se imprescindível em uma visão minimalista¹³⁰, porquanto, se outros ramos do ordenamento jurídico demonstrarem que são fortes o suficiente na proteção de determinados bens, é preferível que tal proteção seja por eles levada a efeito, no lugar da violenta intervenção do Direito Penal, com todas as suas

¹²⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, 1993, op. cit., p. 236.

¹²⁶ PRADO, 2003, op. cit., p. 69-70.

¹²⁷ MUÑOZ CONDE, 2003, op. cit., p. 108.

¹²⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, 1993, op. cit., p. 237.

¹²⁹ Paulo Queiroz, ao discorrer sobre o caráter subsidiário do Direito Penal, adverte que “A intervenção penal só se justifica quando a superação do conflito não se possa confiar, exclusiva ou alternativamente, às próprias pessoas diretamente envolvidas, à família, ou à comunidade, exigindo assim uma interferência exterior e extremada. Só deve haver tal intervenção quando esse mesmo conflito, por sua transcendência, não possa ser suficientemente reprimido pela força da censura das convenções sociais, da opinião pública, da moral, da religião ou, conforme o caso, pelas normas disciplinadoras do esporte, do trabalho, da escola, dos grêmios, dos condomínios, etc, ou que melhor possam ser prevenidos pela ciência, pela informação, pela assistência social ou, nos casos mais graves, pela execução de sanções extra-penais, do direito civil, do direito comercial, do direito trabalhista, do direito tributário, do direito administrativo, etc”. (QUEIROZ, P., 2002, op. cit., p. 65-66).

¹³⁰ Segundo Ferrajoli, a expressão direito penal mínimo diz respeito a um direito “condicionado e limitado ao máximo, que corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza”. Este modelo pode ser identificado “como o modelo do Estado de direito, entendendo-se por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o Poder Público, e especificamente o poder penal, estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes)” (FERRAJOLI, 2006, op. cit., p. 101-102).

conseqüências maléficas, a exemplo do efeito estigmatizante da pena e dos reflexos que uma condenação traz sobre a família do condenado¹³¹.

Citando Maurach, Batista defende que não se justifica aplicar um recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado através de um mais suave. Tão absurdo quanto cominar ao homicídio somente o pagamento das despesas funerárias, seria criminalizar infrações contratuais civis¹³². Caso se comece a empregar o Direito Penal de forma desnecessária, por motivos mínimos, só se conseguirá o desprestígio da lei. Inutiliza-se a pena que perde a sua capacidade intimidadora, tornando-se mero risco social para uma comunidade insensibilizada. O delinqüente chegará então a converter-se em vítima da loteria da pena, formando-se, sem necessidade, um lamentável batalhão de cidadãos com antecedentes penais¹³³.

Temos então que, como resposta adequada à problemática dos bens jurídicos, uma intervenção do Direito Penal para tutela destes bens deve ser considerada como *ultima ratio*. O posicionamento moderno de intervenção mínima, tendo como fonte de legitimação material da reação punitiva estatal a eleição de valores apreciados como fundamentais para o desenvolvimento de uma vida pacífica na sociedade, tem de ser reconhecido como mais adequado. Uma visão participativa decorrente de um processo político de um Estado Democrático de Direito que, através dos direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição Federal, produziu princípios orientadores das práticas de reconhecimento e proteção da dignidade e da liberdade do ser humano surge como elemento orientador e legitimador da teoria do bem jurídico penal¹³⁴.

¹³¹ GRECO, 2006, op. cit., p. 80.

¹³² BATISTA, 2007, op. cit., p. 87.

¹³³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, op. cit., p. 384.

¹³⁴ PEREIRA, 2008, op. cit., p. 89.

O princípio da ofensividade¹³⁵, por sua vez, também ganha destacada importância na teoria do bem jurídico ao exprimir que só pode ser castigado o comportamento que lesione ou gere perigo de lesão a determinado bem¹³⁶, apresentando-se, assim, como uma exigência de delimitação do Direito Penal.

Segundo Batista, este princípio transporta para o terreno penal a questão geral da *exterioridade* e *alteridade* do direito, acrescentando que, ao contrário da moral, o direito coloca face-a-face, pelo menos, dois sujeitos, já que à conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se, como signo do outro sujeito, o bem jurídico (que era objeto da proteção penal e foi ofendido pelo crime – por isso chamado de objeto jurídico do crime). À conduta puramente interna, ou puramente individual falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal¹³⁷. O bem jurídico põe-se como sinal da lesividade (exterioridade e alteridade) do crime que o nega, revelando e

¹³⁵ O princípio da ofensividade também é conhecido por princípio da lesividade, mas a doutrina majoritária usa a nomenclatura princípio da ofensividade do fato, e isto se dá, segundo Luiz Flávio Gomes, pelo fato de que a ofensa é gênero que comporta a lesão ou perigo de lesão como espécies. A palavra lesividade permitiria uma certa confusão entre o gênero e a espécie (GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade do fato*. In SCHMITT, Ricardo Augusto (org). *Princípios penais constitucionais*. Bahia: JusPODIVM, 2007, p. 33). Ferrajoli aponta que este princípio surge já em Aristóteles e Epicuro, e que é denominador comum de toda a cultura penal Iluminista, que vê no dano causado a terceiros as razões, os critérios e a medida das proibições e das penas. (FERRAJOLI, 2006, op. cit., p. 428). Acrescenta-se, ainda, que este princípio não se encontra previsto expressamente na Constituição, mas tão-somente implicitamente e, no plano normativo ordinário, o artigo que mais o traduz é o art. 13 do Código Penal, por mencionar não haver crime sem resultado. Obviamente, este é um resultado jurídico e não natural, para que assim possa albergar não só os crimes materiais, mas os formais e de mera conduta. E o resultado jurídico é exatamente a ofensa ao bem jurídico que se expressa numa lesão ou perigo de lesão. Ademais, tal resultado é necessariamente um juízo de valor, não basta a adequação típica perfeita, é necessário um desvalor da conduta, do resultado, para que este resultado seja jurídico (GOMES, L., 2007, op. cit., p.50).

¹³⁶ O princípio da ofensividade está tão atrelado a necessária proteção dos bens jurídicos, que parte da doutrina, a exemplo de ZUGALDÍA ESPINAR, 1993, op. cit., p. 234 e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, op. cit., p. 365, entende que o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos corresponde ao *nullum crimen sine iniuria*, ou seja, ao princípio da ofensividade. Luiz Flávio Gomes, por sua vez, defende que embora sejam princípios complementares, que se acham intimamente vinculados, não possuem o mesmo conteúdo. O princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos delimita uma forma de Direito Penal, qual seja, o Direito Penal do bem jurídico, não sendo, portanto, sua tarefa a proteção da ética, da moral, dos costumes, da religião, mas tão-somente dos bens jurídicos. O Direito Penal, em outras palavras, pode e deve ser conceituado como um conjunto normativo destinado à tutela de bens jurídicos, isto é, de relações sociais conflituosas valoradas positivamente na sociedade democrática. Já o princípio da ofensividade nada diz sobre a missão do Direito Penal, mas expressa uma forma de compreender ou de conceber o delito como ofensa ao bem jurídico, e disso deriva a inadmissibilidade de outras formas de delito (mera desobediência, simples violação da norma imperativa, etc). (GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 42-43).

¹³⁷ BATISTA, 2007, op. cit., p. 91. Batista apresenta quatro principais funções do princípio da lesividade: proibir a incriminação de uma atitude interna; proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico (Ibid, p. 92-94).

demarcando a ofensa. Essa materialização da ofensa, de um lado, contribui para a limitação legal da intervenção penal, e de outro a legitima¹³⁸.

Luiz Flávio Gomes ressalta que tal princípio revela suas conseqüências em dois diferentes planos:

Serve “não só de guia na atividade legiferante, orientando, portanto, o legislador, no exato momento da formulação do tipo legal, com o escopo de vinculá-lo à construção de tipos legais dotados de um real conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes, senão também como critério de interpretação, dirigido ao juiz e ao intérprete, para exortá-lo a verificar em cada caso concreto a existência (no fato histórico) da ‘necessária lesividade’ ao bem jurídico protegido”.¹³⁹

O mesmo autor acrescenta ainda que a adoção do princípio da ofensividade do fato por um sistema constitucional implica na concepção do delito necessariamente como um “fato ofensivo típico”¹⁴⁰. A tipicidade passa a contar com um novo requisito que é a ofensa ao bem jurídico (o resultado jurídico compõe, portanto, a estrutura do fato típico). A tipicidade penal significa, deste modo, a tipicidade formal + tipicidade material (a ofensa).

Desta feita, não há crime sem ofensa, e a ofensa é a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico. Nota-se que a lesão não pode ser confundida com o conceito de dano material ou físico. Lesividade não significa dano material, destruição do objeto material do delito. A lesão é um conceito jurídico que pode se produzir tanto nos delitos com dano material quanto nos de dano imaterial¹⁴¹.

A ofensa pode ocorrer também através de um perigo concreto de lesão. O perigo é um resultado danoso em potencial, é a probabilidade de uma lesão. No perigo existe um estado de fato, um estado objetivo, que se valora a luz das normas de experiência (o perigo, portanto, é um conceito valorativo). Deve-se demonstrar, concretamente, que da ação (perigosa) do sujeito derivou um plus, que é um resultado perigoso, e a possibilidade concreta desse resultado, por si só, gera uma afetação ao bem jurídico¹⁴². Ressalta-se que essa noção de perigo concreto nem sempre implica perigo para uma pessoa concreta ou determinada. Pode existir um

¹³⁸ Ibid., p. 95.

¹³⁹ GOMES, L., 2002, op. cit., p. 28.

¹⁴⁰ GOMES, L., 2007, op. cit., p. 33-36.

¹⁴¹ Ibid., p. 36-37.

¹⁴² Ibid., p. 38.

perigo real para os interesses de uma pessoa concreta (bens jurídicos individuais) ou para os interesses de pessoas indeterminadas (bens supra-individuais).

Nota-se então que o perigo concreto é o limite máximo da antecipação da tutela penal. Assim, dentro destes limites, afasta-se o perigo abstrato do conceito de ofensa.

2.2.3 Crítica aos crimes de perigo abstrato

A diferença entre o crime de perigo concreto e de perigo abstrato está na efetivação do perigo: enquanto no primeiro exige-se a comprovação real, no segundo o perigo é presumido, dispensando prova de sua existência. Também se pode dizer que nos delitos de perigo concreto o tipo requer como resultado da ação a proximidade de uma lesão – a ação tem que estar na iminência de causar uma lesão a um bem jurídico determinado –, enquanto nos delitos de perigo abstrato não se exige tal resultado de proximidade de uma lesão a um concreto bem jurídico, senão que basta a perigosidade da conduta, perigosidade esta que se supõe inerente à ação. O legislador castiga a perigosidade da conduta em si mesma. Os delitos de perigo concreto são classificados como sendo de resultado, enquanto os delitos de perigo abstrato adentram na categoria de crimes de mera atividade (perigosa)¹⁴³.

Nota-se, entretanto, que a lógica do Direito Penal da ofensividade entra em contradição ou conflito frontal com algumas formas de antecipação da tutela penal, como o perigo abstrato. Luiz Flávio Gomes, em sua obra que trata do princípio da ofensividade, é taxativo ao afirmar que o “fato é típico quando o bem jurídico, revelado pela norma (de valoração), vem a ser concretamente afetado (ou por uma lesão ou por um perigo concreto)”¹⁴⁴. Acrescenta o autor que a concepção do delito como uma conduta necessariamente ofensiva baseia-se também na preocupação de determinar os limites racionais dentro dos quais pode o legislador legitimamente antecipar a tutela penal, que por natureza deve ser concebida como fragmentária e

¹⁴³ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez; ZAPATERO, Luis Arroyo; RIVAS, Nicolás García; OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PIEDECASAS, José Ramón Serrano. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. 2. ed. Barcelona: Editorial Praxis, 1999, p. 156.

¹⁴⁴ GOMES, L., 2002, op. cit., p. 18.

subsidiária. Particularmente problemáticos são os delitos de perigo, que o legislador, sob diferentes técnicas legislativas, vem utilizando amplamente, originando graves problemas de justificação ou legitimação. Assim, a construção de todo o sistema penal constitucionalmente orientado deve partir da premissa de que não há crimes sem ofensa – lesão ou perigo concreto de lesão – a um bem jurídico¹⁴⁵.

Paulo Queiroz acrescenta que a intervenção mínima não deve ter lugar senão em face de dano ou perigo de dano ocorridos, ou seja, dano ou perigo concreto, pois, do contrário, não se protegerá bem jurídico algum, mas, antes, se penalizará a só desobediência à norma penal. É preciso que se trate, portanto, de dano ou perigo verificável ou avaliável empiricamente, partindo das características de cada concreto comportamento proibido, repudiando, assim, os chamados delitos de perigo abstrato¹⁴⁶.

Ferrajoli, ao discorrer sobre a lesividade, informa que esta impede a existência dos delitos de perigo abstrato ou presumido, nos quais tampouco se requer um perigo concreto, senão que se presume, em abstrato, pela lei. Desta forma, nas situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma. Tais tipos devem ser reestruturados, sobre a base do princípio da lesividade, como delitos de lesão, ou, pelo menos, de perigo concreto, segundo mereça o bem em questão uma tutela limitada ao prejuízo ou antecipada à mera colocação em perigo. Sendo impossível esta adequação, é oportuna a sua supressão¹⁴⁷.

Dias apresenta dois fundamentos principais para a rejeição dos delitos de perigo abstrato. Primeiramente, salienta que uma análise histórica equilibrada e livre de preconceitos conduzirá à conclusão de que a sociedade foi sempre – e talvez mais do que hoje, e porventura será sempre – uma sociedade de risco. Não há por isso razão bastante para que hoje se advogue o crescimento exponencial de proteções antecipadas de bens jurídicos – de que os crimes de perigo abstrato são o sinal mais evidente – até a um ponto em que o bem jurídico perde os seus contornos, se esfuma e, com isto, deixa completamente de exercer a sua função crítica como padrão de legitimação. Depois, e decisivamente, ao Direito Penal não deve caber uma função promocional que o transforme, de direito – que

¹⁴⁵ Ibid., p.20-22.

¹⁴⁶ QUEIROZ, Paulo, 2002, op. cit., p. 88.

¹⁴⁷ FERRAJOLI, 2006, op. cit., p. 440.

historicamente sempre terá sido, mas que pelo menos seguramente o foi a partir da época das Luzes – de proteção de direitos fundamentais, individuais e coletivos, em instrumento de governo da sociedade¹⁴⁸.

Bianchini, por sua vez, advoga que os delitos de perigo abstrato ferem não só o princípio da ofensividade, mas também da dignidade da pessoa humana. Afirma a autora que na medida em que ao Direito Penal somente se deve reservar as condutas que mais gravemente ofendam bens de fundamental importância para a coexistência humana, a punição a título de crime de perigo encontra-se ameaçada e, quando concreto, somente se justifica como recurso indispensável para salvaguardar bens de elevada dignidade. Somente bem jurídico de elevada dignidade penal pode ser objeto de punição a tal título, sob pena de a criminalização da conduta representar um ato atentatório à dignidade do agente que eventualmente venha a sofrer imposição de sanção por tê-la praticado¹⁴⁹.

Por tudo isso, resta claro que ao determinar as condutas a serem elevadas à categoria de ilícito criminal, o legislador, atento às exigências de intervenção mínima e ofensividade do comportamento típico, não pode desprezá-las ou minimizá-las. Não pode o legislador alargar de forma desmedida o rol de bens jurídicos dignos de tutela penal, assim como antecipar excessivamente a tutela, como ocorre no perigo abstrato, sob pena de anular qualquer tentativa de construção do Direito Penal com bases na ordem constitucional dos valores.

2.2.4 Bens jurídicos penais supra-individuais

Ao se buscar a conceituação do bem jurídico penal, faz-se interessante a abordagem de dois pontos controversos que são objeto de estudo de vários doutrinadores, nacionais e internacionais, quais sejam: a questão da existência de bens jurídicos penais supra-individuais e sua forma de tutela; e a questão das imposições constitucionais de criminalização. Nota-se que não se tem o intuito de adentrar no âmago dessas questões, mas tão-somente de apresentá-las, firmando

¹⁴⁸ DIAS, 1999, op. cit., p. 72-73.

¹⁴⁹ BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 68.

um posicionamento, respeitando-se assim a perspectiva jurídico-penal que tem sido delineada ao longo deste trabalho.

Conforme foi sustentado, o Direito Penal moderno só é idôneo para a tutela subsidiária de bens jurídicos penais. Todavia, sendo isso tido por certo, não menos certo é que, por trás dessa afirmação essencial, existe um grande número de questões que tem despertado enorme controvérsia, entre elas a questão do bem jurídico penal supra-individual. A polêmica refere-se ao papel a desempenhar pela política criminal na contenção dos novos riscos oriundos do desenvolvimento tecnológico, em confronto com a função de exclusiva proteção de bens jurídicos: afinal, o Direito Penal deve abandonar aquela perspectiva liberal, que defendia a intervenção penal somente para a tutela de bens jurídicos clássicos (como a vida e o patrimônio), e tomar como tarefa sua a tutela de interesses vagos, difusos, verdadeiros bens jurídicos universais, supra-individuais (como o meio ambiente); ou, apegando-se aos valores do Direito Penal clássico e à concepção liberal de Estado, qualquer programa político-criminal deve continuar ainda restrito ao seu âmbito clássico de tutela, quando se quer que o bem jurídico continue a cumprir com sua função de padrão crítico e legitimador da intervenção punitiva?

É imprescindível reconhecer, diante das características e necessidades da sociedade atual, a existência de bens jurídicos supra-individuais que merecem a tutela penal. A tendência atual é cada vez mais o Direito Penal transcender ao individualismo para reconhecer a importância da tutela do sistema social, posto ser ali onde os membros de uma sociedade se desenvolvem e se realizam como indivíduos. Com isto não se está a pregar o abandono da tutela dos interesses individuais ou da doutrina do bem jurídico, mas apenas a reconhecer que o Direito Penal deve estender sua proteção a interesses universais de grande importância para cada indivíduo.

Informa Prado que estes bens metaindividuais são caracterizados por uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa); estão para além do indivíduo – afetam um grupo de pessoas ou toda a coletividade; supõem um raio ou âmbito de proteção que transcende, ultrapassa a esfera individual, sem deixar, todavia, de envolver a pessoa como membro indistinto de uma comunidade. Esses bens jurídicos são primordiais para o desenvolvimento das potencialidades do ser humano enquanto pessoa, bem como sua real integração (social, política, cultural e econômica) em uma coletividade organizada. Numa

sociedade complexa e altamente conflituosa, um número crescente de atividades atinge, de um lado, os cidadãos, particulares, mas, de outro, também a coletividade, grupos de pessoas cujas relações apresentam peculiaridades e uma importância incomum. São bens universais, da sociedade como um todo, mas que têm uma referência pessoal indireta, mais ou menos acentuada. Aliás, essa diretriz pode ser tida como ancorada no princípio da individualização da lesividade, segundo o qual devem ser elevados a categoria de bens jurídicos tão-somente os valores, cuja violação implica transgressão de um bem relacionado direta ou indiretamente ao indivíduo. Isso porque o homem não é concebido em função do Estado, mas sim, o Estado e as demais instituições é que dependem do indivíduo. Essa assertiva é consequência do princípio ético kantiano de que “nenhuma pessoa pode ser tratada como meio para um fim que não o seu próprio”, que objetiva assegurar o máximo de liberdade com o mínimo de intervenção penal. Mas nem por isso deixam estes bens de se constituírem em entes dotados de autonomia e substantividade, que, exatamente por sua natureza transindividual, têm conteúdo material próprio¹⁵⁰.

Dias, neste mesmo sentido, adverte que se deve recusar uma ilegítima restrição da noção de bens jurídicos penais a interesses puramente individuais e ao seu encabeçamento em pessoas singulares, e aceitar antes a plena legitimidade da existência de bens jurídicos transpessoais, coletivos, comunitários ou sociais. É no aprofundamento e esclarecimento do estatuto desta classe de bens jurídicos que reside, no futuro próximo, a tarefa primária da doutrina que continua a fazer radicar a função exclusiva do Direito Penal na tutela subsidiária de bens jurídicos¹⁵¹.

Ademais, a existência de uma espécie de bem jurídico de natureza coletiva é reconhecida na doutrina desde a formulação do conceito de bem jurídico. Birnbaum já reconhecia que a lei penal não apenas deveria possibilitar a livre coexistência dos indivíduos, mas servir também de forma imediata a fins sociais. Classificava, portanto, os bens e por consequência os crimes, em naturais e sociais, uma vez que, no seu pensamento, os bens, em parte, já são dados ao homem pela natureza e, por outra parte, como resultado de seu desenvolvimento social. Por sua vez, Liszt apontava a diversidade de formas dos bens jurídicos, decorrentes da complexidade da própria vida e das coisas, processos e instituições que a integram e nela se movimentam. Sustentava a existência de portadores individuais dos bens, ao lado

¹⁵⁰ PRADO, 2003, op. Cit., p. 107-109.

¹⁵¹ DIAS, 1999, op. cit., p. 74.

de portadores supra-individuais, entre os quais sobressaia o Estado como portador dos interesses coletivos¹⁵².

Esclarecida a necessidade de reconhecimento dos bens jurídicos penais supra-individuais, acrescenta-se que se adota, neste trabalho, a classificação apresentada por Prado¹⁵³, Silveira¹⁵⁴ e Souza¹⁵⁵, segundo os quais os bens jurídicos supra-individuais (metaindividuais, ultra-individuais, universais, transindividuais, comunitários, sociais, etc.) podem ser institucionais – públicos ou estatais, nos quais a tutela supra-individual aparece intermediada por uma pessoa jurídica de direito público (v.g., administração pública, administração da justiça) -, coletivos – que afetam um número mais ou menos determinável de pessoas (v.g., saúde pública, relação de consumo) -, e difusos – que têm caráter plural e indeterminado e dizem respeito à coletividade como um todo (v.g., meio ambiente).

Dito isto, faz-se imprescindível avançar mais um passo. O problema essencial que se faz notar quando da proteção jurídico-penal de interesses supra-individuais, é o de lograr saber se, neste campo, está-se diante de autênticos bens jurídicos. Em outras palavras, importa saber se estes bens constituem interesses autônomos e dignos de proteção por si mesmos, ou se não passam de formas de antecipação da tutela penal de bens jurídicos individuais preexistentes. Tal questão leva ao estudo das teorias monistas e dualistas.

A idéia dualista consiste na admissão de duas classes de bens jurídicos (individuais e supra-individuais), com o que se exime da fixação de um conceito comum que possa compreender as duas formas. Em posição contrária, o monismo implica desde logo o não-enfrentamento de duas possibilidades excludentes, ou seja, ou se analisa o bem jurídico desde a perspectiva da pessoa, do indivíduo ou do Estado, do coletivo. A perspectiva monista compreende uma subdivisão: segundo uma perspectiva monista coletiva, a identificação da existência de um bem jurídico individual somente é possível na medida em que esteja contido em uma perspectiva de um interesse para a coletividade; os bens jurídicos individuais constituem simples atribuições jurídicas derivadas das funções do Estado (trata-se de uma prevalência do coletivo sobre o individual). Em sentido oposto, a teoria monista personalista

¹⁵² ANDRADE, 2004, op. cit., p. 52-69.

¹⁵³ PRADO, 2003, op. cit., p. 109.

¹⁵⁴ SILVEIRA, 2006, op. cit., p. 61.

¹⁵⁵ SOUZA, 2004, op. cit., p. 297-298.

identifica o bem jurídico coletivo só na medida em que servem ao desenvolvimento pessoal do indivíduo (trata-se de uma prevalência do individual sobre o coletivo)¹⁵⁶.

Assim, segundo a concepção monista personalista, o objeto de tutela penal tem sempre como único e/ou primeiro e imediato referencial a pessoa individual (isolada e socialmente considerada) e o seu livre desenvolvimento. Os tradicionais bens jurídicos individuais, institucionais e coletivos, assim como os novos e modernos difusos, têm como sujeito passivo predominante o indivíduo. Esta idéia, filha da filosofia das luzes, está intimamente vinculada à proteção do indivíduo nas suas relações dinâmicas com o Estado¹⁵⁷. Só podem ser bens do Direito Penal os objetos que o ser humano precisa para sua livre auto-realização, de forma que os mesmos objetos só se convertem em bens jurídicos à medida que estão dotados de um conteúdo de valor para o desenvolvimento pessoal do homem em sociedade¹⁵⁸.

Entre os autores que desenvolvem uma teoria monista personalista, pode-se destacar Hassemer e Muñoz Conde. Colocando os bens jurídicos supra-individuais num plano totalmente inferior aos bens jurídicos individuais, entendem que aqueles não possuem autonomia e menos ainda supremacia, sendo conseqüentemente sempre hierarquicamente inferiores diante dos bens jurídicos individuais. Embora reconheçam a presença de bens jurídicos universais nos ordenamentos jurídicos penais atuais, para tais autores, eles apenas legitimam-se enquanto sirvam aos interesses humanos necessitados de proteção penal. Funcionalizam os bens jurídicos universais em prol dos bens jurídicos individuais e se não houver um interesse da pessoa juridicamente protegido por detrás daqueles, estes são fictícios e devem ser expurgados do sistema penal. A meta de uma teoria monista personalista é funcionalizar os interesses gerais sob o ponto de vista dos interesses da pessoa, deduzindo os bens sociais e estatais dos bens do indivíduo¹⁵⁹.

¹⁵⁶ HASSEMER; MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 107-108 e BUSATO; HUAPAYA, 2007, op. cit., p. 56-57.

¹⁵⁷ SOUZA, 2004, op. cit., p. 291.

¹⁵⁸ Figueiredo acrescenta ainda que a concepção monista personalista “guarda estreita relação com o ideário político-filosófico que alimentou as teorizações próprias do iluminismo penal, nomeadamente com a idéia de que o Estado só deve intervir para salvaguardar a liberdade do cidadão, e nunca para promover valores ou funções que lhe causem prejuízo. Tal como o pensamento penal iluminista, procura-se impor limites materiais ao direito penal, elegendo-se a proteção do indivíduo como fim único e legítimo. A função do Estado, compreendido nesses moldes, é de servir ao indivíduo e salvaguardar a sua esfera de liberdade; esfera essa que poderia ser ameaçada se o Estado interviesse em domínios cujo vínculo com o particular é pouco apreensível, de modo que o próprio Estado, assim, se converteria num fim em si mesmo, desprendido dos referentes individuais. Com efeito, a manutenção de um *status* negativo para o cidadão frente ao Estado resulta benéfico na medida em que pressupõe a existência de âmbitos de liberdade assegurados juridicamente.” (FIGUEIREDO, 2008, op. cit., p. 128-130).

¹⁵⁹ HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2007, op. cit., p. 108-110.

Noutro sentido aponta a teoria monista coletiva, que tem sua origem com a obra de Binding. Para esta concepção os objetos de tutela têm como titulares o Estado e a coletividade como um todo indivisível. O direito só considera as pessoas, coisas e objetos enquanto partes da vida da comunidade jurídica. O bem jurídico é sempre bem jurídico da totalidade, por mais individual que ele possa aparentemente ser¹⁶⁰.

Sem dúvida, primar pela supremacia absoluta dos bens jurídicos coletivos poderia levar a um Estado totalitário, devendo esta teoria ser afastada.

Já a teoria dualista afirma que os bens jurídicos penais possuem natureza tanto individual como supra-individual, ou seja, os objetos jurídicos de tutela penal podem ter como titulares, respectivamente, o indivíduo, assim como a coletividade, o Estado, e, no âmbito do Direito Penal internacional, a própria humanidade. Deve-se principalmente a Tiedemann¹⁶¹ a acentuação dessa diferenciação teórica que, conseqüentemente, resulta na desnecessidade de qualquer vinculação da titularidade dita supra-individual à titularidade de bens jurídicos individuais, podendo, por exemplo, a coletividade e o Estado constituírem-se fins em si mesmos¹⁶².

Apesar do mérito da teoria monista personalista, e de respeitável os argumentos dos autores que a ela filiam-se, entende-se que, além de bens jurídicos estritamente individuais, existem autônomos bens jurídicos supra-individuais. Isto é, os bens jurídicos supra-individuais, nas suas três modalidades, são categorias independentes e desconectadas dos bens jurídicos individuais. Esta assertiva se torna evidente no caso dos bens jurídicos institucionais, cujo titular imediato é o Estado. Por conseguinte, o mesmo raciocínio também pode ser realizado com a coletividade, que se traduz titular por excelência de bens jurídicos supra-individuais coletivos como a saúde pública e a paz pública. Por fim, isto também se aplica aos

¹⁶⁰ SOUZA, 2004, op. cit., p. 294.

¹⁶¹ Klaus Tiedemann, com as preocupações centradas no direito penal econômico, identifica esse último ramo com autênticos bens jurídicos supra-individuais, merecedores de punição autônoma, independentes e desconectados dos interesses jurídicos individuais. Entende a tutela jurídico-penal de interesses supra-individuais, como a ordem econômica ou determinados valores sociais que constituem fins em si mesmos e, portanto, desvinculados de quaisquer referentes individuais. Para além disso, partindo de um conceito dualista de pessoa, postula uma construção dualista do bem jurídico apta a alicerçar – tendo por base a autonomia material entre as duas dimensões relativamente autônomas do agir pessoal – a dualidade entre direito penal clássico e direito penal secundário. Dessa forma, a proteção autonomamente dispensada à integridade de instituições ou sistemas econômicos em nada colidiria com a referência de todo o direito à pessoa humana. (FIGUEIREDO, 2008, op cit., p. 126-127 ao citar a obra *El concepto de delito económico y de derecho penal económico* de Klaus Tiedemann).

¹⁶² SOUZA, 2004, op. cit., p. 296.

interesses difusos, assim, no paradigmático exemplo do meio ambiente, este é co-titular – ao lado da humanidade – do bem jurídico “equilíbrio ecológico”.

Apóia-se a idéia de Figueiredo ao afirmar que para que o bem jurídico esteja em compasso com sua função de critério legitimador e crítico da intervenção penal não é indispensável manter-se fiel ao seu caráter antropocêntrico extremado. A consagração de autônomos bens jurídicos coletivos, supra-individuais, não interfere em nada na tese segundo a qual o Direito Penal só pode intervir com legitimidade para a salvaguarda das condições essenciais ao livre desenvolvimento da pessoa humana. Pelo contrário, quando se foge daquela concepção extremamente antropocêntrica, dando-se particular importância à noção de bem jurídico como entidade sócio-jurídica eminentemente histórica e mutável, nada se opõe a uma construção dualista do conceito que continue em compasso com a função político-criminal que lhe subjaz. Por este motivo esta posição se mostra perfeitamente coesa com as finalidades perseguidas pelo Estado contemporâneo: garantir a cada pessoa singular as condições indispensáveis para conduzir sua vida com liberdade e responsabilidade, sem olvidar que o indivíduo de que se fala não se considera apenas como um ser isolado, mas que se desenvolve e frutifica no seio de uma comunidade. Aqui, também, estamos diante de bens que existem em função do Homem e como condição para a sua existência livre e responsável. O mesmo é dizer que, também quanto aos bens jurídicos supra-individuais, a pessoa humana é o referente axiológico que permite uma limitação da intervenção punitiva, só que agora considerada como pessoa inserta e dependente da comunidade¹⁶³.

¹⁶³ FIGUEIREDO, 2008, op.cit., p. 133-141. Figueiredo acrescenta ainda que “uma maneira de compreender os bens dignos de punição penal, tributária das idéias antropocêntricas de Frankfurt, peca, segundo entendemos, por propugnar uma política criminal restritiva e garantista, mas inadequada às transformações por que passa o mundo moderno e que têm por conseqüência, no que aqui nos interessa, a aparição de novas formas de criminalidade. Noutros termos, falha a concepção pessoal de bem jurídico porque ‘não tem em conta a dimensão das distintas potencialidades de lesão de uma determinada sociedade em função de seu estágio de desenvolvimento tecnológico’. E, contudo, não se deve pensar que aceitar a legitimidade da tutela penal direta desses interesses queira significar um abandono do paradigma moralizante”, que percorre a doutrina jurídico penal desde o Iluminismo: a idéia de contrato social, como princípio de restrição, não impõe, de nenhuma forma, a sujeição da proteção penal ao indivíduo, considerado de forma singular. É, portanto, absolutamente coerente com o paradigma penal que nos acompanha – que, como é sabido, deita raízes no pensamento filosófico moderno surgido a partir do século XVII e o ideário liberal clássico do século XVIII e que tem por um de seus mais impressionantes valores o antropocentrismo e a conseqüente defesa do indivíduo em face ao rigor punitivo do Estado – a salvaguarda pelo direito penal de novos interesses da coletividade. A essa constatação se chega – digamo-lo mais uma vez – quando se tem por notório que, de par com a esfera eminentemente pessoal do agir humano, existe uma outra, em sintonia com o mesmo ‘axioma onto-antropológico’, em que se funda o direito penal moderno, que releva da dimensão colectiva do homem como ser-com e ser-para os outros.” (Ibid., p. 133-141).

Portanto, acredita-se que a teoria dualista – adotando-se aqui uma concepção moderada - é a que melhor responde aos anseios da sociedade atual, ao conceder aos bens jurídicos supra-individuais a autonomia necessária à sua tutela, sem que isso signifique qualquer supremacia dos mesmos em relação aos bens individuais. Na verdade, verifica-se que todos os bens jurídicos supra-individuais são tutelados por si mesmos, mas não deixam de ter em último caso uma relação constitutiva com o ser humano tendo em vista a sua dignidade e o seu livre desenvolvimento como ser social no seu amplo sentido, e não apenas como ser individual, como ocorre nos bens jurídicos individuais.

Para espancar qualquer dúvida, convém advertir novamente que não há nenhuma preponderância do bem jurídico transindividual sobre o individual. Ambos devem merecer a mesma proteção, por terem o mesmo grau de importância para o homem enquanto indivíduo e ser social.

Ademais, a adoção da teoria dualista é a única forma de, reconhecendo-se a tutela penal a interesses difusos, impedir o alargamento pernicioso dos crimes de perigo. Ao se entender pela teoria monista personalista, a tutela dos bens supra-individuais seria vista como uma antecipação da tutela penal de bens jurídicos individuais preexistentes, o que significa que os delitos contra tais bens seriam sempre delitos de perigo (em especial perigo abstrato), e não de lesão. Ter-se-ia que aceitar, então, o perigo abstrato como a técnica de tutela *standard* para a proteção de bens supra-individuais. Hassemer e Muñoz Conde reconhecem tal assertiva, ao afirmarem que quem adota a teoria monista personalista considera, por exemplo, o meio ambiente como delitos de perigo (para a vida e a saúde das pessoas) e não como delitos de lesão¹⁶⁴.

Ao se dotar os bens jurídicos supra-individuais de autonomia, os crimes envolvendo os mesmos poderão ser vistos como delitos de lesão (ao bem jurídico “equilíbrio ecológico”, por exemplo). Reconhecer que a tutela dos bens jurídicos supra-individuais dá-se tão-somente através dos crimes de perigo, e, principalmente, através do perigo abstrato, é extremamente pernicioso, e causaria um alargamento indevido e indesejado desta modalidade de intervenção punitiva.

Como afirmado anteriormente, os delitos de perigo abstrato devem ser totalmente repudiados no ordenamento penal pátrio, por ferirem os pressupostos da ofensividade. Como salienta Dias, não há razões para que hoje se advogue o

¹⁶⁴ HASSERMER; MUÑOZ CONDE, 2007, op. cit., p. 110.

crescimento exponencial de proteções antecipadas de bens jurídicos – de que os crimes de perigo abstrato são o sinal mais evidente – até um ponto em que o bem jurídico perde os seus contornos, se esfuma e, com isto, deixa completamente de exercer a sua função crítica como padrão de legitimação. Ainda que o “perigo” ou “risco” deva constituir a noção-chave da dialética da ilicitude penal, como síntese entre a tese do desvalor de ação e a antítese do desvalor de resultado, isto em nada contende com a contestação que deve merecer a tentativa de transformar o Direito Penal dos bens jurídicos num Direito Penal dos perigos¹⁶⁵.

2.2.5 A questão das imposições constitucionais de criminalização

O estudo do bem jurídico traz a necessidade de se avançar mais um passo no que toca ao relacionamento entre a ordem constitucional e o Direito Penal. Ficou dito que, consoante as teorias constitucionais, a orientação constitucional influi de maneira significativa no ordenamento jurídico-penal, e, portanto, na escolha dos bens jurídicos merecedores da tutela penal.

Entretanto, existe uma grande discussão, na doutrina nacional e internacional, sobre a possibilidade de a Constituição, além de indicar quais sejam os bens jurídicos penais, impor ao legislador infraconstitucional a obrigação de tutelá-los por intermédio do Direito Penal. A questão traz dois pontos-chaves: a existência de indicações implícitas de criminalização; e a existência de imperativos explícitos de criminalização.

Defendendo a existência de obrigações implícitas e explícitas de criminalização estão os estudos de Streck, Feldens e Batista.

Streck, ao apresentar a tese de uma proibição à proteção deficiente (asseverando que o Direito Penal deve ser examinado não só pelo prisma de um garantismo negativo, mas também a partir de um garantismo positivo, isto é, do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do Direito Penal), afirma que a teoria do bem jurídico depende da materialidade da Constituição,

¹⁶⁵ DIAS, 1999, op. cit., p. 72.

residindo neste espaço uma obrigação implícita de criminalização, ao lado dos deveres explícitos de criminalizar constantes no texto constitucional¹⁶⁶.

Com o mesmo posicionamento, Feldens assevera que os mandados constitucionais de penalização resultam limitações à liberdade de configuração do legislador. Informa que a Constituição exige um Estatuto Penal, na medida em que prevê a formatação de um regime sancionatório penal, criando regras de competência e impondo a penalização de algumas condutas, mas este Estatuto não tem por único conteúdo os mandados expressos de criminalização. Uma análise contextual da Constituição indubitavelmente levará a afirmar a existência de normas implícitas de penalização, que configuram zonas de obrigatoria intervenção do legislador penal. Já que a Constituição chegou ao ponto de determinar aquilo que para alguns significa uma “antecipação do Direito Penal” – assim considerada a utilização do Direito Penal para a proteção de bens jurídico-penais coletivos – é razoável admitir que a Constituição igualmente está a exigir a proteção não de todos, mas de determinados bens jurídicos que se revelam inequivocamente

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (ÜBERMAßVERBOT) à proibição de proteção deficiente (UNTERMAßVERBOT) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 80, 2004, p. 307-311). Uma parte da doutrina constitucionalista-penal brasileira vem manifestando-se favorável a teoria alemã da “proibição de proteção deficiente”. Além de Streck (STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br>. Acesso em 20 de jan. de 2010), pode-se citar os trabalhos de Feldens (FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005) e Maria Luiza Streck (STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009). De acordo com a teoria da “proibição de proteção deficiente”, o Estado é obrigado a proteger de forma eficiente os direitos fundamentais, os quais são vistos como direitos de defesa e imperativos de tutela contra terceiros. Quando do cumprimento de tal dever, realizar-se-ia um controle de constitucionalidade, o qual afirmaria o descumprimento ao imperativo de tutela sempre que detectado um déficit constitucionalmente ilegítimo de proteção de um dos direitos fundamentais na relação jurídica em causa. O Estado deve realizar de forma eficiente a proteção dos direitos fundamentais contra terceiros, sendo os mandamentos constitucionais implícitos de criminalização uma forma de alcançar tal tutela. Havendo um déficit na proteção almejada, o legislador ordinário estaria obrigado a criminalizar a conduta, buscando assim, através do Direito Penal, a proteção eficiente do direito fundamental protegido. Ressalta-se que este trabalho não tem a pretensão de desenvolver estudo sobre a teoria da “proibição da proteção deficiente”. Embora seja esta uma questão de grande relevo, que, por estar ganhando espaço na doutrina nacional, merece atenção, nesta pesquisa não há espaço para uma maior abordagem, caso contrário estar-se-ia desvirtuando o objetivo deste estudo. Visa-se, tão-somente, analisar de forma sucinta a questão das imposições constitucionais de criminalização dentro da teoria do bem jurídico, abordando-se os autores que, ao tratar deste assunto, manifestam-se sobre tal obrigatoriedade de criminalização, e se posicionando a favor de uma das correntes que se apresentará. O intuito aqui é exclusivamente de esclarecer ainda mais a concepção do bem jurídico penal. Entretanto, recomenda-se a leitura dos autores acima citados, ressaltando-se o perigo de tal doutrina, e a necessidade de combatê-la, para que o Direito Penal não se torne a primeira e única resposta aos problemas atuais, o que violaria sobremaneira o seu caráter subsidiário e fragmentário. O Direito Penal não é a melhor solução para todos os problemas, sendo muitas vezes inadequado e ineficaz, inclusive na tutela dos direitos fundamentais.

primários no âmbito de uma sociedade democrática submetida a um programa constitucional básico assentado na defesa da vida, da liberdade e da dignidade humana. E acrescenta o autor que ao prescrever determinadas matérias sujeitas à necessidade de tutela penal, a Constituição teve em mente a magnitude desses bens, mas isso não significa que tais bens ocupem uma posição de primazia valorativa. O provável, aliás, seja o contrário. Exatamente por não serem os mais valiosos, o constituinte desconfia do juízo de conveniência inerente ao legislador penal, impondo a Constituição a criminalização de condutas atentatórias a tais bens¹⁶⁷.

Ainda neste sentido, Batista informa que além de suas funções de fundamento e controle, o texto constitucional seleciona situações a serem necessariamente tratadas pelo legislador penal, naqueles casos de bens essenciais à vida, à saúde e ao bem-estar do povo, existindo, portanto, imposições constitucionais de tutela penal¹⁶⁸.

Posições como estas devem ser afastadas, por ser inconcebível compreender que qualquer indicação ou imposição constitucional, mesmo que implícita, gere uma obrigação de criminalizar. Tal compreensão violaria a essência do Direito Penal enquanto *ultima ratio*, transformando-o em mero aparelho sancionador.

São numerosas as disposições constitucionais genéricas que impõem ao Estado que garanta, tutele ou proteja este ou aquele bem, assim como as que impõem que se proíba ou reprima este ou aquele comportamento. Tais normas vinculam o legislador, mas não prescrevem o modo como deverá realizar-se a tutela ou a repressão. Não existem obrigações constitucionais implícitas de incriminação. Determinar que um certo bem pode ser tutelado não significa que tenha ele necessidade de receber uma tutela do tipo penal, obrigatoriamente.

Nestes casos, de indicações implícitas de criminalização, a norma constitucional serve como parâmetro, indicando ao legislador ordinário que existe um bem merecedor da tutela penal. Entretanto, cabe a este, diante da realidade social, e, tendo por base os valores constitucionais como um todo, avaliar a necessidade de tutela penal, respeitando sempre princípios norteadores, como a intervenção mínima, ofensividade e proporcionalidade.

¹⁶⁷ FELDENS, 2005, op. cit., p. 94.

¹⁶⁸ BATISTA, 2007, op. cit., p. 90.

Ademais, entende-se que os autores que se manifestam favoráveis aos mandados constitucionais implícitos de criminalização, fazem uma leitura incorreta do princípio da proporcionalidade, vendo no Direito Penal o único remédio eficaz no combate às violações dos direitos fundamentais. Na realidade, este, muitas vezes, é totalmente inidôneo para alcançar a tutela almejada. O legislador ordinário deve, diante da existência de um bem constitucionalmente merecedor da tutela penal, averiguar ainda a necessidade e adequação desta tutela, para que não se apresente notoriamente desproporcional e contrária aos ditames de um Estado Democrático de Direito.

Em nenhum momento a doutrina que defende a existência de mandados constitucionais implícitos de criminalização faz qualquer ponderação quanto à possibilidade de, na prática, o meio penal não ter a eficácia em dissuadir a realização da conduta criminosa. É como se houvesse o dogma de que o Direito Penal é o único capaz de proteger um direito fundamental – porque mais intensa a repressão. Ou seja, não se vislumbra qualquer explicação que justifique por que os meios extra-penais promovem menos o fim almejado e por que a utilização de qualquer meio diverso da tutela penal significará uma promoção da proteção dos direitos fundamentais de forma insuficiente.

Como salienta Mariângela Gomes, é função do ordenamento constitucional garantir o livre processo político por meio de uma filtragem crítica da norma coercitiva. Se se transformassem as funções ou necessidades positivas de tutela em obrigações *a priori*, o sistema da tutela necessária tornar-se-ia ambíguo nas suas bases, uma vez que entre a discussão e a fundamentação racional das “necessidades históricas” de tutela e a obrigação constitucional de penalização, a congruência não seria logicamente assegurada. Ademais, não se pode deduzir obrigações de penalização derivadas de um entendimento constitucional do conceito de bem jurídico. Ao contrário, o legislador penal pode optar por impor sanções penais a bens de nível constitucional, embora não esteja obrigado a fazê-lo, de modo que pode escolher proteger determinado bem por meio de sanções não penais, ou mesmo optar pela não intervenção do direito sancionador, se este se apresenta como desnecessário¹⁶⁹.

Por outro lado, há os que defendem a inexistência da obrigação de criminalizar, seja em face de indicações implícitas ou mandamentos explícitos.

¹⁶⁹ GOMES, Mariângela, 2003, op. cit., p. 109-111.

Tavares, citando Dolcini e Marinucci, bem como Paulo de Sousa Mendes, conclui que, em oposição a toda forma de autoritarismo legalista e diante dos movimentos em favor de uma acentuada repressão penal sob o manto da proteção de bem jurídico, não há obrigatoriedade constitucional explícita de incriminação para a salvaguarda de qualquer bem jurídico. A importância do bem jurídico, por maior que seja, em face do princípio da subsidiariedade, não pode implicar a criminalização da conduta que o lese ou o ponha em perigo, porque a Constituição, na verdade, apenas deve encarregar-se de delimitar o âmbito da incidência penal, mas não de impor criminalizações¹⁷⁰.

Pelarin informa que, em que pese a identidade entre a ordem material do Direito Penal e a Constituição, no sentido de que todo o bem jurídico penalmente relevante tem que encontrar uma referência, expressa ou implícita, na Constituição, e ainda a determinativa constitucional da proteção de valores essenciais pelo Estado, não se pode concluir por uma obrigação constitucional de criminalizar, por ser incompatível com o princípio da proteção da dignidade humana a vigência de norma criminalizante explícita¹⁷¹. Ainda neste sentido, Pereira assevera que uma dignidade material dos bens jurídicos penais eleitos passa, necessariamente, pela assunção social de um determinado valor que resta submetido a ataques e lesões, sendo colocado em grave perigo e sujeito a tutela penal, visto que uma valoração constitucional, por si só, não é suficiente para a configuração desta necessária tutela penal, ainda que o legislador constitucional tenha realizado previsões expressas¹⁷².

Ao defender a inexistência da obrigação constitucional de criminalizar, Paschoal apresenta um trabalho profundo e consistente. Utiliza como argumento o fato de que a Constituição, enquanto limite do Direito Penal – e afasta neste sentido o entendimento de que a mesma possa figurar como fundamento deste¹⁷³ – permite que, mesmo ante as determinações expressas de criminalização, não exista

¹⁷⁰ TAVARES, 2002, op. cit., p. 200.

¹⁷¹ PELARIN, 2002, op. cit., p. 163.

¹⁷² PEREIRA, 2008, op. cit., p. 145.

¹⁷³ Acrescenta a autora que “tomando-se a Constituição Federal unicamente como um limitador do direito penal, estar-se-á permitindo que, antes de recorrer à proteção penal, o legislador lance mão de outros meios de tutela, buscando o direito penal apenas quando todos os outros recursos hajam falhado (princípio da subsidiariedade). Ao contrário, quando se parte da Constituição como fundamento do direito penal, como norma que traz as indicações das condutas a serem criminalizadas, permite-se seja cobrado do legislador um movimento no sentido de efetivar a tutela criminal, muitas vezes menos útil e eficaz que a proteção representada por outros ramos do Direito. Se se pretende ser fiel ao objetivo de realizar o ideal de um direito penal mínimo, somente se pode vislumbrar na Constituição Federal um limite positivo ao poder punitivo estatal, afastando a tese de que a Carta Magna constituiria um seu fundamento e que, por isso, obrigaria, perante a primeira necessidade, a criminalização”. (PASCHOAL, 2003, op. cit., p. 72-76).

obrigatoriedade de tipificar, e, sim, a possibilidade de fazê-lo, diante da efetiva necessidade e utilidade da tutela, que serão verificadas pelo legislador ordinário. Essa não obrigatoriedade decorre do fato de o constituinte trazer o quadro máximo, dentro do qual o legislador infraconstitucional, observando os princípios básicos informadores do Direito Penal, pode se movimentar; e da constatação de que as determinações expressas estão relacionadas não à necessidade de tutela penal, mas a fatores históricos e/ou reclamos sociais predominantes quando da elaboração da Carta, os quais não são suficientes para justificar uma criminalização em momento posterior ao do advento da Constituição. Utiliza, em favor da sua tese, os apontamentos de Otto Bachof, sobre a possibilidade de considerar inconstitucionais normas constitucionais, acrescentando que as normas de criminalização explícita servem somente para chamar a atenção à importância dos bens que se objetiva tutelar¹⁷⁴.

De fato, trata-se de uma questão muito delicada no que diz respeito a obrigações explícitas de criminalização. A Constituição brasileira de 1988 é, reconhecidamente, excepcionalmente ampla na gama de obrigações de tutela penal expressas em seu texto: art. 5º, XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”); XLII (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”); 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-lo, se omitirem”); XLIV (“constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”); art. 225, § 3º (“as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”); art. 227, § 4º (“a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”).

Apesar de respeitável a posição que entende pela não existência de imperativos expressos de criminalização, e dos argumentos por esta corrente apresentados, entende-se de difícil aceitação – considerando-se inclusive a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico - a possibilidade do legislador

¹⁷⁴ Ibid., p. 69-114.

infraconstitucional não estar vinculado diante de mandamentos que são expressos no sentido da necessidade de criminalização de determinadas condutas. O legislador constituinte, ao estabelecer obrigações expressas de incriminação, toma para si os critérios de política criminal – merecimento e necessidade de pena –, os quais, em outras situações, inspiram e orientam o legislador ordinário.

As determinações expressas de criminalização devem ser entendidas de forma diversa das indicações implícitas, anteriormente abordadas. Com relação à primeira, o próprio constituinte faz a avaliação da dignidade e da necessidade da tutela, enquanto, na segunda, o constituinte faz somente uma análise da dignidade penal dos bens que reconhece como importantes para uma dada sociedade, deixando a avaliação da necessidade para o legislador ordinário.

Neste sentido, Dias afirma não existirem imposições jurídico-constitucionais implícitas de criminalização, entretanto, onde o legislador constitucional aponte expressamente a necessidade de intervenção penal para tutela de bens jurídicos determinados, tem o legislador ordinário de seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respectivos, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. Ressalta que mesmo neste caso sobra ao legislador ordinário uma larga e incontornável margem de liberdade no que toca ao exato âmbito e à concreta forma da criminalização, bem como, em princípio, às sanções com que os comportamentos devem ser ameaçados e à sua medida. Onde, porém, inexistam tais injunções constitucionais expressas, da existência de um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido não se pode retirar a exigência de criminalização dos comportamentos que o violam¹⁷⁵.

Adotam-se, aqui, os ensinamentos de Bianchini ao afirmar que é ao legislador ordinário que cabe avaliar a pertinência da criminalização, labor que deverá ser desenvolvido com fundamento nos princípios e valores constitucionais. A valoração, portanto, é tarefa atinente ao parlamentar, que a faz – ou deveria fazer – inspirando-se na fonte constitucional e instruindo-se na política penal e na criminologia. Quando se tratam de imposições constitucionais expressas de criminalização, desde que elas mesmas não colidam com princípios e valores constitucionais básicos, o legislador está obrigado a realizá-las, sob pena de a lacuna ter que ser argüida via judiciário, por meio de ação de inconstitucionalidade por omissão¹⁷⁶.

¹⁷⁵ DIAS, 1999, op. cit., p. 80.

¹⁷⁶ BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 146.

Se o legislador constituinte evidenciou a necessidade de determinadas incriminações, afere-se uma obrigação de que certos bens jurídicos venham a ser protegidos pelo Direito Penal¹⁷⁷. Agora, o fato de estarem expressos no texto constitucional faz com que não caiba ao legislador ordinário valorar a necessidade da intervenção punitiva, uma vez que isto já se encontra posto, mas continua sendo sua tarefa legislativa determinar a mais adequada técnica de tutela penal a ser dispensada ao bem jurídico, escolhendo a forma de punição mais idônea e proporcional em sentido estrito.

¹⁷⁷ Neste sentido também GOMES, L., 2007, op. cit., p. 11-115.

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em um Estado Democrático de Direito, não se pode prescindir do princípio da proporcionalidade¹⁷⁸ aplicado à esfera penal. Isso porque o Direito Penal traz em si intrinsecamente um conflito entre liberdade¹⁷⁹ e intervenção, pois, antes mesmo de limitar o poder punitivo estatal, ele é, na essência, um instrumento de vulneração dos direitos fundamentais. Não é possível compreender a pena sem pensá-la como uma violência do Estado contra o cidadão, e que essa violência, sem dúvida, conspurca, ou, na pior das hipóteses, relativiza os direitos fundamentais. No Direito Penal, o Estado, muitas vezes, acaba extrapolando seu dever de proteção e tutela, afetando de modo desproporcional direitos fundamentais daqueles que, por sua vez, são acusados de violar direitos alheios¹⁸⁰. Assim, deve-se, inevitavelmente, recorrer ao princípio da proporcionalidade para limitar a intervenção estatal.

Como visto no capítulo anterior, o fim do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, o que limita a ameaça penal àqueles comportamentos que ponham em perigo ou lesionem os valores indispensáveis para a sobrevivência do homem enquanto indivíduo e ser social, entretanto, também é necessário introduzir uma limitação ao meio que o legislador pode utilizar para alcançar dito fim. Isto é, a pena deve representar o meio mais adequado e estar prevista no *quantum* estritamente necessário para a proteção do bem sob tutela.

Após se ter analisado a doutrina do bem jurídico penal, visa-se, neste segundo capítulo, longe de esgotar o assunto, analisar o conteúdo do princípio da

¹⁷⁸ No dizer de Paulo Queiroz “O princípio da proporcionalidade é hoje, seguramente, o mais importante princípio de todo o direito e, em particular, do direito penal. Pode-se mesmo dizer que tudo em direito penal é uma questão de proporcionalidade, desde a sua existência mesma, passando pelos conceitos de erro de tipo, de legítima defesa, de coação irresistível, incluindo toda a controvérsia em derredor da responsabilidade penal da pessoa jurídica, até chegar às causas de extinção de punibilidade (v.g., prescrição), pois o que se discute é, em última análise, em todos esses casos, a necessidade, adequação, proporcionalidade, enfim, da intervenção jurídico penal” (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 25).

¹⁷⁹ Esta pesquisa, ao fazer menção à intervenção punitiva, trabalhará com a idéia somente das penas privativas de liberdade, por serem estas a sanção por excelência do direito penal. Não há dúvida de que esta modalidade punitiva viola a liberdade individual, atingindo, principalmente, a liberdade de locomoção.

¹⁸⁰ No terceiro capítulo desta pesquisa apresentar-se-ão alguns exemplos que confirmam tal assertiva. Toda vez que o legislador incriminar conduta em que não há um bem jurídico penal violado, ou cominar penas em abstrato excessivas, o Estado estará extrapolando o seu dever de proteção, ferindo de forma desproporcional os direitos fundamentais, eis que a intervenção na liberdade individual mostrar-se-á desnecessária, inócua e excessiva. Os delitos de perigo abstrato e a lei das contravenções penais são alguns exemplos desta intervenção desproporcional.

proporcionalidade para, posteriormente, ressaltar a necessidade de se reverem algumas penas cominadas em abstrato, por desrespeitarem tanto a noção de bem jurídico penal, quanto o princípio da proporcionalidade.

O que se pretende verificar neste segundo momento é o modo como o princípio em análise atua em relação ao legislador penal, que não deve utilizá-lo exclusivamente para justificar criminalizações ou descriminalizações, mas para construir um Direito Penal condizente com os valores constitucionais e com a própria realidade social.

A importância do princípio da proporcionalidade encontra-se relacionada à constatação de que, em um Estado Democrático de Direito, a liberdade constitui um dos bens primordiais tutelado juridicamente, o que traz como consequência o fato de que qualquer limitação sua deve ser balanceada, a fim de que ocorra apenas quando se apresentar claramente necessária, idônea e proporcional à proteção de determinado bem jurídico-constitucional.

Faz-se importante frisar que o princípio da proporcionalidade tem relevância em todas as etapas de incidência da norma penal: cominação, aplicação e execução. Entretanto, considerando-se o objetivo desta pesquisa, trabalhar-se-á tão-somente com a primeira etapa, na qual o princípio interessa à fixação, pelo legislador, das penas correspondentes a cada infração penal, dizendo respeito ao processo legislativo de cominação das consequências jurídicas do delito. Aqui, o princípio da proporcionalidade serve para que o legislador, além de verificar a idoneidade e necessidade da intervenção punitiva, estabeleça uma relação de adequação entre a gravidade da pena e a relevância do bem jurídico tutelado pela norma, bem como com a intensidade do dano a ele causado. De forma simples, pode-se dizer que essa operação importa reconhecer que as penas mais graves devem ser reservadas para os delitos que ataquem os bens jurídicos mais fundamentais, como a vida¹⁸¹.

Para alcançar o fim proposto, neste segundo capítulo apresentar-se-ão a origem histórica e evolução do princípio da proporcionalidade, a questão terminológica, sua consagração constitucional, bem como o seu conteúdo¹⁸² e conceito.

¹⁸¹ DE LA TORRE, et. al., 1999, op. cit., p. 59-60.

¹⁸² No conteúdo, como será ressaltado, adota-se a construção da doutrina e jurisprudência alemã, segundo a qual a proporcionalidade em sentido amplo possui três subprincípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

3.1 ORIGEM HISTÓRICA E EVOLUÇÃO

O princípio da proporcionalidade não constitui um conceito jurídico criado pela jurisprudência ou pela doutrina constitucional dos dois últimos séculos. A proporcionalidade é uma noção geral, utilizada desde épocas remotas na matemática e em outras diversas áreas do conhecimento¹⁸³. A relação entre meio e fim, que constitui a base epistemológica da proporcionalidade, já se encontrava inclusive no pensamento filosófico da Grécia clássica¹⁸⁴ - principalmente a partir dos ensinamentos da ética aristotélica, que trazia a noção de proporcionalidade como integrante do próprio conceito de Justiça -, repercutindo mais tarde na cultura jurídica romana¹⁸⁵, na qual tal princípio alcançou uma importância capital em vastos âmbitos do Direito privado¹⁸⁶. No entanto, o conceito de proporcionalidade como um princípio jurídico, com índole constitucional, apto a nortear a atividade legislativa em

¹⁸³ Ferrajoli leciona que uma das primeiras tentativas de se encontrar um critério justo para a aplicação da pena proporcional pode ser identificada na Lei de Talião, segundo a qual a pena deveria se igualar ao delito e consistir, assim, num mal da mesma natureza e intensidade. Percebe-se que esta idéia encontra-se ligada à concepção retributiva da pena na qual esta é uma resposta pelo mal causado, e a sua justa medida consiste na devolução do mal, na mesma moeda. Deste modo, a Lei de Talião, que tem em “olho por olho, dente por dente” a sua mais conhecida expressão, foi a primeira resposta encontrada para se estabelecer a quantidade da pena a ser imposta, tendo estado presente em todos os ordenamentos arcaicos desde o Código de Hamurabi, a Bíblia e a Lei das XII Tábuas (FERRAJOLI, 2006, op. cit, p. 356-358).

¹⁸⁴ Continuando com os ensinamentos de Ferrajoli, afirma este que “a exigência de que a pena seja proporcional à gravidade do delito já tinha sido expressada por Platão, *Le leggi*, cit., IX, 857b, p. 362-363: ‘Não temos que distinguir entre o ladrão que rouba muito ou pouco, ou que rouba de lugares sagrados ou profanos, nem atendermos a tantas outras circunstâncias inteiramente dessemelhantes entre si, como se dão nos roubos que, sendo variados, exigem que o legislador se atenha a elas impondo castigos totalmente diferentes?’. O princípio foi contemplado na Magna Carta de 1215, que nos itens 20 e 21 fala de ‘proporção’ entre pena e transgressão. E foi reformulado na época intermédia por Andrea D’Isernia, *Commentaria*, cit., p. 291: ‘poena debet proportionari delicto’” (Ibid., p. 414). Ainda no período da Grécia clássica, Branco afirma que “a idéia de proporcionalidade remonta a disciplina que o direito devia constituir alguma utilidade para a comunidade. Aristóteles fazia referência ao ‘meio termo’ e a ‘justa medida’ que se ligava à justiça substancial, correspondendo ao que hoje denominamos princípio da proporcionalidade. Para Aristóteles, ‘meio termo’ significava aquilo que era equidistante em relação a cada um dos extremos, e que era único e o mesmo em relação a todos os homens. Tinha ‘meio termo’ como aquilo que não era nem demais nem muito pouco, e isso não era único nem o mesmo para todos”. (BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 137).

¹⁸⁵ No direito romano a máxima *summum jus, summa injuria*, de Cícero, já determinava a idéia de coibir o abuso do direito por intermédio da ponderação (Ibid., p. 137).

¹⁸⁶ FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica. Princípio da proporcionalidade. Uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009, p. 75.

matéria penal, foi se desenvolvendo a partir dos impulsos propiciados, principalmente, pelas obras iluministas do século XVIII¹⁸⁷.

A eclosão dos movimentos liberais na Europa e nos Estados Unidos e a difusão dos ideais revolucionários da França vieram acompanhadas do pensamento de filósofos e juristas que, com o intuito de tornar o Estado menos absoluto e interventor, sufragaram a idéia da proporcionalidade, logo estendida à esfera penal¹⁸⁸. Neste contexto histórico, merece destaque a obra *Dei delitti e delle pene* de Beccaria, a qual representa um marco em termos de proporcionalidade penal, eis que as idéias nela contidas, reflexo do pensamento iluminista, buscavam no valor da igualdade a realização da justiça¹⁸⁹.

Segundo Beccaria, na medida em que a atrocidade da pena é inútil, esta se torna contrária à justiça, entendida como o mínimo emprego da força para o fim da defesa social. Assevera que:

Ninguém faz graciosamente o sacrifício de uma parte de sua liberdade apenas visando ao bem público. Tais fantasias apenas existem nos romances. Cada homem somente por interesses pessoais está ligado às diversas combinações políticas deste globo; e cada um desejaria, se possível, não estar preso pelas convenções que obrigam os demais homens. (...) As leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra. Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. (...) Não era suficiente, contudo, a formação desse depósito; era necessário protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois a tendência do homem é tão forte para o despotismo, que ele procura, incessantemente, não só retirar da massa comum a sua parte de liberdade, como também usurpar a dos outros. Eram necessários meios sensíveis e muito poderosos para sufocar esse espírito despótico, que logo voltou a mergulhar a sociedade em seu antigo caos. Tais meios foram as penas estabelecidas contra os que infringiram as leis. (...) somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. (...) Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo. As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos¹⁹⁰.

Ademais, o filósofo já ressaltava as desvantagens de penas desproporcionais:

¹⁸⁷ FELDENS, 2005, op. cit., p. 157.

¹⁸⁸ GOMES, Marcus Alan de Melo. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 146.

¹⁸⁹ FELDENS, 2005, op. cit., p. 158.

¹⁹⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 18.

Se dois crimes que afetam desigualmente a sociedade recebem idêntico castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo de recear uma pena maior para o crime mais hediondo, resolver-se-á com mais facilidade pelo crime que lhe traga mais vantagens; e a distribuição desigual das penas fará nascer a contradição, tanto notória quanto freqüente, de que as leis terão que castigar os delitos que fizeram nascer¹⁹¹.

Conclui, assim, que para que uma pena não constitua uma violência contra o cidadão, deve ser essencialmente “pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcional ao delito e determinada pela lei”¹⁹².

Esta concepção de que a pena não poderia se submeter a um juízo de discricionariedade, devendo respeitar um juízo de proporcionalidade baseado na legalidade, foi acolhida pelas primeiras cartas constitucionais do final do século XVIII e início do século XIX, bem como por outros textos legais¹⁹³.

Ainda no que concerne à evolução histórica do princípio da proporcionalidade, faz-se interessante abordar o surgimento da corrente adotada nesta pesquisa, a qual apresenta a proporcionalidade em sentido amplo formada pelos três subprincípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁹⁴.

Vinculada ao direito de polícia¹⁹⁵ e a jurisdição administrativa, a teoria da proporcionalidade vingou primeiro na Prússia, onde alcançou certa maturidade e dali se dilatou aos demais Estados alemães¹⁹⁶. Neste contexto, conforme leciona Pulido, resultou decisiva a doutrina de Carl Glottlieb Svarez¹⁹⁷, quem embasou os subprincípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Svarez entendia que a possibilidade de intervenção estatal na liberdade só poderia

¹⁹¹ Ibid., p. 69.

¹⁹² Ibid., p. 107.

¹⁹³ GOMES, Marcus, 2008, op. cit., p. 147. Como exemplo cita-se o artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “a lei não deve estabelecer mais do que penas estrita e evidentemente necessárias”.

¹⁹⁴ O conteúdo do princípio da proporcionalidade será desenvolvido nos tópicos 3.4 e 3.5 deste capítulo, nos quais se explicará os motivos da adoção da proporcionalidade em sentido amplo e o seu significado.

¹⁹⁵ Conforme leciona Ferraz, citando Suzana Barros, o poder de polícia podia ser entendido como “um setor determinado da atividade da Administração Pública, a saber, a atividade da autoridade no terreno da Administração interior, que impõe coativamente à liberdade natural da pessoa e à propriedade do cidadão, as restrições necessárias para a manutenção do Direito e da ordem pública.” (FERRAZ, 2009, op. cit., p. 82).

¹⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 370.

¹⁹⁷ Bonavides, citando Jellinek, informa que em 1791, Svarez, “numa conferência sobre o direito de polícia formulou nestes termos o princípio fundamental do Direito Público: ‘O Estado somente pode limitar com legitimidade a liberdade do indivíduo na medida em que isso for necessário à liberdade e à segurança de todos.’” (Ibid., p. 370).

considerar-se legítima dependendo de sua intensidade e dos objetivos que se pretendia alcançar. Nem todos os propósitos habilitavam o poder de polícia para intervir na liberdade individual. Ademais, o Estado tem competência para intervir na liberdade com maior intensidade, quando busca evitar danos comunitários ou diminuir o risco dos mesmos. Por sua vez, o subprincípio da idoneidade passou a ter relevância simultaneamente na cultura jurídica da Prússia. A aceitação da doutrina jusnaturalista, suscitou o convencimento de que o exercício do poder delegado à Administração só era legítimo quando perseguia fins relevantes para a comunidade, e quando fosse idôneo para alcançar ditos fins. Com o tempo, os subprincípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito passaram a embasar um único conceito jurídico, que passou a ser conhecido por princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou princípio da proibição de excesso, o qual era visto na Prússia como um princípio do direito de polícia. A partir de sua consolidação na Prússia, o princípio da proporcionalidade conheceu uma incessante expansão no Direito público europeu, o que o levou a ser considerado como critério para controlar a observância dos direitos fundamentais por parte dos poderes públicos. Foi assim, que ao longo do século XIX, este princípio começou a ser aplicado nas mais variadas áreas do Direito Administrativo alemão¹⁹⁸.

Todo esse contexto teórico de sedimentação da noção de proporcionalidade propiciou, no cenário do pós-guerra, um fértil campo para seu desenvolvimento no Direito Constitucional, tanto na doutrina, como na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, ávido por minimizar as conseqüências nefastas de uma guerra perdida em uma sociedade moralmente aniquilada¹⁹⁹.

O primeiro caso que se tem notícia naquele Tribunal envolvendo a sistemática de tutela dos direitos fundamentais com a utilização do princípio da proporcionalidade foi a sentença prolatada no caso das farmácias (BVerfGE7, 377)²⁰⁰. Entretanto, foi só na decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão

¹⁹⁸ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2005, p. 42-44.

¹⁹⁹ FERRAZ, 2009, op. cit., p. 83.

²⁰⁰ Neste caso, um farmacêutico impugnou mediante recurso de amparo, uma decisão baseada em lei do Estado da Baviera de 1952 (em seu artigo 3.1), que versava sobre o estabelecimento de uma série de exigências relacionadas ao exercício da atividade farmacêutica e abertura de novos estabelecimentos em determinada comunidade. De acordo com o recorrente, essa lei estaria a restringir sua liberdade de exercício da atividade profissional garantida pela Lei Fundamental (em seu artigo 12), juntou ainda a medida do governo local que considerou que a criação de uma nova farmácia no local intentado pelo recorrente não preservaria o interesse público, mas, pelo contrário, estaria a restringir os benefícios econômicos das farmácias circunvizinhas na ordem de 40%, por causa de um excesso de oferta de produtos farmacêuticos. Por essa razão, a instalação da nova

em processo sobre armazenamento de petróleo (BVerfGE 30:292) que, pela primeira vez, houve uma definição clara e precisa do princípio da proporcionalidade²⁰¹ nos moldes atuais, com seus três subprincípios. Nesta decisão ficou definido que o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado, sendo que um meio será adequado quando mediante o mesmo pode-se lograr o resultado desejado, e necessário quando o legislador não poderia ter optado por um meio distinto, igualmente eficaz, que não limitaria, ou que o faria em menor medida, o direito fundamental atingido. Acrescenta ainda a decisão que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito pressupõe que a comparação entre a gravidade do ataque e a importância dos motivos que o justificam deve parecer razoável para o afetado²⁰².

A consolidação do princípio na Alemanha, transportando-o do Direito Administrativo ao Direito Constitucional, e consagrando os três subprincípios, foi fundamental para o desenvolvimento da proporcionalidade em sentido amplo.

3.2 NOMENCLATURA NO DIREITO COMPARADO

farmácia não se afigurava viável, e, além disso, acarretaria risco para aquelas já assentadas na mesma região. A fim de resolver a questão, tratou o Tribunal Constitucional Alemão de aferir a constitucionalidade do referido artigo da lei hostilizada. Nesse sentido, fez-se necessário reconstruir um percurso histórico acerca das razões que sustentaram a necessidade de se regular a criação e o funcionamento das farmácias – legitimação do fim da medida restritiva do direito fundamental – e dos pressupostos de escolha e exercício da profissão garantidos pelo artigo 12 da Lei Fundamental. Nesses termos, o Tribunal sustentou que quanto maior seja a intervenção na esfera de liberdade do indivíduo - aqui tratada na forma de escolha da profissão, maior deve ser o interesse público que a justifique, ou seja, que os pressupostos subjetivos para a escolha da profissão de farmacêutico, impostos pela lei, devem ser proporcionais às necessidades que fundamentam a regulação do exercício profissional. Assim, a liberdade individual só pode ser restringida pelo meio mais benigno, anunciando a teoria dos níveis de intervenção legislativa, imprescindíveis para se compreender o alcance dos subprincípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Ficou definido na decisão que o legislador deve regular o artigo 12.1.2 LF em um nível que implique a menor intervenção na liberdade de escolha da profissão e só pode passar para o nível seguinte quando puder ser evidenciado, com alta probabilidade, que os perigos temidos não podem ser afastados com as medidas constitucionais pertencentes ao nível anterior (FERRAZ, 2009, op. cit., p. 83-84).

²⁰¹ BONAVIDES, 1994, op. cit., p. 372.

²⁰² CORREA, Teresa Aguado. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madri: Edersa, 1999, p. 66. Em relação à aplicação da proporcionalidade em matéria penal no Tribunal Alemão, Correa informa que: “El BVerfG, en una sentencia del año 1957, en relación con el Derecho penal, afirmó: «De los principios generales de la Constitución, y en especial del principio del Estado de Derecho, se deriva para el Derecho penal que la pena con la que se amenaza ha de encontrarse en una relación justa con la gravedad del hecho y con la culpabilidad del autor...; no debe ser ni desproporcionada ni inhumana [...] Una ley penal que contravenga esto, no podría formar parte de un orden constitucional». Se exige pues, que la ley desde la formulación del tipo no obligue al juez a imponer penas desproporcionadas, sino que se le debe dar la posibilidad de imponer una pena proporcionada teniendo en cuenta el caso concreto.” (CORREA, 1999, loc.cit).

Alguns outros termos são comumente utilizados com a finalidade de indicar o princípio sob comento, como o princípio da razoabilidade, de uso comum entre os autores norte-americanos, e o da proibição ou vedação de excesso, comum entre os autores alemães. De maneira geral, todos buscam o equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos.

Ao tratar das ambigüidades terminológicas, Bonavides esclarece que os termos mais usuais na linguagem jurídica alemã são proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) e proibição de excesso (*Übermassverbot*), via de regra empregados para designar o conjunto de conceitos parciais ou elementos constitutivos denominados sucessivamente adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit, i.e., Sinn*). Acrescenta que a locução “vedação de excesso” teve a preferência de importantes juristas desde Jellinek, um clássico do direito administrativo, até Peter Lerche, autor de uma originalíssima e fundamental obra sobre o assunto, estampada ao começo da década de 60. A carência de unidade sistemática faz-se presente inclusive na Corte Constitucional, a qual tem recorrido aos dois termos com visíveis oscilações, chegando até mesmo a utilizá-los juntos, em decisões que falam dos “princípios da proporcionalidade e da proibição de excesso”, como se fossem distintas significações²⁰³.

Deve-se observar que esta nomenclatura – vedação de excesso - vem sendo afastada, eis que, muito embora a proporcionalidade seja visualizada como instrumento de controle dos excessos estatais, vem se desenvolvendo, na doutrina nacional e estrangeira, a discussão sobre sua utilização para finalidade inversa, ou seja, para o combate à omissão ou à ação insuficiente do Estado, registrando-se, inclusive, a denominação “proibição de proteção deficiente”²⁰⁴. Ressalta-se que na presente análise, o enfoque da proporcionalidade recai sobre a necessidade de controle da expansão quantitativa e qualitativa das normas penais, razão pela qual a proporcionalidade poderia ser compreendida como sinônimo de proibição de excesso. Ademais, como fora brevemente informado no primeiro capítulo – quando se tratou da questão das imposições constitucionais de criminalização (item 1.2.4) – rejeita-se a construção que caminha em direção à existência de mandados implícitos

²⁰³ BONAVIDES, 1994, op. cit., p. 366.

²⁰⁴ Sobre a “proibição de proteção deficiente” ver as obras de: STRECK, 2004, op. cit. e FELDENS, 2005, op. cit.

de criminalização e, portanto, de “proibições de proteção deficiente”. Informa-se, novamente, que embora se deixe aqui registrada a posição que este trabalho adota perante o tema, não há espaço no mesmo para desenvolver maiores argumentos, nem mesmo apresentar a corrente ora atacada de maneira mais específica.

Quanto à razoabilidade, esta tem origem inglesa, embora tenha sido no direito norte-americano que ganhou contornos mais precisos²⁰⁵. Sobre o surgimento deste princípio na Inglaterra, Ferraz leciona que a noção lata de proporcionalidade ganhou novos contornos e características próprias no *common law*. Informa o autor que para boa parte da doutrina a razoabilidade deita raízes na Magna Carta de 1215, na qual a cláusula “*law of the lands*” (artigo 39) dispunha que nenhum homem livre será detido ou preso, ou privado de seus direitos ou posses, ou ficará à margem da lei, ou será exilado, ou molestado de qualquer forma, e nem será alvo de força contra ele, exceto por meio de um julgamento lícito pelos seus pares ou pelas leis da terra. Entretanto, questiona o autor a identificação histórica da razoabilidade com a Magna Carta, eis que a doutrina inglesa sempre fez referência a um princípio da irrazoabilidade e não da razoabilidade. Assim, o autor adota o entendimento de que a origem concreta do princípio da irrazoabilidade, na forma como realmente é aplicado na Inglaterra, encontra-se em uma decisão judicial proferida em 1948, no caso *Associated Provincial Picture Ltd v. Wednesbury Corporation*. Esse teste de irrazoabilidade, conhecido como *Teste Wednesbury*, implica tão-somente rejeitar atos que sejam excepcionalmente ou manifestamente irrazoáveis, ou seja, é necessário um certo patamar de irracionalidade que tornem seu sentido e/ou finalidade incompreensíveis²⁰⁶.

Como forma de resistência à excessiva ingerência da Coroa Britânica no assunto das Treze Colônias da América do Norte, o sentido incorporado pela cláusula do “*law of the lands*” adquiriu grande impulso e contornos próprios, passando a ser entendido como a garantia do *due processo of law*, incorporada à Constituição Americana²⁰⁷.

Nos Estados Unidos, o princípio da razoabilidade foi extraído da amplitude do devido processo legal substantivo. Como aponta Castro, a cláusula do devido processo legal, que se encontra formalmente assentada na Constituição Americana por meio das emendas 5 e 14, revelou-se, no decorrer dos tempos, ao lado do

²⁰⁵ BRANCO, 2006, op. cit., p. 133.

²⁰⁶ FERRAZ, 2009, op. cit., p. 129-130.

²⁰⁷ Ibid., p. 130.

princípio da igualdade, o mais importante instrumento jurídico protetor das liberdades públicas, com destaque para sua novel função de controle do arbítrio legislativo e da discricionariedade governamental²⁰⁸.

Após a teoria do devido processo legal processual (*procedural due process*), a Suprema Corte Americana – afinada com os reclamos sociais de repulsa ao exercício arbitrário e discricionário do Poder Legislativo, atentatórios aos direitos fundamentais, e em harmonia com um modelo de Estado Liberal que preconizava a limitação da ação estatal para preservar o indivíduo – desenvolveu a teoria do devido processo legal substantivo (*substantive due process*), que visava questionar exatamente o mérito dos atos do Poder Público, impulsionando sobremaneira o exercício da função jurisdicional pelo Poder Judiciário. Nesse contexto, como consentâneo da cláusula do *due process of law*, que de garantia processual, transmudou-se em princípio de Justiça, passou a Suprema Corte a aderir a razoabilidade das leis e dos atos estatais em geral, de forma que, de maneira assente naquela Corte, uma lei irrazoável não poderia ser considerada *legem terrae* e, por conseguinte, acorde com a cláusula do devido processo legal²⁰⁹.

Percebe-se, portanto, que a razoabilidade apresenta-se como um referencial ao controle do abuso, habilita-se a fazê-lo tão-somente em situações de inequívoca ou manifesta irrazoabilidade, isso porque, à diferença da proporcionalidade, o juízo de razoabilidade mostra-se menos apurado, não ostentando em sua estrutura referenciais teóricos que possam, a exemplo do que sucede com a proporcionalidade, conduzir o intérprete a um exame mais acurado²¹⁰.

O Supremo Tribunal Federal utiliza tanto os termos proporcionalidade quanto razoabilidade, não se podendo, entretanto, extrair da jurisprudência da Corte brasileira uma posição única do significado dos mesmos²¹¹.

²⁰⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 2.

²⁰⁹ FERRAZ, 2009, op. cit., p. 130-132.

²¹⁰ FELDENS, 2005, op. cit., p. 160.

²¹¹ Como bem salienta Ferraz, diante de uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que “sob o rótulo ou roupagem padrão de ‘princípio da proporcionalidade’ – mesmo em julgados recentíssimos – podem ser derivadas diversas significações: ora não é sequer mencionada a palavra proporcionalidade; ora o princípio é tratado como um mero recurso a um topos, com caráter retórico e não sistemático, apenas para afastar alguma conduta considerada abusiva; ora é tratado como sinônimo de igualdade (isonomia) e, mais frequentemente, como razoabilidade; ora invocado como devido processo legal...” (FERRAZ, 2009, op. cit., p. 103). Colacionam-se alguns julgados em matéria penal nos quais os termos proporcionalidade e razoabilidade são utilizados, sem que se consiga aferir o significado dos mesmos ou se são utilizados como sinônimos ou com distintas significações: DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 180, § 1º DO CÓDIGO PENAL. CONSTITUCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A conduta descrita no § 1º do art. 180 do Código

Entende-se que razoabilidade e proporcionalidade são expressões distintas, que não devem ser utilizadas como sinônimos. Além de possuírem origem diversa, que concedeu às mesmas roupagens diferentes, a conceituação da razoabilidade não agrega a formulação teórico-estrutural que caracteriza o princípio da proporcionalidade, qual seja, o método pré-ordenado assentado nas suas três máximas: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Como esta pesquisa segue a construção alemã da proporcionalidade em sentido amplo e seus subprincípios, adota-se, para efeitos de unidade, harmonia e coesão do presente trabalho, tão-somente a expressão princípio da proporcionalidade.

Penal é evidentemente mais gravosa do que aquela descrita no caput do dispositivo, eis que voltada para a prática delituosa pelo comerciante ou industrial, que, pela própria atividade profissional, possui maior facilidade para agir como receptador de mercadoria ilícita. 2. Não obstante a falta de técnica na redação do dispositivo em comento, a modalidade qualificada do § 1º abrange tanto do dolo direto como o dolo eventual, ou seja, alcança a conduta de quem "sabe" e de quem "deve saber" ser a coisa produto de crime. 3. Ora, se o tipo pune a forma mais leve de dolo (eventual), a conclusão lógica é de que, com maior razão, também o faz em relação à forma mais grave (dolo direto), ainda que não o diga expressamente. 4. Se o dolo eventual está presente no tipo penal, parece evidente que o dolo direto também esteja, pois o menor se insere no maior. 5. Deste modo, não há que se falar em violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como pretende o impetrante. 6. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97344 / SP - SÃO PAULO. Segunda Turma. Relator: Min. Ellen Gracie. *DJe*, Brasília, 28 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=594686&idDocumento=&codigoClasse=349&numero=97344&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em: 09.02.2010).

EMENTA Habeas corpus. Execução penal. Cometimento de falta grave. Perda dos dias remidos. Não-ofensa aos princípios constitucionais alegados. Possibilidade de alteração da data-base para reinício do cômputo para obtenção de outros benefícios executórios. Impossibilidade de aplicação do art. 58 da LEP para limitação temporal da perda dos dias remidos. Precedentes. 1. A perda dos dias remidos pelo trabalho de que trata o artigo 127 da Lei de Execuções Penais não afronta os princípios constitucionais da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da razoabilidade. 2. No que concerne à alteração da data-base para concessão de novos benefícios, a decisão ora questionada está de acordo com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o cometimento de falta grave pelo apenado impõe não só a regressão de regime de cumprimento da pena, como o reinício do cômputo do prazo de 1/6 da pena para obtenção de nova progressão de regime prisional" (HC nº 86.990/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 9/6/06). 3. É desprovido de fundamento jurídico o pedido de aplicação do art. 58 da Lei de Execuções Penais para impor a limitação temporal de 30 dias para perda dos dias remidos, porque "o dispositivo legal citado refere-se a capítulo diverso daquele referente à remição da pena e trata exclusivamente do isolamento, da suspensão e da restrição de direitos, cuja aplicação incumbe à autoridade disciplinar do estabelecimento prisional" (HC nº 89.784/RS, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 2/2/07). 4. Habeas corpus denegado. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94652 / RS - RIO GRANDE DO SUL. Primeira Turma. Relator: Min. Menezes Direito. *DJe*, Brasília, de 04 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC%2094652&base=baseAcordaos>. Acesso em: 09.02.2010).

3.3 CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL

O princípio da proporcionalidade apresenta-se no ordenamento pátrio de forma implícita, isto é, encontra-se de forma esparsa no sistema, sendo extraído das regras e de outros princípios adotados pelo ordenamento. Em decorrência deste fato, avulta-se a importância de se identificarem as disposições do texto constitucional das quais pode ser extraído tal princípio. Neste sentido, preleciona Bianchini que:

O princípio da proporcionalidade, embora não mereça, na Constituição brasileira, uma atenção específica pode, perfeitamente, ser extraído dos objetivos fundamentais do Estado, dentre os quais inclui-se a construção de uma sociedade livre e justa (art. 3º, I). Além disso, ele oferece conteúdo material ao Estado de direito. A liberdade e a justiça, objetivos do Estado brasileiro, são as vigas mestras para o desenvolvimento do princípio de proporcionalidade: a liberdade, porque, quando cotejada com outros valores, deve ser preponderante; a justiça, porque não coaduna com a hipótese de se permitir qualquer excesso quando da restrição da liberdade que a intervenção punitiva representa. Para que o Estado de direito se realize plenamente, há necessidade de que o legislador permaneça vinculado aos princípios jurídicos fundamentais. O princípio de proporcionalidade “deriva da força normativa dos direitos fundamentais, e, portanto, o legislador deve observá-lo na regulação das medidas limitativas de ditos direitos, restringindo-os unicamente quando as ingerências sejam idôneas, necessárias e proporcionadas em relação com a persecução de fins constitucionalmente legítimos” (Gonzales-Cuellar, 1990, p.323). Ele pode, ademais, ser invocado a partir da previsão encontrada no §2º do art. 5º da Constituição²¹², cujo enunciado estabelece que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.²¹³

Ao discorrer sobre a consagração constitucional do princípio da proporcionalidade, é forçoso ressaltar que a riqueza de conteúdo do ordenamento jurídico pátrio permite a constatação de que não cabe falar em apenas um fundamento constitucional para o princípio em estudo, nem mesmo se pode concluir que a aceitação de um fundamento implica a exclusão de outro. A diversidade de posições ao apontar tais fundamentos, ao invés de significar eventual desencontro e

²¹² Sobre este dispositivo constitucional, interessante a transcrição dos ensinamentos de Bonavides: “O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este cosagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.” (BONAVIDES, 1994, op. cit., p. 396).

²¹³ BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 84-85.

possível vulnerabilidade de tal princípio, serve para reafirmar sua origem constitucional.

No que concerne aos vários valores e dispositivos constitucionais que podem ser apresentados como fundamentos do princípio da proporcionalidade, Mariângela Gomes²¹⁴ ressalta a consagração do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), o significado constitucional de “pena”, os valores de justiça, liberdade e dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade (art. 5º, CF), a proibição de penas cruéis e desumanas (art. 5º, III, CF), a proporcionalidade do direito de resposta (art. 5º, V, CF), o devido processo legal (art. 5, LIV, CF) e a proibição de arbitrariedade dos poderes públicos. De forma semelhante, Correa afirma que a maioria da doutrina penalista espanhola está de acordo em reconhecer a origem constitucional do princípio da proporcionalidade, mas não existe consenso acerca de qual preceito constitucional o consagra. Assim, a autora aponta como fundamentos apresentados pela doutrina espanhola a proibição de penas desumanas e degradantes, a interdição da arbitrariedade dos poderes públicos, a proclamação do Estado de Direito, o conceito de pena, os valores constitucionais de liberdade, dignidade da pessoa humana, justiça e igualdade²¹⁵.

Ressalta-se aqui a indiscutível importância do modelo de Estado adotado pelo legislador constitucional, bem como os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana como fundamentos constitucionais do princípio da proporcionalidade. Ao eleger o Estado Democrático de Direito, o constituinte converteu a proporcionalidade em um cânone implícito da Carta Maior, afinal de contas, como seria possível construir uma sociedade pautada no pleno respeito aos direitos e garantias fundamentais, no livre exercício das liberdades públicas, sem um critério de equilíbrio entre esse exercício e o poder estatal de restringi-lo? A proporcionalidade é uma exigência inerente a essa dinâmica, sob pena de se permitir que um dos lados – o cidadão ou o Estado, mas especialmente este último – se sobreponha ao interesse do outro. Ademais, do reconhecimento dos direitos fundamentais decorrentes da consagração do Estado Democrático de Direito, é possível deduzir que aqueles podem ser limitados pelo Poder Público apenas na medida em que se demonstrar essa indispensabilidade à tutela dos interesses públicos. Assim, o princípio da proporcionalidade comporta um juízo de ponderação

²¹⁴ GOMES, Mariângela, 2003, op. cit., p. 63-72.

²¹⁵ CORREA, 1999, op. cit., p. 120-125.

entre os interesses individuais dos cidadãos e os interesses da coletividade, a ser efetuado a partir de uma hierarquia de valores que o legislador deve respeitar²¹⁶.

Da mesma forma, o valor de igualdade deve nortear as escolhas do Estado no desempenho de suas funções legislativa, executiva e judicial²¹⁷. No âmbito penal, o princípio da igualdade significa a proibição para o legislador ordinário de discriminações arbitrárias: impõe que a situações iguais corresponda um tratamento igual, do mesmo modo que a situações diferentes deve corresponder um tratamento diferenciado, isto significa punir equivalentemente as condutas delituosas, cominando-lhes penas proporcionais à gravidade da lesão causada ao bem jurídico tutelado²¹⁸. Importa estabelecer uma escala coerente e ponderada, em que os comportamentos ilícitos ensejem conseqüências jurídicas compatíveis e equiparáveis, na exata medida da compatibilidade e equiparação de suas causas. A diferença dos efeitos deve seguir a diferença das causas. Ao mesmo tempo, a igualdade constitucional permeia toda a atividade do juiz criminal, seja na fixação, seja na execução da pena, de modo que a fatos equivalentes praticados em circunstâncias objetivas semelhantes e por indivíduos em condições subjetivas equiparáveis, apliquem-se penas proporcionalmente iguais, mas também proporcionalmente desiguais, na estrita medida de eventuais desigualdades²¹⁹.

Outro valor de fundamental importância na consagração do princípio da proporcionalidade é a dignidade da pessoa humana. A Constituição, ao reconhecer a pessoa humana como o centro em torno do qual a legislação deve se pautar, impõe ao legislador o dever de ponderar toda e qualquer intromissão que aponte para os limites de direitos e garantias assegurados constitucionalmente a todas as pessoas²²⁰. O Estado deve pautar toda a sua atividade na valorização da pessoa humana, e é neste sentido que a intervenção penal proporcional vem dignificar o homem, pois o trata segundo as suas características individuais e as peculiaridades do delito.

Vê-se, portanto, que não existe um consenso acerca de um fundamento único, mas como afirmado anteriormente, todos os fundamentos apontados apenas confirmam a inquestionável consagração constitucional do princípio da proporcionalidade.

²¹⁶ GOMES, Marcus, 2008, op. cit., p. 152.

²¹⁷ BONAVIDES, 1994, op. cit., p. 395.

²¹⁸ GOMES, Mariângela, 2003, op. cit., p. 67.

²¹⁹ GOMES, Marcus, 2008, op. cit., p. 154.

²²⁰ GOMES, Mariângela, 2003, op. cit., p. 67.

3.4 CONTEÚDO E CONCEITO

Bonavides afirma que há princípios mais fáceis de compreender do que definir, colocando a proporcionalidade nesta categoria, sendo mais fácil senti-la do que conceituá-la²²¹, mas a ausência de um conceito rígido não impede a compreensão da essência do princípio em comento. A análise etimológica já apresenta uma noção: o substantivo *proporção* encerra a idéia matemática de relação harmônica ou simétrica²²². Transpondo tais noções ao Direito, torna-se claro que a proporção ou relação harmônica há de ser aferida à luz da finalidade do direito em cotejo com os meios utilizados para o atingir dos fins. Tal idéia, embora simplista, resume a noção do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade traduz, portanto, o dever jurídico do intérprete e aplicador do Direito de guardar e buscar sempre a almejada *justa medida*. Essa cláusula, que é imanente à idéia de Direito e que hoje ostenta fecunda vocação expansiva para a compreensão do fenômeno jurídico na pós-modernidade, expressa a noção de equitatividade, de adequabilidade, de suficiência, de ausência de abuso ou excesso, de equilíbrio de condutas, de equânime distribuição de ganhos e ônus nas relações jurídicas, enfim, de justa e aceitável proporção na correlação entre os direitos e os deveres impostos, ou de qualquer forma promovidos pela ordem jurídica plural e democrática²²³.

Proporcionalidade encerra, assim, a orientação deontológica de se buscar o meio mais idôneo, mais equitativo e menos excessivo nas variadas formulações do Direito, seja na via da legislação ou posituação das normas jurídicas, a fim de que o reconhecimento ou o sacrifício de um bem da vida não vá além do necessário ou, ao menos, do justo e aceitável em face de outro bem da vida ou de interesses contrapostos²²⁴.

²²¹ BONAVIDES, 1994, op. cit., p. 232.

²²² Proporção: 1. Relação entre coisas; comparação. 2. Dimensão, extensão. 3. Disposição regular, harmônica; harmonia. 4. Conformidade, identidade. 5. *Arit.* Igualdade de duas razões. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988).

²²³ FERRAZ, 2009, op. cit., p. 74.

²²⁴ CASTRO, 2005, op. cit., p. 198-199.

Em matéria penal, Ferrajoli destaca o seguinte:

O fato de que entre pena e delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser *adequada* ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexa retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz *em relação* à natureza e à gravidade do outro²²⁵.

De La Torre, Zapatero, Rivas, Olivé e Piedecabras afirmam que no âmbito do princípio da proporcionalidade pode-se falar em dois momentos distintos: primeiro na fixação legislativa das penas ou cominação em abstrato; e, em segundo lugar, na determinação concreta da pena por cada juiz ao aplicar a lei²²⁶. No primeiro momento, da previsão legislativa, o princípio da proporcionalidade requer uma relação de adequação entre a gravidade da pena e a relevância do bem jurídico, incluindo nesta as distintas formas de ataque que o mesmo pode sofrer. Como todo juízo de proporcionalidade, esta equação resolve-se através de valorações e comparações. As penas mais graves devem ser reservadas para os delitos que atacam os bens jurídicos mais fundamentais, como a vida e a saúde, eis que estes bens devem, em um Estado Democrático de Direito, situar-se na cúpula do ordenamento hierárquico. Ademais, para cada delito ou grupo de delitos que servem à tutela de bens jurídicos, as penas devem graduar-se conforme a gravidade de

²²⁵ FERRAJOLI, 2006, op. cit., p. 366.

²²⁶ Em sentido semelhante, Correa afirma que: “Siendo el fin del Derecho penal la protección de bienes jurídicos, lo cual limita la amenaza penal a aquellos comportamientos que pongan en peligro o lesionen el bien jurídico, también se introduce una limitación al medio que pueda utilizar el legislador para alcanzar dicho fin. Tanto las normas redactadas por el legislador como las sanciones que en el caso concreto sean impuestas por el juez – penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias – han de resultar medios adecuados para luchar contra los delitos.

Nos encontramos ante un principio que opera tanto en el momento de creación del Derecho por los legisladores como en el de su aplicación por los Jueces o Tribunales e incluso en el momento de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria. En este sentido se afirma que la prohibición de exceso puede tener relevancia de tres formas distintas en orden a la penalización: en primer lugar, una determinada figura delictiva, como tal, o su extensión, puede infringir la prohibición de exceso; en segundo lugar, el marco penal abstracto no está en armonía con la materia de injusto delimitada en el tipo legal, y, por último, la prohibición de exceso puede infringirse a través de la sentencia que dictan los Jueces o Tribunales.

En el ámbito del Derecho penal se destaca la funcionalidad de este principio en la tipicidad, la antijuricidad y en el establecimiento del enlace material entre el delito y su consecuencia jurídica. En primer lugar, la prohibición de exceso actuaría como límite a la criminalización de conductas que el legislador lleva a cabo a través de la creación de tipos penales.

En segundo lugar, una vez afirmada la tipicidad de un comportamiento, en el ámbito de la antijuricidad hay que comprobar la ausencia de causas de justificación, campo en el juegan un papel fundamental los principios de necesidad y proporcionalidad como criterios de ponderación de intereses, sin que quepa olvidar el principio de idoneidad. [...] En último lugar, hay que acudir al principio de proporcionalidad en sentido amplio para entender el enlace material entre el delito y su consecuencia jurídica.” (CORREA, 1999, op. cit., p. 113-118).

afetação deste bem. Acrescenta o autor que a exigência de proporcionalidade não é somente de ordem jurídica, mas também requisito material da prevenção, pois só penas proporcionais à gravidade do delito e à sua valoração social estão em condições de motivar os cidadãos ao respeito da norma. Exemplifica citando casos em que a conduta já é adequada socialmente e mesmo assim continua sendo incriminada, ou quando se impõem penas excessivamente graves a condutas menos lesivas. Em ambos os casos, a prevenção fracassa por falta de proporcionalidade, já que ou bem os juízes acabarão não aplicando a lei, ou os destinatários da norma passarão a considerá-la como uma loteria ao revés²²⁷.

Quanto ao conteúdo do princípio da proporcionalidade, há, basicamente, duas linhas de interpretação: a primeira delas, menos abrangente, vê na proporcionalidade a relação que deve existir entre pena prevista e fim perseguido pela norma; a segunda, mais ampla, estabelece uma conexão do princípio com uma certa economia de liberdade, pelo que implicaria a proibição de penas desnecessárias e excessivas para se alcançar determinado fim. A concepção restritiva toma o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, como uma exigência de que a gravidade da pena seja proporcional à do delito praticado²²⁸. A

²²⁷ DE LA TORRE, et.al., 1999, op. cit., p. 59. Segundo os ensinamentos dos autores: “En la previsión legislativa de la pena correspondiente al delito, el principio de proporcionalidad requiere una relación de adecuación entre gravedad de la pena y relevancia del bien jurídico que protege la figura delictiva y a su vez entre la misma y las distintas formas de ataque al bien jurídico que la conducta delictiva puede presentar. Como todo juicio de proporcionalidad, se resuelve éste en valoraciones y comparaciones, es decir, en una ponderación. A modo de orientación puede decirse que las penas más graves deben reservarse para los delitos que atacan los bienes jurídicos más fundamentales, por lo que la medida máxima de las penas bien podría establecerse a partir de los delitos contra la vida y la salud, situándose estos bienes en la cúspide del ordenamiento jerárquico de bienes jurídicos, como parece propio de un Estado social y democrático de Derecho.

A su vez las penas para cada delito o grupo de delitos que sirven a la tutela del bien jurídico deben graduarse acomodadas a la gravedad del modo de afectación del bien jurídico y a las propiedades subjetivas de la conducta que atenta contra él, graduación que unas veces se hace en la Parte General de modo abstracto, por ejemplo distinguiendo entre consumación de la lesión del bien jurídico y tentativa y otras en la Parte Especial, por ejemplo, atendiendo a las propiedades materiales de la conducta con la distinción típica y punitiva entre homicidio (art. 138), y asesinato (art. 139), o entre estas figuras dolosas o intencionales y el homicidio imprudente (comparar arts. 138 y 142).

La exigencia de proporcionalidad no es solamente de orden jurídico, sino también requisito material de la prevención, pues sólo penas proporcionadas a la gravedad de los delitos y a su valoración social están en condiciones de motivar a los ciudadanos al respeto a la norma. Por esta razón material fracasan sistemáticamente los recursos al terror penal, es decir, los intentos de evitar determinadas conductas incriminándolas como delitos – como en las punicias generales de la interrupción voluntaria del embarazo – o a través de la imposición de penas excesivamente graves a conductas que culturalmente se consideran delictivas, como ocurría en el derecho histórico cuando se aplicaba la pena capital hasta a los hurtos menores o cuando, como hasta hace poco, se castigaban las conductas de insumisión con penas de cárcel o de inhabilitación totalmente desproporcionadas. En ambos supuestos, la prevención fracasa por falta de proporcionalidad del castigo que lleva a que, o bien los jueces no apliquen la ley, o bien si la aplican efectivamente, los destinatarios de la norma consideren esa imposición de la pena como una lotería al revés.” (Ibid., p. 59-60).

²²⁸ CORREA, 1999, op. cit., p. 137-148.

concepção ampliativa, por outro lado, a qual advém de construção alemã²²⁹, fala em um princípio da proporcionalidade em sentido amplo, decomposto nos subprincípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, coincidindo este último com o conteúdo dado ao princípio da proporcionalidade pela concepção restritiva.

Neste trabalho será adotado o conteúdo da proporcionalidade em sentido amplo, por ser o que parece melhor atender às peculiaridades do Direito Penal, restringindo, ainda mais, a intervenção punitiva. Ao condicionar a criminalização, já que nesta existe uma intervenção em direitos fundamentais, aos três requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, e não apenas a este último, a concepção da proporcionalidade em sentido amplo garante com maior eficácia a limitação do *ius puniendi*. Por este motivo, os subprincípios acima apontados serão objeto de análise detalhada em tópicos específicos.

De qualquer forma, considerando a importância da obra de Alexy²³⁰ na promulgação da proporcionalidade em sentido amplo, torna-se interessante antecipar o tema com os ensinamentos deste autor:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. [...] A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide

²²⁹ Esta concepção, após ser adotada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, foi incorporada pela doutrina alemã, sendo cada vez mais desenvolvida pela mesma, ganhando espaço, com o tempo, na doutrina internacional. Alexy, ao trabalhar com a proporcionalidade, informa que “A jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal – a qual, para todos os casos de restrição a direitos fundamentais, exige que sejam atendidas as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – está alinhada com as perspectivas teórico-normativas e de fundamentação da teoria dos princípios” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 131). Ademais, o autor, embora não desenvolva exaustivamente os três subprincípios da proporcionalidade, ao apresentá-los cita inúmeras obras que tratam do assunto, a exemplo de Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* e Rudolf Wendt, *Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot* (Ibid., p. 116, n. 82).

²³⁰ Veja-se que esta pesquisa não tem a pretensão de analisar precisamente a obra de Alexy, não se adotando aqui a idéia da proporcionalidade como máxima que busca resolver os problemas de colisão entre princípios. Estar-se-ia fugindo do objeto preciso deste estudo caso se adentrasse na discussão dos conceitos apresentados por Alexy (direitos fundamentais, norma, regra, princípio, etc...). A obra deste autor é utilizada por adotar a concepção de proporcionalidade eleita para o trabalho, e por se reconhecer a inquestionável importância da mesma na divulgação da concepção alemã da proporcionalidade em sentido amplo, além de desenvolver a proporcionalidade em sentido estrito como ponderação.

com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.

Para demonstrar como a máxima da necessidade decorre do caráter principiológico dessas normas, será utilizada, aqui, a forma mais simples que um exame da necessidade pode ter. [...] A constelação mais simples é caracterizada pela presença de apenas dois princípios e dois sujeitos de direito (Estado/cidadão). Ela tem a seguinte estrutura: o Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio P1 (ou Z é simplesmente idêntico a P1). Há pelo menos duas medidas, M1 e M2, para realizar ou fomentar Z, e ambas são igualmente adequadas. M2 afeta menos intensamente que M1 – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio – P2 – exige. Sob essas condições, para P1 é indiferente se se escolhe M1 ou M2. Nesse sentido, P1 não exige que se escolha M1, em vez de M2, nem que se escolha M2, em vez de M1. Para P2, no entanto, a escolha entre M1 e M2 não é indiferente. Na qualidade de princípio, P2 exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P2 pode ser realizada em maior medida se se escolhe M2 em vez de M1. Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob a condição de que tanto P1 quanto P2 sejam válidos, apenas M2 é permitida e M1 é proibida. Esse raciocínio vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas. Portanto, o exame da necessidade, que o Tribunal Constitucional Federal define como a exigência de que “o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo”, decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. [...]

Em face do que foi dito até aqui, a dedução do exame da adequação não constitui um problema. Se M1 não é adequado para o fomento ou a realização do objetivo Z – que ou é requerido por P1 ou é idêntico a ele –, então, M1 não é exigida por P1. Para P1 é, portanto, indiferente se se adota a medida M1, ou não. Se, sob essas condições, M1 afeta negativamente a realização de P2, então, a adoção de M1 é vedada por P2 sob o aspecto da otimização em relação às possibilidades fáticas. Isso vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas. Portanto, o exame da adequação também decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais²³¹.

Antes de adentrar no estudo preciso de cada um dos subprincípios que informam o conteúdo da proporcionalidade, faz-se interessante ainda trazer os ensinamentos de Pulido²³², quando o mesmo acrescenta que cada um destes subprincípios expressa uma exigência que toda intervenção nos direitos fundamentais deve cumprir. Resume tais subprincípios informando que segundo a idoneidade, toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir à obtenção de um fim constitucionalmente legítimo. Já para o princípio da

²³¹ ALEXY, 2008, op. cit., p. 116-121.

²³² PULIDO, 2005, op. cit., p. 37-39.

necessidade, toda medida de intervenção nos direitos fundamentais deve ser a mais benigna entre todas as que possuem a mesma idoneidade para se alcançar o fim proposto. Por fim, conforme o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, as vantagens que se obtêm com a intervenção nos direitos fundamentais devem compensar os sacrifícios que esta implica para seus titulares e para a sociedade.

Necessário esclarecer que o princípio da proporcionalidade exige que os testes de mensuração possibilitados pelos subprincípios sejam feitos de forma pré-ordenada, cuja conseqüência se infere no fato de que a não-observância de um prejudica o exame do subsequente²³³.

3.5 SUBPRINCÍPIOS

3.5.1 O significado da idoneidade

A idoneidade diz respeito à avaliação sobre a qualidade instrumental do meio, de modo a identificar sua aptidão para alcançar a finalidade proposta²³⁴. O subprincípio da idoneidade, que também pode ser denominado como subprincípio da adequação ou da utilidade da intervenção punitiva, liga-se à idéia de aptidão das normas criminais para alcançar determinadas finalidades que inspiram a sua elaboração. Em outras palavras, o meio eleito pelo legislador deve estar em consonância com os fins demarcados pelo sistema penal, à luz dos valores constitucionais que o informam, devendo ser o primeiro passo para se avaliar se a ingerência através da pena se mostra cabível. Caso a medida adotada pelo legislador penal não guarde relação de pertinência e não se revista de capacidade

²³³ FERRAZ, 2009, op. cit., p. 86.

²³⁴ BONAVIDES, 1994, op. cit., p. 360.

para atingir os objetivos eleitos pelo Direito Penal, sua atuação torna-se carente de legitimidade e, portanto, inadequada²³⁵.

O subprincípio da idoneidade exige, desse modo, uma relação de adequação entre meio e fim que se verifica quando, por intermédio daquele, torna-se possível atingir o objetivo desejado. A idoneidade encontra-se relacionada com a capacidade de proteção do bem jurídico pela norma, a ser aferida a partir da valoração de todas as condições do sistema penal.

Tendo em vista o significado do subprincípio em exame, na esfera penal é pressuposto indispensável para que a intervenção estatal seja idônea para a proteção de determinado bem jurídico, que a finalidade da norma possa ser por ela alcançada. Assim, ao se tutelar criminalmente determinado bem jurídico, o que deve ser considerado, em termos de idoneidade penal, é a medida em que a incriminação cumprirá, efetivamente, a tarefa constitucional à qual o Direito Penal se propõe²³⁶.

Segundo Correa, o nascimento do subprincípio da idoneidade em matéria penal se situa em Liszt, aparecendo posteriormente também na obra de Mayer, quando, ao estabelecer os critérios de intervenção penal, exigia que o bem jurídico reunisse três qualidades: ser merecedor de proteção; estar necessitado de proteção e ser capaz de proteção. Acresce a autora que, em virtude deste subprincípio, o Direito Penal só pode e deve intervir quando seja minimamente eficaz e idôneo para prevenir o delito, devendo-se evitar sua intervenção quando político-criminalmente se mostre inoperante, ineficaz ou inadequado, ou quando se mostrar contraproducente para a prevenção do delito. Se o Direito Penal de um Estado Social se legitima somente enquanto protege a sociedade, perderá sua justificação se sua intervenção se demonstrar inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. Tendo em conta o pressuposto de que o fim das normas que prevêm penas é a proteção de bens jurídicos através da prevenção, geral ou especial, devem-se excluir do Direito Penal aquelas penas que se manifestem como ineficazes por não servir à prevenção²³⁷.

Ao expor sobre os subprincípios da proporcionalidade, fazendo alusão à intervenção nos direitos fundamentais, Pulido²³⁸ apresenta análise cuja clareza e procedência recomendam uma maior abordagem.

²³⁵ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 93-94.

²³⁶ FELDENS, 2005, op. cit., p. 163.

²³⁷ CORREA, 1999, op. cit., p. 151-154.

²³⁸ PULIDO, 2005, op. cit., p. 688-781.

Para este autor, de acordo com o subprincípio da idoneidade, toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir na obtenção de um fim constitucionalmente legítimo. Percebe-se que, segundo a sua definição, o subprincípio da idoneidade impõe duas exigências a toda medida de intervenção nos direitos fundamentais: em primeiro lugar, que tenha um fim constitucionalmente legítimo, e, em segundo lugar, que seja idônea para favorecer sua obtenção. Assim, a aplicação do subprincípio da idoneidade consiste em uma análise acerca da capacidade que tem o meio escolhido pelo legislador para fomentar o fim pretendido; é uma análise de relação entre meio e fim, na qual o meio legislativo busca facilitar a obtenção do fim, e o fim, por sua vez, oferece uma fundamentação ao meio²³⁹.

Para empreender a análise de idoneidade, Pulido informa a necessidade de se estabelecer de antemão qual é o fim que a lei pretende favorecer e corrobora que se trata de um fim constitucionalmente legítimo. Assim, para o autor, o fim legítimo é aquele que não está proibido expressa ou implicitamente pela Constituição. Neste sentido, Pulido se põe de acordo com a teoria constitucional negativa, exposta no primeiro capítulo e que é adotada neste trabalho, afirmando que a legitimidade dos fins da intervenção legislativa nos direitos fundamentais não deve ser concebida de modo positivo, com respeito ao prescrito pela Constituição - quer dizer, mediante a fórmula: o legislador só pode perseguir legitimamente os fins estatuídos no texto constitucional - mas sim de maneira negativa – ou seja: qualquer fim legislativo é legítimo, a menos que esteja proibido expressa ou implicitamente pela Constituição²⁴⁰. Assim, quando se tenta estabelecer se a finalidade de uma certa

²³⁹ Ibid., p. 689-691.

²⁴⁰ Ibid., p. 694-695. Ao se posicionar de forma negativa, Pulido nega duas outras teorias: a que entende que a intervenção só pode ocorrer para proteger outro direito fundamental, e a que afirma que tal intervenção deve proteger um princípio constitucional. Válida aqui a transcrição dos apontamentos do autor ao refutar tais teorias: “Por una parte, podría sostenerse que el fin que fundamenta la intervención legislativa en un derecho fundamental sólo debe catalogarse como legítimo, cuando se trata de otro derecho fundamental. Por otra parte, podría adoptarse una postura un poco más amplia, que aceptara que, además de los derechos fundamentales, también otros principios constitucionales pueden erigirse como fundamento legítimo de tales intervenciones. La primera de estas definiciones alternativas tiene un carácter señaladamente liberal. Dicha definición está fundada sobre la base del convencimiento de que la libertad únicamente puede ser restringida por causa de la propia libertad. No obstante, como ya tuvimos ocasión de observar en el Tercer Capítulo, esta posición, defendida paradigmáticamente por J. Rawls, desemboca en una interpretación exacerbadamente individualista del sistema de derechos fundamentales, que hace casi imposible que el Parlamento pueda trazarse objetivos útiles para la comunidad en general. Junto a los derechos fundamentales, también los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados por otros principios constitucionales constituyen fines que legítimamente pueden fundamentar la intervención del Legislador en las posiciones iusfundamentales *prima facie*.”

intervenção legislativa nos direitos fundamentais é legítima, deve-se indagar se dita finalidade está proibida de maneira expressa ou implícita pela Constituição²⁴¹.

Ademais, ao indagar que tipo de fins autorizam uma intervenção legislativa nos direitos fundamentais, o autor responde que “toda intervenção em um direito fundamental pode perseguir legitimamente a realização de um direito individual, de um bem coletivo ou de um bem jurídico”²⁴².

Quanto à idoneidade da intervenção, Pulido posiciona-se afirmando que uma medida adotada por uma intervenção legislativa em um direito fundamental não é idônea quando não contribui de nenhum modo à obtenção de seu fim. O autor adota a tese que denomina de “mais débil”, segundo a qual a idoneidade de uma medida adotada pelo Legislativo dependerá de que ela tenha uma relação de qualquer tipo

Por su parte, la segunda definición alternativa se apoya en la idea, a primera vista bastante plausible, de que los derechos fundamentales no pueden ser restringidos sino en razón de otros principios que tengan su misma jerarquía en el ordenamiento jurídico, es decir, que formen parte de la Constitución. En otros términos, se trata de la convicción de que el principio de supremacía de la Constitución impide que los derechos fundamentales se contrapongan en el análisis de proporcionalidad – y sobre todo, en la ponderación –, a principios o a bienes que tengan una jerarquía inferior en el orden jurídico. De acuerdo con esta línea argumentativa, si un derecho fundamental llegara a ser considerado en la ponderación como un objeto normativo que se opone a otro objeto normativo de rango inferior (por ejemplo, a un principio legal), se desarticularía la construcción escalonada del orden jurídico y el principio de constitucionalidad se vería despojado de todos sus efectos.

A nuestro modo de ver, sin embargo, esta última concepción resulta inadmisibles, porque conduce a una interpretación demasiado estricta del principio democrático. El convencimiento de que sólo los principios constitucionales pueden erigirse como fundamento de las leyes de intervención en los derechos fundamentales, implica negar que el Legislador dispone de una competencia para fijarse objetivos propios, diversos de aquéllos que aparecen en el texto de la Constitución. De este modo, el Parlamento se concibe entonces como un mero instrumento al servicio de los proyectos diseñados por el Constituyente, como una institución carente de la facultad de trazarse nuevas miras. Mientras el Constituyente es proclamado como el señor de los fines, el Parlamento se degrada a la categoría de siervo de los medios. Desde este punto de vista, el principio de representación democrática de los ciudadanos en el Parlamento adquiere entonces un carácter exclusivamente técnico. Los representantes de la sociedad están habilitados para deliberar acerca de la manera más adecuada de cumplir los cometidos trazados por el Constituyente, pero nunca pueden adoptar nuevos objetivos. (Ibid., p. 692-695).

²⁴¹ Ibid., p. 697.

²⁴² “Toda intervención en un derecho fundamental puede perseguir legitimamente la realización de un derecho individual, de un bien colectivo o de un bien jurídico [...]” Tradução da autora. (Ibid, p. 704). Entende o autor que “los derechos individuales son posiciones jurídicas de estructura triádica, cuyos elementos son un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. Los bienes colectivos, por su parte, son objetos valiosos para la comunidad que no pueden distribuirse entre los individuos que la componen y cuya creación y conservación están ordenadas *prima facie* o definitivamente. Junto a los bienes colectivos, en la doctrina sentada en algunos pasajes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, también ha cobrado valor el concepto de bien jurídico. Por ejemplo, puede traerse a colación la STC 53/1985, referida al aborto. En su FJ 5º, el Tribunal Constitucional señaló que la vida del nasciturus constituye un bien jurídico que el Estado debe proteger, porque la vida humana, en general, representa un bien jurídico y un valor fundamental garantizado constitucionalmente por el artículo 15 CE. El Tribunal aclaró que, aunque el nasciturus no se considere como un titular del derecho fundamental a la vida, su vida si se encuentra protegida por esta disposición constitucional.” (Ibid., p. 704-705). Ressalta-se que se adota neste trabalho a concepção de bem jurídico apresentada no primeiro capítulo. A transcrição dos apontamentos de Pulido faz-se oportuna tão-somente para a compreensão do que vem a ser, para o autor, o subprincípio da idoneidade.

com o fim pretendido, ou seja, que facilite a realização do fim de algum modo, não sendo necessário que o meio adotado seja o mais eficaz, o mais rápido e o mais seguro. O principal efeito desta “versão débil” consiste em que, a exceção das medidas legislativas que não contribuem de nenhum modo à realização da finalidade legítima perseguida pelo legislador, todas as demais deverão considerar-se idôneas e deverão submeter-se a aplicação sucessiva dos subprincípios da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, a idoneidade de uma medida adotada pelo legislador dependerá de que esta guarde uma relação positiva de qualquer tipo com seu fim, quer dizer, que facilite sua realização de algum modo²⁴³.

Ao se manifestar sobre esta questão, Correia assevera que:

Bastante difundida na doutrina é a posição segundo a qual um determinado meio se afigura adequado quando, através dele, o objetivo pretendido pode ser atingido. Tal interpretação é oriunda da tradução brasileira do verbo alemão *Förden*, quando se lhe atribui o sentido de “alcançar”. Todavia, conforme esclarece Luiz Virgílio Afonso da Silva, há sutil imprecisão no significado extraído da expressão alemã, cujo verdadeiro significado é “fomentar”, daí porque mais apropriada a idéia segundo a qual o meio deve ser apto a promover a consecução do fim visado, ainda que não o realize ou o realize de forma incompleta. Nesse passo, uma medida só pode ser considerada inadequada se não contribuir em nada para fomentar o alcance do objetivo desejado. Enfim, para que o meio seja reputado adequado ou idôneo, basta a potencialidade de atingir o fim pretendido, não se reclamando, assim, o seu efetivo alcance. Dessa forma, a utilização do aparato penal somente encontra justificação quando puder ao menos propiciar a realização dos objetivos de proteção de bens jurídicos penalmente relevantes²⁴⁴.

Entretanto, entende-se ser mais condizente afirmar que, em matéria penal – recordando-se que o caráter subsidiário e fragmentário confere ao Direito Penal a condição de *ultima ratio* dentre os diversos mecanismos de controle social -, o meio só será adequado se for totalmente eficaz, ou seja, apto a realizar todos os fins que se buscam com a pena, caso contrário, proibida estaria a intervenção punitiva. Oportuna a transcrição dos apontamentos de Marcus Gomes, por seguirem a linha adotada na presente pesquisa:

A intervenção penal se justifica apenas e tão-somente quando não houver outros instrumentos – formais ou informais – que possam satisfatoriamente proteger o bem jurídico. Nesse sentido, para que o legislador esteja autorizado a sancionar abstratamente determinado comportamento, a pena deve ser não um, mas o único mecanismo apto para a tutela do bem jurídico. Havendo outro que seja igualmente idôneo para atingir tal fim –

²⁴³ Ibid., p. 720-723.

²⁴⁴ CORREIA, 2009, op. cit., p. 94.

ainda que menos eficaz – deve prevalecer. Destarte, se o legislador optar pela intervenção penal, é porque – ou deve ser porque – não há, aparentemente, outra forma de se evitar a lesão através de recursos formais ou informais de controle social. Daí se poder concluir que a pena, para ser empregada, deverá ser sempre o único meio disponível para a tutela abstrata de determinado bem jurídico, sendo também, via de consequência, o único suficientemente eficaz. E para ser suficientemente eficaz, terá que mostrar aptidão para atingir todos os fins eventualmente perseguidos com sua aplicação. Realizá-los apenas parcialmente não basta. Imagine-se, por exemplo, que a pena se revele instrumento apto para alcançar os fins de prevenção geral – positiva e negativa – mas converte-se, todavia, em mecanismo dessocializador do delinqüente. Essa hipótese é mais comum do que se pensa, e ocorre, sobretudo, quando determinado comportamento que agride ou ameaça agredir bem jurídico que ocupa posição menos privilegiada na escala valorativa dos bens jurídico-penais é punido pelo legislador, em abstrato, com pena excessiva, seja qualitativa, seja quantitativamente. É provável que a ameaça penal funcione como fator de intimidação e motivação da coletividade, mas se mostrará, desde logo, instrumento tendente à dessocialização do delinqüente. De nada adianta, assim, que a pena seja meio apenas parcialmente idôneo para alcançar os fins que a ela consigna a ordem jurídica. E pena inadequada, por não ter aptidão para realizar a prevenção geral e a prevenção especial, tutelando o bem jurídico e evitando a prática de condutas que o ponham em perigo ou o lesionem, é pena injusta²⁴⁵.

Faz-se imprescindível ressaltar ainda que, para os fins desta pesquisa, a análise da idoneidade dos meios para concretizar os objetivos que devem informar a atuação do Direito Penal recairá somente nas penas privativas de liberdade, por serem estas a sanção por excelência do Direito Penal, e, considerando a sua maior gravidade, devem ser tomadas como parâmetro para a averiguação da legitimidade da intervenção penal.

No âmbito da tipificação abstrata, é possível - e casos há na legislação pátria, como será demonstrado no terceiro capítulo deste estudo- que a cominação de uma pena a um determinado comportamento careça de instrumentalidade preventiva ou a estabeleça de modo tão rudimentar que exclua a possibilidade de atendimento ao princípio da proporcionalidade, sob o prisma da adequação.

Há que se lembrar o fato de que o Direito Penal existe como instrumento de controle social, e não como afirmação ritual ou de valores éticos, religiosos ou ideológicos. Este controle, por sua vez, justifica-se apenas na medida em que serve à proteção de determinados bens de elevada importância para a coletividade, o que ocorre por meio de normas aptas para conformarem o comportamento das pessoas de modo a se absterem de ofendê-los. A intervenção penal é justificada apenas

²⁴⁵ GOMES, Marcus, 2008, op. cit., p. 162-163.

quando puder influenciar o comportamento dos destinatários da norma de modo a se absterem de praticar os comportamentos proibidos²⁴⁶.

Embora não se questione a enorme dificuldade posta ao legislador, no sentido de antever, com exatidão, todas as conseqüências de determinado ato legislativo, é necessário que seja avaliada, pelo menos, a potencialidade de ser a norma obedecida pela maioria da população, eliminando-se aqueles delitos que, pelo simples fato de apresentarem penas demasiadamente altas ou baixas, ou constituírem infrações penais de perigo abstrato, por exemplo, desde logo já indicam sua função meramente simbólica no ordenamento, sendo portanto inaptos para tutelar bens jurídicos. Quando se verificar um erro, cabe ao legislador interferir e corrigir a lei, assim como cabe ao Poder Judiciário declarar inconstitucional o ato normativo, por ser inidôneo à tutela de bens jurídicos.

A inidoneidade da norma penal pode resultar de erro do próprio legislador, quando da criação da norma, ou pode ser resultado da evolução social – uma norma que era idônea no passado, torna-se inidônea pela mudança dos valores sociais. Embora o juízo de idoneidade deva ser averiguado no momento da criação legislativa, entende-se que nada impede que uma lei já em vigor seja declarada inconstitucional por ser o meio inadequado ao fim que se pretende. Quando se está diante de um meio efetivamente invasivo na liberdade dos cidadãos como o Direito Penal, não parece razoável deixar de declarar a inconstitucionalidade da lei pelo fato de, no passado, ter ela sido considerada constitucional. Não de ser constantemente reavaliadas as modificações ocorridas na sociedade, também influentes na decisão sobre a idoneidade das incriminações. Assim, ocorrendo erro legislativo ou transformações sociais capazes de modificar o modo como a norma é recebida pela coletividade, uma vez constatada a inidoneidade da pena para a tutela de bens jurídicos, a mesma não pode subsistir. Como assevera Bianchini, uma lei pode parecer adequada quando de sua edição, mas no momento de sua aplicação concreta, ou porque as circunstâncias se alteraram, ou porque se deixou de considerar questões relevantes e de implicação prática direta, pode ocorrer de ela não se apresentar apta a contribuir para o fim instituído²⁴⁷.

Nota-se, ainda, que a inidoneidade da norma penal pode desaguar em graves conseqüências, como a “legislação simbólica”, cuja nota peculiar é o recurso à

²⁴⁶ GOMES, Mariângela, 2003, op. cit., p.127-128.

²⁴⁷ BIANCHINI, 2003, op. cit., p. 118.

sanção criminal com a intenção de exibir uma vontade de mera confirmação dos interesses tutelados. Isso acontece quando, no cenário político, o Direito Penal transforma-se em “espetáculo” e as decisões passam a ser tomadas visando não à transformação da realidade, mas, sobretudo à modificação da imagem da realidade dos espectadores. O alvo não é a satisfação das necessidades reais dos cidadãos, mas tão-somente a denominada “opinião pública”²⁴⁸. Assim, os políticos criam normas incriminadoras, notavelmente inidôneas para alcançar o fim de proteção dos bens jurídicos e de prevenção de delitos, mas que, diante da expectativa social de maior proteção contra a criminalidade, passam a somar como pontos políticos, visto que a sociedade, diante da criminalização de certas condutas, tem a equivocada e ilusória sensação de segurança.

Como salienta Pinho, a sociedade passa a desejar mais rigor nas punições, menos garantias ao outro (delinqüente), na ilusão de que, com essa prática simbólica, será possível alcançar a paz almejada. Por seu turno, o Estado esconde sua ineficiência atrás das grades, na medida em que se diz avalizado pela sociedade para agigantar o Direito Penal, encobrendo as verdadeiras causas da violência²⁴⁹.

Criam-se novos tipos penais, incrementam-se penas, restringem-se direitos sem que, substancialmente, tais opções representem perspectivas de mudança do quadro que determinou a alteração legislativa. Produz-se a ilusão de que algo foi feito. A função simbólica é rechaçável, pois acaba, a longo prazo, acarretando a perda de confiança no Direito Penal. Ademais, a articulação de uma aparência de eficácia, fundada em medidas fáceis de política criminal destinadas a acalmar uma demanda social, desobriga o Estado de compor programas estruturais de política social. A mera promulgação de normas, se atende a objetivos simbólicos, não responde às exigências reais, já que o meio apresentar-se-á insuficiente, ou mesmo totalmente ineficaz²⁵⁰.

Além disso, o subprincípio da idoneidade também traça limites à pena, visto que tanto as penas insuficientes quanto às penas excessivas não se harmonizam com tal subprincípio, no primeiro caso pela tibieza de seu potencial intimidativo, e no segundo caso por simplesmente não atingirem os fins preventivos almejados²⁵¹.

²⁴⁸ CORREIA, 2009, op. cit., p. 98-99.

²⁴⁹ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 116.

²⁵⁰ BIANCHINI, 2003, op. cit., p. 124-126.

²⁵¹ GOMES, Marcus, 2008, op. cit., p. 161.

Nesta etapa do juízo de proporcionalidade, deve ser aferida a medida em que a sanção transmite a valoração que a sociedade atribui ao delito, e com isso desestimula a prática da conduta a ela relacionada. Embora um dos aspectos a serem analisados neste momento seja a verificação das penas cominadas, se não são muito altas nem muito baixas, neste juízo excluem-se apenas os tipos onde resta evidente a inidoneidade da incriminação, não excluindo a posterior aferição quanto à proporcionalidade *stricto sensu*.

Desta forma, percebe-se que, consoante o subprincípio em análise, o legislador, ao definir as condutas que serão penalmente sancionadas, elege, num primeiro momento, dentre vários bens jurídicos, aqueles que, pela sua relevância, são dignos dessa contundente forma de tutela. Num segundo instante, analisa se os mecanismos oferecidos pelo Direito Penal são adequados para realizar essa proteção, ou seja, se uma vez sancionado em abstrato determinado comportamento, serão atingidos, com tal providência legislativa, os fins estabelecidos para a pena. Verificando que nesta relação o meio (pena) se presta para alcançar os fins (prevenção geral e especial e, conseqüentemente, a proteção do bem jurídico), estará justificada a intervenção penal abstrata.

3.5.2 O significado da necessidade

Embora se saiba que a função precípua do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídicos fundamentais à coexistência social, não se pode negar que a sanção criminal constitui a mais poderosa relativização do direito fundamental de liberdade dos indivíduos, daí porque sua utilização deve ser reservada apenas para hipóteses em que realmente se afigure imprescindível a intervenção punitiva para cumprir o papel a ela atribuído pela ordem constitucional, como ficou esclarecido no primeiro capítulo desta pesquisa.

Especificamente no que diz respeito ao processo de seleção de condutas e cominação abstrata de penas, o legislador, submetido à máxima constitucional da proporcionalidade em sentido amplo, deve avaliar, além da adequação da resposta penal como instrumento de controle social – exposta no item anterior –, também a sua necessidade. Isto significa formular um juízo em torno da relevância do bem

jurídico que se pretende proteger, bem como sobre a eventual disponibilidade de outros mecanismos de natureza não-penal, menos invasivos, porém suficientes para promover a tutela buscada. A intervenção penal só se justifica quando efetivamente necessária para impedir lesões que de outra forma não podem ser evitadas, e a bens jurídicos que ocupem posição de destaque na escala valorativa da sociedade²⁵².

É a este caráter de necessidade da intervenção penal, e que justifica seu emprego, que se reporta o subprincípio em análise²⁵³. Diante de dois meios idôneos para se atingir determinado fim, deve ser escolhido aquele menos nocivo aos interesses do cidadão²⁵⁴.

O critério da necessidade informa que toda medida de intervenção nos direitos fundamentais deve ser a mais benigna entre todas aquelas que possuem, pelo menos, a mesma idoneidade para alcançar o objetivo proposto²⁵⁵.

Para Pulido, tal subprincípio implica a comparação entre a medida adotada pelo legislador e outros meios alternativos. A análise da necessidade é uma comparação entre meios, diferente do exame da idoneidade, em que se observa a relação entre meio e fim. Nesta comparação examina-se se algum dos meios alternativos consegue cumprir duas exigências: se possui pelo menos o mesmo grau de idoneidade da medida legislativa para alcançar o objetivo proposto; e, se afeta negativamente o direito fundamental em um grau menor. Se existe algum meio alternativo que cumpra estas duas exigências, a medida legislativa deve ser declarada inconstitucional. Conclui assim que a existência de meios alternativos, o exame da sua idoneidade e a intensidade com que tais meios afetam negativamente

²⁵² Ibid., p. 169.

²⁵³ Ferrajoli aborda o tema ressaltando que “O uso das leis, ‘as quais não são mais do que regras autorizadas’ – escreve Hobbes – ‘não tem por finalidade impedir o povo de realizar ações voluntárias, senão dirigir e controlar estas de tal forma que os súditos não se lesionem mutuamente... Portanto, uma lei que não é necessária, ao carecer do fim para o qual se propõe, não é boa.’ Ao que Beccaria acrescenta: ‘Proibir uma multiplicidade de ações indiferentes não é evitar os delitos que não podem surgir, mas criar outros novos’. E Bentham polemiza duramente contra a tendência de muitas leis do seu tempo castigarem um grande número de infrações fúteis e insignificantes. Justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio de necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo. Por isso, afirma Beccaria, remetendo a Montesquieu: ‘Todo ato de autoridade de um homem em relação a outro que não derive da absoluta necessidade é tirânico’. À diferença das visões acentuadamente éticas do direito penal e das conseqüentes ilusões panpenalistas e terapêuticas que se afirmaram no século XIX, o pensamento liberal clássico parte, em síntese, do pressuposto já enunciado por Aristóteles de que as proibições, não menos do que os castigos, são um mal ‘artificial’ ou ‘contra a natureza’, e conclui justificando-as apenas pela necessidade de defender os direitos fundamentais dos cidadãos” (FERRAJOLI, 2006, op. cit., p. 427).

²⁵⁴ BONAVIDES, 1994, op. cit., p. 361.

²⁵⁵ FELDENS, 2005, op. cit., p. 163.

o direito fundamental que sofre a intervenção, são os aspectos determinantes da estrutura argumentativa do subprincípio da necessidade²⁵⁶.

Percebe-se que, na construção apresentada por Pulido, o subprincípio da necessidade pressupõe a averiguação da idoneidade dos meios para alcançar o fim pretendido, sendo esta idoneidade o que constitui o critério de seleção dos meios alternativos. Nesta etapa do exame da necessidade, pela primeira vez dentro do marco do princípio da proporcionalidade, irá entrar em cena o fator da intensidade com que a medida legislativa e os meios alternativos contribuem para a obtenção do fim pretendido. Entretanto, nota-se que a maior idoneidade do meio não é critério suficiente para que se decrete a inconstitucionalidade do meio legislativo. Para tal efeito é imprescindível, ainda, que o meio alternativo intervenha com menor gravidade nos direitos fundamentais²⁵⁷. Ou seja, havendo um meio alternativo²⁵⁸, que possua maior ou, pelo menos, a mesma idoneidade para se alcançar o fim de proteção dos bens sob tutela, e que intervenha com menor gravidade nos direitos fundamentais²⁵⁹, a intervenção penal estará proibida por ser desnecessária.

Na seara jurídico-penal, deve-se indagar se a utilização da norma penal é necessária para alcançar a finalidade de proteção do bem jurídico. A intervenção penal será necessária se tal finalidade protetiva não poderia ser conquistada *com a*

²⁵⁶ PULIDO, 2005, op. cit., p. 737-738.

²⁵⁷ “Una medida adoptada por el Legislador es innecesaria, si alguno de los medios alternativos que reviste por lo menos una idoneidad equivalente para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto, además interviene en un menor grado en el derecho fundamental afectado” (Ibid., p. 744).

²⁵⁸ Interessante trazer a abordagem apresentada por Ferraz sobre os ensinamentos de Pulido: “Uma dificuldade que se apresenta de plano é exatamente a delimitação de quais seriam os meios alternativos à medida adotada, ou, analisado de outra forma, qual seria o meio mais benigno e que menos restringiria os direitos fundamentais. Por óbvio, como já demonstrado, um critério de aferição, ou, pelo menos, o primeiro deles, deve obrigatoriamente verificar se o meio é igualmente idôneo ou adequado para atingir o fim proposto. Caso contrário, o meio alternativo deve ser imediatamente rejeitado. Cumprida essa exigência, devem-se confrontar os meios alternativos com a medida adotada em função da *intensidade* da intervenção no direito fundamental, de uma análise concomitante das variáveis da eficácia, temporalidade, realização do fim e probabilidade – ou seja, elementos fáticos (empíricos) – para, então, estabelecer qual medida é mais benigna ou menos restritiva. Como se pode observar, trata-se de um mecanismo de difícil mensuração, ao ponto de Pulido (2005) preceituar que uma medida só deve ser declarada desnecessária quando de modo evidente (controle de evidência) com base em precedentes e nas práticas sociais possa ser assim considerada. Ademais, segundo o mesmo autor, em caso de dúvida ou insegurança da importância da intervenção no direito fundamental, deve-se remeter a questão ao exame da proporcionalidade em sentido estrito.” (FERRAZ, 2009, op. cit., p. 90-91).

²⁵⁹ É válido esclarecer, como faz Pulido, que “sea en el examen en abstracto o en el análisis en concreto, la menor restricción que debe ostentar el medio alternativo para poder ser considerado como un medio más benigno, debe evaluarse en relación con el individuo o con los individuos afectados por la medida legislativa. Expresado de otro modo, el punto de vista relevante en el análisis del medio más benigno es el del titular del derecho fundamental afectado por la intervención legislativa y no el de la comunidad en general, que indirectamente resulta afectada, por cuanto la intervención implica una merma en el disfrute de las libertades en general” (PULIDO, 2005, op. cit., p. 753).

mesma eficácia recorrendo-se a uma medida alternativa menos restritiva (sanção civil ou administrativa, por exemplo). Essa análise se projeta mediante uma prévia consideração acerca do grau de eficácia das medidas *a priori* sujeitas à implementação, completando-se a partir de uma constatação empírica sobre a ineficácia de uma ou mais medidas que, conquanto em primeiro plano adequadas à realização do fim proposto, não o realizam satisfatoriamente, razão pela qual cedem espaço àquela que, nada obstante mais lesiva, atinge eficazmente o interesse público perseguido²⁶⁰.

Marcus Gomes, ao discorrer sobre o assunto, dispõe que a idéia da necessidade consiste em que a medida restritiva – ou seja, a pena – seja indispensável para conservar determinado bem jurídico, indispensabilidade esta que significa não existir outro recurso que possa, com igual ou maior eficácia, realizar a tutela, produzindo efeitos menos gravosos ao indivíduo. Em outros termos, a legitimidade da intervenção penal dependerá do preenchimento de dois requisitos: primeiro, ser a pena o meio mais eficaz dentre os disponíveis; segundo, ser ela o meio que cause a menor restrição aos direitos fundamentais do indivíduo. Neste sentido, tal subprincípio cria verdadeiro direito para o cidadão, que passa a poder exigir do legislador que opte pela menor desvantagem possível quando do processo abstrato de seleção dos mecanismos formais de controle social²⁶¹.

Interessante trazer também os ensinamentos de Dias sobre o subprincípio da necessidade. O autor informa que o conceito material de crime é essencialmente constituído pela noção de bem jurídico dotado de dignidade penal, mas a esta noção tem de se acrescentar um outro critério que torne a criminalização legítima, qual seja, o da necessidade (carência) da tutela penal. Informa o autor que a violação de um bem jurídico não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade. Uma vez que o Direito Penal utiliza, com o arsenal das suas sanções específicas, os meios mais onerosos para os direitos e as liberdades das pessoas, ele só pode intervir nos casos em que todos os outros meios da política social, em particular da política jurídica, se revelem insuficientes e inadequados²⁶².

²⁶⁰ FELDENS, 2005, op. cit., p. 163.

²⁶¹ GOMES, Marcus, 2008, op. cit., p. 170.

²⁶² DIAS, 1999, op. cit., p. 78.

Pelo subprincípio da necessidade, o Direito Penal não deve atuar quando houver um meio extra-penal igualmente eficaz para a proteção do bem jurídico, e, se houver a necessidade de intervenção penal, ela deve ser a mais suave possível. Isso porque a tutela penal, como medida extrema, não deve incidir em toda e qualquer lesão de bem jurídico. O Direito Penal tutela bens jurídicos que requerem uma proteção especial por se revelarem insuficientes às garantias extra-penais oferecidas pelo ordenamento jurídico, mas não se deve supor que toda forma de agressão a bem jurídico possa suscitar a intervenção penal. A vida em comunidade pressupõe riscos, e não é missão do Direito Penal afastar todos os riscos e todas as possibilidades de violação do direito – missão que, por si só, resultaria impossível.

Qualquer pretensão de criminalização deve primeiramente respeitar as balizas traçadas pela Constituição, só estando o legislador autorizado a recorrer à pena quando não houver outro meio de salvaguardar o direito a ser protegido, por haverem fracassado todas as outras formas de controle social acessíveis ao Estado. Se outro meio mais suave e igualmente idôneo a atingir a finalidade pretendida puder ser manejado em lugar do arsenal jurídico-penal, a incriminação transbordará os limites impostos pela necessidade, tornando-se arbitrária e, portanto, contrária à proporcionalidade²⁶³.

Percebe-se, por tudo o que fora exposto, que o subprincípio da necessidade em muito se aproxima do princípio da intervenção mínima, ou seja, do caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, além de recordar, em grande parte, os ditames do princípio da ofensividade. Por este motivo, grande parte da doutrina²⁶⁴ apresenta a necessidade da tutela penal através de um estudo da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade, entre outros princípios. Correa chega a acrescentar que o Direito Penal não é necessário frente a todo ataque a bens jurídicos penalmente tutelados, mas tão-somente frente aos ataques graves, o que leva a afirmar que o subprincípio da necessidade concretiza-se, no âmbito do Direito Penal, no princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e no princípio da intervenção mínima com as manifestações da subsidiariedade e da fragmentariedade²⁶⁵.

²⁶³ CORREIA, 2009, op. cit., p. 105.

²⁶⁴ A exemplo de FERRAJOLI, 2006, op. cit., p. 426-429, CORREA, 1999, op. cit., p. 159-275, GOMES, Mariângela, 2003, op. cit., p. 82-125, BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 73-107, GOMES, Marcus, 2008, op. cit., p. 169-176 e CORREIA, 2009, op. cit., p. 104-110 e FELDENS, 2005, op. cit., p. 163-166.

²⁶⁵ CORREA, 1999, op. cit., p. 159.

Não há dúvida de que é preciso conectar os distintos princípios constitucionais em matéria penal uns aos outros, para poder entender o conteúdo de cada um e para que possam cumprir a pretendida eficácia limitadora do *ius puniendi*. Sem uma adequada aplicação da proporcionalidade, não haveria espaço para a vigência do caráter *ultima ratio* do Direito Penal. Assim, pela proximidade de conteúdo, faz-se interessante reportar o leitor ao item 2.2.2 desta pesquisa, para que esta não se torne repetitiva, e para que, diante de um estudo da intervenção mínima e da ofensividade, se possa compreender melhor o subprincípio da necessidade.

Com o intuito de, como fora dito, não se tornar repetitivo, recorda-se somente que diante de inúmeras ofensas aos mais variados tipos de bens jurídicos, apenas uma parcela destas ofensas demanda proteção jurídico-penal. Assim, apenas as mais graves lesões aos bens jurídicos mais importantes, com dimensão e nível constitucional, exigem a intervenção do sistema penal.

O merecimento de tutela, ou seja, o argumento de que existe um bem jurídico de dimensão constitucional, é insuficiente para justificar a intervenção penal. A proteção de bens jurídicos não se realiza apenas por intermédio do Direito Penal, que é, na verdade, o último dos instrumentos de controle social de que dispõe o Estado e a ordem jurídica.

Deste modo, a intervenção penal deve ser mínima, só devendo ser aplicada quando necessária, o que implica dizer que o Estado, diante de um determinado conflito, deve esgotar todos os recursos e buscar todas as alternativas possíveis de controle social para solucionar aquele. Somente o fracasso ou a insuficiência dessas medidas justifica o recurso ao Direito Penal. Se o Estado dispuser de um meio não-penal para resolver o conflito, este deve ter preferência em relação à intervenção punitiva.

3.5.3 O significado da proporcionalidade em sentido estrito

Ainda que apta a fomentar os objetivos visados pelo Direito Penal e que se imponha como necessária, em razão da inexistência de outro meio menos aflitivo capaz de atingir os mesmos fins com a mesma eficiência, a tutela penal, para que se afirme inteiramente legítima, precisa ser submetida, ainda, a um terceiro juízo: a

proporcionalidade em sentido estrito. A missão específica desse subprincípio é examinar se a carga imposta pela sanção penal se mostra compatível com a relevância do interesse protegido pela norma, ou seja, se há proporção entre o delito e a pena a este cominada²⁶⁶.

Nesta etapa, haverá o sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental de liberdade e a importância do bem tutelado que fundamenta a medida restritiva. Apenas na hipótese de se concluir pela existência de uma relação de equilíbrio a nortear as duas medidas, pode-se dizer que a incriminação foi estabelecida nos precisos termos exigidos pela proporcionalidade em sentido estrito. Do contrário, a norma padecerá de vício substancial por excessiva ou desajustada para coibir uma determinada conduta criminosa. Há de haver, portanto, uma concordância entre a ação delituosa e a reação desencadeada pelo Estado, isto é, entre o crime e a sua consequência jurídico-penal. Se o castigo corporificado na pena expressa reprovção, é lógico e intuitivo que o seu *quantum* deve guardar uma relação razoável com o grau de reprovabilidade da conduta criminosa²⁶⁷.

Pulido, ao definir este subprincípio, afirma que conforme o mesmo a importância da intervenção nos direitos fundamentais deve estar justificada pela importância da realização do fim perseguido pela intervenção legislativa. Isto significa que as vantagens que se obtêm mediante a intervenção legislativa nos direitos fundamentais devem compensar os sacrifícios que esta implica para a sociedade em geral. Trata-se de uma comparação entre a importância da intervenção nos direitos fundamentais e a importância da realização do fim legislativo, com o objetivo de fundamentar uma relação de precedência entre aquele direito e este fim²⁶⁸.

De acordo com esta definição, Pulido afirma que a análise do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito exige a averiguação de três pontos: o primeiro consiste em determinar as magnitudes que devem ser ponderadas²⁶⁹, quer dizer, a

²⁶⁶ Recordar-se que a presente abordagem resume-se, tão-somente, a analisar a proporcionalidade abstrata, relativa ao momento de seleção da pena pelo legislador, e não ao momento em que esta mesma pena é dosada de forma particular ao autor do crime pelo julgador.

²⁶⁷ CORREIA, 2009, op. cit., p. 110.

²⁶⁸ PULIDO, 2005, op. cit., p. 760.

²⁶⁹ Fundamental trazer aqui a compreensão do termo ponderação para Pulido: "Por ponderación se puede entender una forma de tomar decisiones, consistente en sopesar razones que juegan a favor y en contra de una específica solución, un método jurídico contrapuesto a la subsunción para aplicar las normas jurídicas, una forma de fundamentar decisiones en derecho y el resultado que estas decisiones contienen. [...] la ponderación debe entenderse como una parte del principio de proporcionalidad, su tercer subprincipio, que exige que las intervenciones en el derecho fundamental reporten tales ventajas al derecho o al bien constitucional que favorecen, que sean capaces de

importância da intervenção nos direitos fundamentais e a importância da realização do fim perseguido pela intervenção legislativa; o segundo consiste em comparar ditas magnitudes, a fim de determinar se a importância da realização do fim perseguido pela intervenção legislativa é maior que a importância da intervenção nos direitos fundamentais; o terceiro é construir uma relação de proporcionalidade condicionada entre o direito fundamental e o fim legislativo, com base no resultado de comparação levada a efeito no segundo momento. Acrescenta, enfim, que esta ponderação resultante do subprincípio em análise consiste em uma comparação entre a importância da afetação negativa que a intervenção do legislador causa nos direitos fundamentais e a importância da afetação positiva que dita intervenção gera no fim que se persegue²⁷⁰.

Em matéria penal, consoante o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, resta ao legislador ponderar o valor do bem jurídico a ser protegido criminalmente, bem como o desvalor da conduta a ele afrontosa (interesse geral), com o valor da liberdade ameaçada pela previsão legal (interesse individual), e estabelecer a medida em que é cabível abrir mão de um direito individual em nome do interesse geral em jogo. Não se trata mais, portanto, de analisar se é possível sacrificar um em detrimento de outro, mas o *quanto* isso é possível.

Percebe-se que a proporcionalidade em sentido estrito perpassa, necessariamente, pela questão da ponderação de valores. Para se falar de ponderação, imprescindível a análise dos ensinamentos de Alexy, jurista alemão que criou a idéia da proporcionalidade em sentido estrito como uma questão de ponderação.

Alexy apresenta a lei da ponderação como solução para a colisão de princípios. O conflito entre dois possíveis princípios deve ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, sendo que o objetivo deste sopesamento é definir qual dos interesses tem maior peso²⁷¹. Quando um princípio restringir as possibilidades jurídicas de realização do outro, este conflito – ou colisão – não será resolvido com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico, nem tampouco por meio da introdução de uma exceção, como ocorre no conflito entre regras, mas sim através

justificar las desventajas que la intervención origina al titular del derecho afectado” (Ibid., p. 565-566).

²⁷⁰ Ibid., p. 761-762.

²⁷¹ ALEXY, 2008, op. cit., p. 95.

do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto²⁷².

A colisão entre princípios resolve-se, portanto, por meio da lei de sopesamento, que, para Alexy, tem a seguinte redação: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”²⁷³. Assim, segundo a lei de sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro.

Alexy informa que a lei de sopesamento diz o que é importante no sopesamento: de um lado, o grau ou a intensidade da não-satisfação ou da afetação de um princípio, e, de outro lado, o grau de importância da satisfação do outro princípio²⁷⁴. O autor exemplifica a lei de colisão e a lei de sopesamento através de alguns casos concretos, como o caso Lebach. Neste, estava em questão a seguinte situação: a emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado “O assassino de soldados em Lebach”. Esse programa pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido constitucionalmente, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada. O Tribunal Estadual rejeitou seu pedido de medida cautelar para proibir a exibição, e o Tribunal Superior Estadual negou provimento ao recurso contra essa decisão²⁷⁵.

O Tribunal Constitucional Federal, por sua vez, desenvolveu argumentação que se dividia em três partes: na primeira constatou-se uma situação de tensão entre a proteção da personalidade (que Alexy traz como o primeiro princípio – P1) e a liberdade de informar por meio de radiodifusão (segundo princípio – P2). Isoladamente considerados, P1 levaria à proibição, e P2 à permissão da exibição do programa. Esse conflito – que para Alexy é uma colisão de princípios – não poderia

²⁷² Ibid., p. 96.

²⁷³ Ibid., p. 167.

²⁷⁴ Ibid., p. 171.

²⁷⁵ Ibid., p. 99-100.

ser solucionado por meio da declaração de invalidade de uma das normas, mas por meio de “sopesamento”, no qual nenhum dos princípios possui uma precedência geral, devendo-se decidir qual interesse deve ceder, levando-se em consideração a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais. Depois da constatação dessa colisão, o Tribunal Constitucional Federal, em um segundo passo, sustentou uma precedência geral da liberdade de informar, mas tão-somente no caso de uma informação atual sobre atos criminosos. Assim, a decisão ocorreu na terceira etapa. Nesta, o Tribunal constatou que, no caso da repetição do noticiário sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação, este colocaria em risco a ressocialização do autor. A proteção da personalidade (P1) tem precedência sobre a liberdade de informar (P2), o que, no caso em questão, significava a proibição da veiculação da notícia, ou seja, uma notícia repetida, não revestida de interesse atual pela informação, sobre um grave crime, e que põe em risco a ressocialização do autor, é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais²⁷⁶.

Alexy acrescenta que o sopesamento não é um procedimento por meio do qual um interesse é realizado à custa de outro de forma precipitada. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, ao qual, de acordo com a lei de colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada. Opõe-se a objeção de que não haveria um parâmetro com base no qual o sopesamento pudesse ser decidido e que, por isso, a máxima do sopesamento de interesses seria uma fórmula vazia, afirmando que o sopesamento em si não estabelece um parâmetro com o auxílio do qual os casos possam ser decididos de forma definitiva, mas o modelo do sopesamento como um todo oferece um critério, ao associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional²⁷⁷.

Ou seja, para Alexy, sempre que houver uma colisão entre princípios, deve haver uma ponderação entre os mesmos, para analisar, em cada caso, qual deve ter precedência. Imprescindível ressaltar que esta pesquisa não adota a teoria da ponderação de Alexy em todos os seus termos. Primeiramente, o jurista alemão apresenta a ponderação sempre em casos concretos, sendo direcionada ao juiz; esta pesquisa, por sua vez, admite a ponderação tão-somente como método para que o legislador, após constatar a existência de um bem jurídico penal (o que perpassa pela averiguação dos princípios da intervenção mínima e ofensividade),

²⁷⁶ Ibid., p. 99-103.

²⁷⁷ Ibid., p. 173-174.

bem como a idoneidade do meio e a necessidade da intervenção punitiva, alcance a pena em abstrato mais proporcional considerando o valor do bem jurídico e a intensidade da agressão ao mesmo.

Em segundo lugar, este trabalho não analisa questão referente à ponderação de princípios. Qualquer lei penal deve respeitar os postulados da intervenção mínima, da ofensividade e da proporcionalidade, sob pena de inconstitucionalidade da intervenção punitiva. O que se entende, consoante o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito em âmbito penal, é que o legislador deverá ponderar entre a grandeza do direito fundamental atingido pela intervenção – liberdade individual – e o valor do bem jurídico protegido, de modo a encontrar a pena mais proporcional para alcançar o fim preventivo do Direito Penal.

Em outras palavras, trabalha-se com a idéia de ponderação entre valores (ou bens), sendo que esta ponderação deve ser realizada somente pelo legislador, como método para se alcançar o *quantum* da pena em abstrato.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito significa que deve haver uma proporção, uma equivalência entre a gravidade do delito e a intensidade da pena. Busca-se encontrar um ponto de equilíbrio no entrelaçamento de valores e bens envolvidos no conflito penal, a fim de que o meio eleito – a pena – seja empregado numa relação de razoável proporção com os fins perseguidos (os fins preventivos da pena, e o fim de proteção dos bens jurídicos penais). Como salienta Marcus Gomes:

Tal ponderação deve ter em conta a grandeza do direito fundamental e do bem jurídico limitados, de modo a se verificar se as medidas adotadas são ou não proporcionais à relevância do bem que dá origem à restrição. Assim concebida, a proporcionalidade *stricto sensu* se estabelece segundo a gravidade do delito – ou seja, o conteúdo do injusto – a lesão causada ao bem tutelado, e a maior ou menor reprovabilidade do autor. Obriga, portanto, a uma ponderação em torno da gravidade da conduta, do objeto protegido pela norma – bem jurídico – e da consequência jurídica prevista para o comportamento punível. Cuida-se, em resumo, de não se aplicar um preço excessivo (pena elevada) para se obter um benefício (efeitos preventivos) inferior à restrição imposta à liberdade do delinqüente. A função do legislador reside exatamente em formular um juízo em torno do valor do bem jurídico que se pretende proteger penalmente, bem como do desvalor do comportamento que o lesiona, de modo a cotejá-los com o valor da liberdade ameaçada pela cominação penal. É a partir deste juízo que o legislador deverá estabelecer a medida em que se pode renunciar a um direito individual (liberdade) em prol do interesse geral (proteção do bem jurídico). Não se avalia neste momento, portanto, o se da intervenção penal, mas o *quanto* dela. Se o Direito Penal deve assegurar ao indivíduo um máximo de liberdade, não se podem admitir penas desproporcionais à gravidade da conduta punível. [...]

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige que haja uma correspondência entre as diversas respostas dadas pelo Direito Penal

às distintas modalidades de ataque aos bens jurídicos protegidos. Cuida-se de punir com maior severidade comportamentos mais graves – pela dimensão do dano que produzem ou pela magnitude do bem jurídico tutelado – e menos severamente condutas de menor expressão lesiva. Além disso, cumpre lembrar que os bens jurídicos de relevância constitucional não possuem, todos, o mesmo valor. Ao contrário, são tutelados pela ordem jurídica segundo uma escala de importância que torna uns mais relevantes que outros – *v.g.*, a vida tem maior valor que o patrimônio – de modo que esta diversidade deve ser respeitada pelo legislador quando da previsão abstrata da pena²⁷⁸.

Interessante também a transcrição dos ensinamentos de Bianchini sobre o tema:

Quando se concluir pela necessidade e pela eficácia do meio utilizado, há que se passar para uma outra verificação: “Se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à ‘carga coativa’ da mesma. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim, Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim” (CANOTILHO, 1992,p. 387-388). Neste caso, podendo-se atingir o fim, porém com um custo desmesurado, a medida não estaria autorizada, por carecer de proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, portanto, tem por significação a necessária proporção entre o sacrifício de bens e os males a evitar. Dizendo de outra forma, representa a confrontação entre o peso do sacrifício que determinada restrição de direitos fundamentais implica para o indivíduo afetado e os benefícios daí advindos para o estabelecimento de determinado interesse individual ou coletivo. Este

²⁷⁸ GOMES, Marcus, 2008, op. cit., p. 189-191. Correa, ao discorrer sobre o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, acrescenta que na doutrina este se formula como o subprincípio que indica que “«la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto»; también se afirma que la exigencia de proporcionalidad «ha de determinarse mediante un juicio de ponderación entre la carga ‘coactiva’ de la pena y el fin perseguido por la conminación penal»; aquel principio que «exige una concordancia material entre acción y reacción, causa y consecuencia, delito y consecuencia jurídico-penal»; aquel que «quiere decir que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que éstos no pueden ser reprimidos con penas menos graves que la propia entidad del daño causado por el delito»; el principio a través del cual se rechaza «el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad abstracta) o la imposición de penas (proporcionalidad concreta) que carezcan de toda relación valorativa con tal hecho, contemplado en la globalidad de sus aspectos»; «la exigencia de proporcionalidad abstracta entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena con la que el mismo se conmina y la exigencia de proporcionalidad concreta entre la pena aplicada al autor y la gravedad del hecho cometido»; principio que exige que «la gravedad de ésta (pena) resulte proporcionada a la del hecho cometido»; también se hace referencia al mismo como «clásico principio garantizador del Derecho penal, que significa adaptar sencillamente la pena a la gravedad del delito y al grado de culpabilidad». En términos propios del análisis económico del Derecho se ha formulado como la necesidad de no aplicar un precio excesivo para obtener un beneficio inferior, si de lo que se trata es de obtener el máximo de libertad posible, no podrán preverse (o imponerse) penas que resulten desproporcionadas con la gravedad de la conducta. Finalmente, el Tribunal Constitucional alude al mismo como «la vertiente del principio de proporcionalidad que se refiere a la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena (proporcionalidad en sentido estricto)» (STC 55/1996, FJ 9). Desde nuestro punto de vista, el principio de proporcionalidad en sentido estricto implica una relación de proporcionalidad entre la gravedad del injusto y la gravedad de la pena en el momento legislativo; en el momento judicial, que la pena resulte proporcionada a la gravedad del hecho concreto cometido.” (CORREA, 1999, op. cit., p. 277-278).

aspecto do princípio de proporcionalidade ocupa-se da idoneidade do meio repressivo²⁷⁹.

Essa essência que informa a proporcionalidade *stricto sensu* pode ser detectada já no pensamento de Beccaria, tanto que, em sua obra *Dos delitos e das penas*, o filósofo inicia o capítulo intitulado “Que as penas devem ser proporcionais aos delitos” afirmando que “os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas”²⁸⁰.

Pode-se dizer que, uma vez incriminada a conduta afrontosa ao bem jurídico digno de proteção penal, tem lugar a ulterior questão acerca da identificação da medida da resposta sancionatória. Nota-se que a pena legalmente cominada indica a importância que a ordem jurídica atribui ao preceito e ao bem jurídico tutelado. Formula-se a pena com fundamento na gravidade da infração, de maneira que aquela cumpra a função social-jurídica do Direito Penal. Na análise da parte especial do Código Penal, a quantidade de pena cominada assume, portanto, grande relevância, por indicar e fundamentar a hierarquia material dos valores penalmente protegidos. Se é verdade que a liberdade pessoal tem um valor proeminente na Constituição, e que cada restrição sua, principalmente aquelas acompanhadas de sanções penais, pode ocorrer apenas para balancear a lesão de um valor constitucionalmente significativo, resulta, logicamente, que a restrição da liberdade pessoal poderá ser adotada em medida crescente, segundo a importância do bem constitucionalmente agredido²⁸¹.

Como acrescenta Correa, mesmo que se afirme ser impossível medir a gravidade do injusto individualmente considerado, é possível afirmar, atendendo o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que, se dois delitos são castigados com a mesma pena, é que o legislador os considera de gravidade equivalente; tanto que, se a pena prevista para um delito é mais severa que a prevista para outro, o primeiro delito é considerado pelo legislador mais grave que o segundo. Assim, se dois delitos não são considerados da mesma gravidade, e se ambos são sancionados com a mesma pena, ou se sanciona com pena menor o que

²⁷⁹ BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 83.

²⁸⁰ BECCARIA, 2008, op. cit., p. 68.

²⁸¹ GOMES, Mariângela, 2003, op. cit., p. 155-157.

se considera mais grave, estar-se-ia vulnerando o princípio da proporcionalidade em sentido estrito²⁸².

Não se pode negar, entretanto, a grande dificuldade que existe em encontrar a pena devida para cada delito, como exige a proporcionalidade em sentido estrito. Não é sem motivo que a cominação abstrata da sanção penal constitui um dos momentos mais delicados da atividade legislativa em matéria penal – mais delicado, talvez, do que a própria seleção de condutas merecedoras de reprovação penal – e se insere nos amplos limites da atividade discricionária do legislador, cujo objeto, neste caso, é a busca da exata medida da resposta penal. Toda essa dinâmica legislativa se exaure na tentativa de definir que o fato X merece a pena Y, pois ela será suficiente para a proteção do bem jurídico e para a consecução dos fins preventivos²⁸³.

Como observa Ferrajoli, citando Bentham, a idéia aparentemente elementar da proporcionalidade da pena ao delito não oferece, por si só, nenhum critério objetivo de ponderação. Tem que se reconhecer a heterogeneidade que existe entre delitos e penas, não existindo critérios naturais, senão somente pragmáticos baseados em valorações ético-políticas ou de oportunidade para estabelecer a qualidade e a quantidade da pena adequada a cada delito²⁸⁴.

Todavia, o fato de entre pena e delito não existir uma relação natural, não impede que a pena deva ser adequada a este em alguma medida. Entre os mesmos existe um nexos legal e convencional, sendo esta a razão que obriga o legislador a eleger a quantidade e qualidade da pena adequada em relação à natureza e gravidade do fato²⁸⁵. Por esta razão, faz-se imprescindível traçar alguns critérios para, dentro do possível, guiar a aplicação do juízo da proporcionalidade estrita.

Como a gravidade da pena há de ser proporcional à gravidade do fato antijurídico, consubstanciado no desvalor da ação e também do resultado, aponta-se a importância do bem jurídico como o principal critério a nortear as escolhas do legislador. Sem dúvida, o valor do bem jurídico sob tutela é imprescindível na definição do *quantum* da pena. Espera-se que as penas mais severas sejam direcionadas às condutas mais graves, que lesionam com mais intensidade um bem jurídico de maior valor ao homem, como, por exemplo, a vida.

²⁸² CORREA, 1999, op. cit., p. 279-280.

²⁸³ GOMES, Marcus, 2008, op. cit., p. 191.

²⁸⁴ FERRAJOLI, 2006, op. cit., p. 366.

²⁸⁵ CORREA, 1999, op. cit., p. 279.

Os bens jurídicos protegidos penalmente devem estar, pois, dispostos numa escala hierárquica de importância, de modo que as penas mais graves sejam reservadas para aqueles tipos penais que tutelem bens jurídicos mais relevantes.

É bem verdade que não apenas o bem jurídico tutelado serve de critério de referência para a valoração acerca de qual seja a pena proporcional ao delito, outros fatores, como o desvalor ou a modalidade da conduta²⁸⁶, a intensidade da agressão²⁸⁷, o fato de ser um delito de lesão ou de perigo, a pluralidade de interesses envolvidos²⁸⁸, o elemento subjetivo²⁸⁹, entre outros²⁹⁰, devem ser considerados. Entretanto, esta pesquisa não tem a pretensão de desenvolver todos os critérios que devem ser considerados pelo legislador no momento da cominação em abstrato, traçando limites precisos para a tarefa legislativa, mas tão-somente de ressaltar a importância de se considerar o valor do bem jurídico sob tutela na fixação da pena em abstrato. Assim, busca-se, dentro do estudo da proporcionalidade em sentido estrito, enaltecer que aos bens de maior valor devem ser cominadas as penas mais severas, apenando-se, por exemplo, uma agressão à vida de forma mais intensa do que uma agressão contra o patrimônio. Esta idéia de proporcionalidade pautada no bem jurídico é fundamental para a compreensão do terceiro capítulo deste estudo.

Nota-se, ainda, que, após considerar a gravidade do comportamento e o valor do bem jurídico para a fixação da pena, o legislador deverá, num segundo momento, buscar a harmonia sistemática, isto é, comparar a figura típica e a pena a ela cominada com os demais tipos e correspondentes sanções do ordenamento jurídico para, em vista das particularidades de cada um, não permitir que condutas de igual gravidade sejam punidas com penas diversas, que condutas mais graves sejam

²⁸⁶ Exemplo: se o bem jurídico patrimônio foi atingido mediante a simples subtração (furto), ou mediante fraude (estelionato). A segunda modalidade, por ter maior desvalor, deve possuir uma pena mais severa.

²⁸⁷ Exemplo: se o bem jurídico integridade física foi lesionado com a inutilização de um dedo ou uma perna. Quanto maior a agressão (lesão ou perigo), maior deve ser a pena.

²⁸⁸ Nos delitos complexos, por exemplo, a tutela é voltada para mais de um bem jurídico. Assim, embora o roubo seja um crime contra o patrimônio, como neste também se viola outros bens, como a liberdade pessoal, a integridade física ou a própria vida, a pena deve ser maior que no furto.

²⁸⁹ Os crimes dolosos devem ter pena maior que os culposos. Como assevera Mariângela Gomes “na determinação legal da margem entre as penas mínima e máxima, deve o legislador considerar, além do bem jurídico e da gravidade da ofensa a este relacionada, o grau de culpabilidade da conduta descrita. Deve, portanto, existir uma evidente diferença na quantidade de pena cominada se o delito for previsto como culposos, doloso ou preterdoloso” (GOMES, Mariângela, 2003, op. cit., p. 192).

²⁹⁰ Os critérios enumerados a título exemplificativo foram retirados da obra de Mariângela Gomes (Ibid., p. 173-190).

punidas com penas menos severas, e que condutas de gravidades distintas sejam punidas com a mesma pena.

Faz-se indispensável racionalizar o juízo através do uso do *tertium comparationis*²⁹¹, através do qual se verifica se a relação delito-pena é proporcional, não só em si mesma, mas em confronto com uma outra relação delito-pena que se assume implicitamente como proporcional. Isto significa que a tarefa do legislador consiste em comparar as diversas condutas incriminadas e apreender, a partir da importância dos bens jurídicos analisados e das diferentes agressões por estes sofridas, uma possível diferença entre a gravidade dos comportamentos proibidos, de modo que a quantidade de pena cominada para cada infração há de se diferenciar de acordo com os diversos graus de agressões aos vários bens jurídicos constitucionais. Pode-se dizer, portanto, que é a partir das sanções, e sobretudo da comparação entre elas, que se obtém os atributos do sistema penal como um todo.

Como salienta Mariângela Gomes, o alcance desse método comparativo implica que não basta verificar se dois tipos que apresentam penas diferentes mereceriam ser sancionados de forma igual ou vice-versa, mas se trata de avaliar a necessidade de disparidade de pena maior, menor ou reciprocamente inversa em relação àquela existente. Deve-se estabelecer se o grau de disparidade no tratamento sancionatório corresponde a uma diversidade nas relações constitucionais entre os bens jurídicos, uma vez que a hierarquia constitucional dos bens deve constituir o parâmetro para confrontar tipos postos à tutela de valores diversos, de modo a expressar, em termos de significado constitucional, a relevância dos interesses tutelados e valorar as relações de prioridade entre eles²⁹².

Em suma, o significado do princípio da proporcionalidade em sentido estrito relaciona-se com a necessidade de que todos os delitos sejam punidos com uma pena justa, proporcional à gravidade da ação punível, particularmente considerada, e ao mesmo tempo congruente com as outras penalidades previstas para o resto dos delitos existentes na legislação penal.

Ainda que relevante a lesão a um bem jurídico fundamental que autorize a intervenção punitiva, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito há de ser invocado para justificar a graduação das penas, de acordo com a gravidade da lesão causada, bem como em cotejo com lesões a outros bens jurídicos. Infrações

²⁹¹ O termo é utilizado por Mariângela Gomes, em sua obra *O Princípio da proporcionalidade no direito penal* (Ibid., p. 186).

²⁹² Ibid., p. 187.

penais não podem ser punidas com penas mais graves ou menos graves que a dimensão do dano causado ao bem jurídico. Buscar a pena proporcional é, portanto, buscar a pena justa, e encarar o problema da proporção penal é encarar o problema da justiça das penas, ou seja, o problema fundamental do Direito Penal.

4 EM BUSCA DE UMA TUTELA PROPORCIONAL – CRÍTICA A ALGUNS DISPOSITIVOS DA LEGISLAÇÃO PENAL

Um dos maiores problemas que o Direito Penal enfrenta é exatamente o de encontrar a pena proporcional –idônea, necessária e proporcional em sentido estrito. A necessidade de se apurar a proporcionalidade das sanções deve ser aferida em três planos distintos, vale dizer, no legislativo, que ocorre quando da criação da figura típica; no judicial, que é levado a efeito quando o julgador aplica a pena ao caso concreto; e no momento da execução, quando o agente, efetivamente, sente os efeitos da condenação. Entretanto, como já anteriormente mencionado, pretende-se direcionar esta pesquisa à primeira fase, analisando-se em especial algumas penas em abstrato.

A discussão a respeito da idéia de pena proporcional não é nova. Como elucidado no segundo capítulo, a partir principalmente do século XVIII, com destaque para a obra de Beccaria²⁹³, as discussões sobre as penas proporcionais vêm sendo travadas com progressos e retrocessos.

O certo é que penas desproporcionais trazem a sensação de injustiça. Como bem exemplifica Greco²⁹⁴, desde criança já se raciocina com a idéia de castigo proporcional à desobediência. Quando os pais exageram na correção, o sentimento é de revolta, por ser muito pequena a desobediência para que tamanha punição fosse aplicada, sendo, portanto, a idéia de proporção, inata ao ser humano.

No âmbito do Direito Penal, para se estabelecerem critérios de proporção e valoração das penas, faz-se imprescindível conhecer o valor do bem jurídico sob tutela. Trata-se de uma questão prejudicial: somente é possível saber se o critério da proporcionalidade está sendo respeitado se, previamente, se conhecer o grau de importância, numa determinada ordem constitucional, dos valores e bens protegidos pela norma²⁹⁵.

A linha aqui proposta para estabelecer uma baliza lógico-racional na valoração da gravidade de um delito - e correspondente fixação da sanção respectiva - parte de uma investigação acerca da teoria do bem jurídico.

²⁹³ BECCARIA, 2008, op. cit., p. 11.

²⁹⁴ GRECO, Rogério. *Curso Direito Penal: parte especial*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 34. v. 2.

²⁹⁵ PINHO, 2006, op. cit., p. 108.

Mas não é fácil desenvolver um raciocínio perfeito que tenha em conta que a severidade da pena deve ser proporcional à gravidade do delito. Mesmo porque, considerando-se o nível atual de inflação legislativa, o número excessivo de tipos penais incriminadores torna cada vez mais difícil o raciocínio da proporcionalidade, uma vez que cada tipo merecerá a sua comparação dentro do ordenamento jurídico-penal. Além disso, dificulta-se ainda mais este raciocínio de proporcionalidade por não se poder mensurar, exatamente, quanto vale a vida, a integridade física, a propriedade, etc. Por este motivo, entende-se que para que haja tal proteção é necessário relacionar a doutrina do bem jurídico penal com os preceitos do princípio da proporcionalidade, já que a tutela deve ocorrer por meio de uma pena entendida como a mais proporcional possível, considerando-se o bem atingido pelo delito.

O sistema penal constitucional de 1988 exige uma instância de controle. Não é possível admitir, na atividade legislativa, criação desarrazoada de tipos penais para tutela de quaisquer bens jurídicos, ou em desrespeito aos postulados da proporcionalidade, da ofensividade e da intervenção mínima.

Um Direito Penal assim amoldado à Constituição deve obediência às seguintes condicionantes, analisadas nos capítulos anteriores:

1. Só podem ser tutelados aqueles bens e valores imprescindíveis ou fundamentais para a sociedade ou para o indivíduo (doutrina do bem jurídico), o que concede ao Direito Penal um caráter subsidiário e fragmentário (princípio da intervenção mínima), além de definir que as condutas a serem criminalizadas não devem ofender ou colocar em perigo concreto bens fundamentais (princípio da ofensividade), excluída, portanto, qualquer possibilidade de incriminação daquelas ofensas de pequena monta. O Estado deve tutelar bens de grande relevo para a existência do homem enquanto indivíduo e ser social. O processo de seleção destes bens, que se constitui em decisão política do Estado e que é efetivado por meio do poder legislativo, há que levar em consideração o indivíduo e suas necessidades na sociedade em que vive. Ademais, a Constituição Federal apresenta-se como parâmetro na seleção de tais bens. Assim, não se pode criminalizar conduta de forma a ofender ditames constitucionais.

2. A criminalização só se justifica se a controvérsia não pode ser resolvida por outros meios de controle social menos onerosos (subprincípio da necessidade). Ademais, o Direito Penal há de se mostrar capaz de reduzir as cotas de violência (subprincípio da adequação). Esta capacidade encontra-se condicionada, ainda,

pela verificação dos custos sociais e individuais que os instrumentos utilizados acarretam, de forma que deva haver um equilíbrio entre o bem protegido e a pena cominada, pois, de outra forma, o custo não se encontrará legitimado (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).

Tais orientações direcionam-se ao legislador infraconstitucional, e encontram fundamento nos traços característicos das sanções criminais que constituem a mais invasiva limitação à liberdade individual²⁹⁶, razão pela qual são investigados os fundamentos legitimadores para o alcance e o limite da intervenção penal, a fim de que critérios passionais para a criminalização cedam espaço a juízos calcados na racionalidade e na cientificidade²⁹⁷.

Os crimes e as penas obedecem critérios lógicos, não obstante uma certa margem de discricionariedade seja reservada ao legislador. A previsão de ilícitos e sanções deve se estabelecer segundo uma relação de gravidade, refletindo o nível de impacto e o valor do bem jurídico. Daí a inevitável conclusão de que o delito mais grave clama pena mais rigorosa. Se assim não for, contradição lógica haverá, bem como ruptura da harmonia do sistema. O legislador, sob pena de incidir na eiva da inconstitucionalidade, não poderia jamais cominar pena ao crime de lesões corporais (art. 129, CP) mais grave do que a definida ao homicídio (art. 121, CP). A explicação é simples: a vida é bem superior em relação à integridade física, além do homicídio provocar dano mais intenso do que qualquer modalidade de lesão²⁹⁸.

²⁹⁶ Paulo Queiroz afirma que tal intervenção “vem de ordinário marcada de elevados custos sociais quase sempre irreversíveis: a marginalização da vítima, o asselvajamento e estigmatização do infrator, etc. É também uma intervenção marcada sistematicamente por toda sorte de violação dos direitos humanos. É, ainda, um sistema de muito difícil controle.” Ademais, “representa um sistema perversamente e inevitavelmente seletivo, que recruta sua clientela entre as classes mais fragilizadas e vulneráveis; entre os miseráveis, enfim. Os cárceres de toda parte, e do Brasil, em especial, demonstram-no incontestavelmente. E seria ingênuo supor que se trate de algo facilmente superável: ainda que o próprio Deus ditasse as leis, ainda que os juízes fossem santos, ainda que promotores de justiça fossem super-homens, ainda que delegados e policiais formassem um exército de querubins, ainda assim o direito, e o direito penal de modo particular, seria um instrumento de desigualdade, porque a igualdade formal ou jurídica não anula a desigualdade material que lhe subjaz.” Observa que “sem exagero, o direito penal não é só a mais violenta forma de intervenção do Estado na vida dos cidadãos, mas é também, seguramente – e talvez por isso mesmo –, a mais desastrosa forma de intervenção do Estado na vida social. Reduzir, pois, tanto quanto seja possível, o marco de intervenção do sistema penal, é uma exigência de racionalidade. Mas é também como se disse, um imperativo de justiça social”. E acrescenta, recordando Jeffery, que “mais leis, mais penas, mais policiais, mais juízes, mais prisões, significa mais presos, mas não necessariamente menos delitos”. Por fim, coloca que “racionalidade e justiça hão, enfim, de orientar, sempre e sempre, a intervenção do Estado e, em particular, a intervenção jurídico-penal, haja vista que é o direito penal um só instrumento, um só meio – nem o mais importante, nem o mais recomendável – a serviço dos fins constitucionalmente confiados a esse mesmo Estado” (QUEIROZ, P., 2002, op. cit., p. 26-29).

²⁹⁷ GOMES, Mariângela, 2003, op. cit., p. 19.

²⁹⁸ CARDOSO, Danielle Martins; BARBOSA JUNIOR, Salvador José. O indispensável controle de constitucionalidade difuso nos crimes de porte de arma de fogo e munição. In: TOLEDO, Armando

Percebe-se, portanto, que o legislador ordinário, quando da criação do tipo penal, deverá, primeiramente, averiguar a existência do bem jurídico penal. A constatação da irrelevância ou relevância do bem à tutela penal perpassa por uma análise dos valores constitucionais, respeitando-se a integridade do ordenamento jurídico como um todo, e as necessidades humanas e sociais. Desta forma, o legislador poderá, por exemplo, diante da Constituição, do ordenamento jurídico pátrio, dos valores humanos e sociais, perceber que o meio ambiente é valor de grande importância, que merece ser protegido penalmente. Em raciocínio seguinte, o legislador buscará encontrar a pena útil, necessária e proporcional para os seus fins repressivo e preventivo²⁹⁹. Após tal raciocínio, o legislador deverá ainda proceder a um estudo comparativo entre as figuras típicas, para que, por mais uma vez, seja realizado o raciocínio da proporcionalidade sob um enfoque de comparação entre os diversos tipos que protegem bens jurídicos diferentes.

Entretanto, o que se vê hoje é um descompromisso com a função garantista do bem jurídico e um conseqüente agigantamento do Direito Penal, o que acarreta uma verdadeira desconstrução do conceito de bem jurídico enquanto critério de limitação da intervenção punitiva. Observa Bianchini que esta tendência de proliferação desordenada de tipos penais é responsável pela ausência de harmonia normativa e gera a vulgarização do ordenamento jurídico-penal³⁰⁰.

Na legislação penal brasileira encontram-se inúmeras disposições em que resta evidente o descomprometimento com qualquer critério científico no estabelecimento das infrações penais e as respectivas respostas sancionatórias. Não são raros os exemplos de normas penais em que é flagrante a inobservância aos princípios da intervenção mínima, ofensividade e proporcionalidade³⁰¹.

Como conseqüência, o Direito Penal brasileiro apresenta-se não como um conjunto harmônico de disposições coerentes com os ditames constitucionais, mas como um emaranhado de leis em descompasso umas com as outras, sem uma

(coord). *Direito penal: reinterpretação à luz da Constituição; questões polêmicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 50.

²⁹⁹ Os fins da pena estão dispostos no art. 59 do Código Penal. Sobre o assunto, criticando a finalidade preventiva da pena, interessante a leitura das obras *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal* (ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 97-143) e *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena* (GOMES, Marcus, 2008, op. cit).

³⁰⁰ BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 51.

³⁰¹ Nos itens 4.1 e 4.2 deste capítulo serão enumerados alguns exemplos de normas que ferem os princípios da intervenção mínima, ofensividade e proporcionalidade.

maior preocupação com a edificação de um sistema punitivo alicerçado em garantias uniformes.

Assevera D'Ávila que a falta de cuidado com que avançou, e ainda avança, o legislador ordinário nos espaços de intervenção jurídico-penal reflete uma afoiteza que se traduz, em muitos momentos e de forma até mesmo irremediável, em profunda irresponsabilidade não só para com garantias fundamentais, mas, inclusive, para com o próprio objeto a que se destina a tutela penal. Acrescenta que querer justificar uma já comum precipitação normativa e o seu sem-número de equívocos técnicos, é subverter a mais comezinha lógica, é valer-se dos exatos motivos que lhe exigiram maior cautela para justificar exatamente a falta dessa mesma cautela. Equívocos que, na prática, têm resultado em legislações dotadas de um profundo e já inaceitável déficit de racionalidade, contemporizado, às vezes, com recursos hermenêutico-aplicativos, porém, outras vezes, de insuscetível recuperação, remetendo-se a um, há muito, insustentável grupo de legislações penais meramente simbólicas³⁰².

Interessante transcrever também os apontamentos de Cardoso e Barbosa Junior:

A legislação penal brasileira, todavia, atravessa momento de indesejável inflação. Não é difícil notar a expansão das normas incriminadoras e a utilização do direito penal como instrumento hábil a evitar a repetição de novas e modernas condutas reputadas delituosas, conquanto não se percebe a correspondente diminuição da criminalidade. No afã de buscar a harmonia e o progresso coletivo sem ofertar estrutura para o crescimento individual, o Estado abandonou o dever de alcançar os objetivos fundamentais erigidos pela Constituição Federal de 1988 de erradicação da pobreza, da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais (art., 3º, III), deixando igualmente de buscar a concretização desses objetivos por meio de medidas convincentes, notadamente na área de educação, numa clara preferência de colimar o atalho penal, em atos de retórica e ideologicamente comprometidos.

A expansão desarrazoada do direito penal evidencia a opção estatal por essa equivocada trilha. Neste contexto, torna-se cada vez mais conveniente a adoção de política criminal pretensamente protetora, pautada no aumento e endurecimento da pena de prisão como fórmula adequada para prevenir o crescimento da delinquência patrimonial numa sociedade cada vez mais sedenta pela justa distribuição de rendas.

Em decorrência, notório o desrespeito aos princípios da legalidade, da intervenção mínima e da proporcionalidade, nítido o intuito de criminalizar condutas que lesem ou ponham em perigo os bens individuais e coletivos, mesmo que as ofensas ou riscos de violação sejam mínimos. Além disso, há forte movimento em favor do endurecimento das respostas ofertadas pelo direito penal, com o aumento das penas privativas de liberdade sem qualquer preocupação com a harmonia no sistema jurídico criminal.

³⁰² D'AVILA, 2009, op. cit., p. 112.

Efetivamente não se vê na elaboração contemporânea da legislação penal atenção aos princípios consagrados pela Constituição Federal.³⁰³

A importância de analisar criticamente os dispositivos incriminadores é evidenciada no momento em que se constata, no Brasil, a existência de um Código Penal datado de 1940³⁰⁴, época em que as condições políticas, econômicas e sociais do país eram significativamente diferentes, e cujo conteúdo reflete os valores vigentes naquele tempo, e não necessariamente coincidentes com os dos dias de hoje. Além disso, são inúmeras as leis extravagantes que buscam “atualizar” os valores já previstos no Código de 40, mas que acabam por violar ainda mais os postulados constitucionais.

O que se percebe é que o recrudescimento de penas, a criminalização de situações de perigo, a estigmatização dos que sofrem o processo penal, a prisão para todos, são tendências da lei penal brasileira. Nela se deposita a esperança para a solução da violência, além de a sociedade sentir-se, ilusoriamente, mais segura com a edição desenfreada de normas penais³⁰⁵. Esta idéia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade sepulta os princípios da proporcionalidade, ofensividade, intervenção mínima, além da própria dignidade da pessoa humana.

Neste terceiro capítulo, analisar-se-ão alguns dispositivos penais que se entende em descompasso com os valores constitucionais, por violarem a doutrina do bem jurídico penal, bem como o princípio da proporcionalidade. Importante ressaltar que os dispositivos que serão citados são meramente exemplificativos. Foram escolhidos em virtude da inquestionável falta de sintonia com o texto constitucional, o que não significa que outros casos não existam.

³⁰³ CARDOSO; BARBOSA JUNIOR, 2009, op. cit., p. 34.

³⁰⁴ Importante frisar que a Parte Geral do Código Penal foi reformada em 1984. Quando se afirma que o Código Penal data de 1940, faz-se referência à Parte Especial.

³⁰⁵ “A cultura do medo incutiu na maioria das pessoas a idéia de que a diminuição do nível de violência é inversamente proporcional ao aumento da repressão penal mormente no que concerne a majoração das penas para os crimes existentes bem como a criminalização de outras condutas. Falácia! – como se o criminoso antes de iniciar a manobra delitiva consultasse o Código Penal para cotejar – ‘custo-benefício’ – se a pena prevista para o crime ‘vale o risco’. Se assim fosse, de certo teríamos a solução para os problemas apresentados à ciência penal porquanto bastava punir com pena perpétua, banimento ou exílio local os crimes vis para fazê-los cessar. Se assim fosse, a partir da edição da Lei de Crimes Hediondos (com todas as suas restrições) a prática das condutas ali previstas teria diminuído”. (MARCOCHI, Marcelo Amaral Colpaert. *Posse de celular em presídio – Lei nº 11.466/2007*. In: TOLEDO, Armando (coord). *Direito penal: reinterpretação à luz da Constituição; questões polêmicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 59).

Os exemplos foram tomados de forma a se poder constatar que a violação das idéias norteadoras desta pesquisa pode ocorrer por dois enfoques: a) quando não há bem jurídico a ser protegido pela norma penal incriminadora (o que viola os princípios da intervenção mínima, ofensividade, necessidade, e, até mesmo, da adequação); b) quando a pena cominada não condiz com a gravidade da ofensa e o valor do bem jurídico sob tutela (o que, obviamente, viola os parâmetros da proporcionalidade).

Note-se que o trabalho não tem o intuito de esgotar o tema, mas tão-somente de trazer alguns casos para que sirvam como um convite ao (re)pensar, incitando a busca por uma legislação mais coerente e garantista, que se pautem pelo respeito à dignidade humana.

4.1 CAMINHANDO EM DIREÇÃO À DESCRIMINALIZAÇÃO

Como mencionado anteriormente, devem ser excluídas do âmbito de proteção penal (ou seja, descriminalizadas) as condutas que, não atentando contra um bem jurídico digno de punição, apenas afetem interesses do Estado.

Ressalte-se: o que se questiona aqui é a própria existência de bem jurídico penal a ser protegido pela norma.

Os princípios da intervenção mínima, da ofensividade e da proporcionalidade, que se apresentam inter-relacionados como consequência natural da doutrina do bem jurídico penal, são exigências de natureza constitucional das quais a norma penal não pode se afastar. É daí que se conclui que o Direito Penal só deve intervir quando a proteção dos bens jurídicos não possa ser alcançada por meios menos gravosos, ou mesmo menos estigmatizantes. É igualmente desse mesmo viés que se pode extrair a conclusão de que o recurso à pena privativa de liberdade só se justifica como última opção (*ultima ratio*). A utilização do Direito Penal como instrumento de controle social fica condicionada à sua necessidade e adequação para os fins preventivos³⁰⁶.

³⁰⁶ ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Controle difuso de constitucionalidade da norma penal: reflexões valorativas*. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 59.

Essa questão passa por dois pontos relevantes: o primeiro diz respeito a leis que, quando promulgadas, cumpriam as exigências do Direito Penal de sua época, mas que, com as transformações sociais e o transcurso do tempo, tornaram-se desnecessárias e inadequadas, passando a violar os valores da Constituição de 1988, por não mais alcançarem bens jurídicos dignos da tutela penal. É o caso da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688/1941).

Não existe uma medida absolutamente objetiva, atemporal e neutra para calibrar a importância dos diferentes bens jurídicos com índole constitucional, uma vez que qualquer medida de valor a eles relativa varia no tempo, de acordo com a sua percepção e o seu significado social, o que pode ser visto tanto como um incremento como numa diminuição de sua importância. Assim, determinados bens tidos como penalmente relevantes vão, com o passar do tempo, perdendo este significado³⁰⁷.

Em outras palavras, ao lado da inflação legislativa que vive atualmente o Brasil, constata-se uma sobrevida de tipos penais que não mais correspondem aos valores sociais. Em relação a estes, o Direito Penal perde eficácia, e deixa de se voltar para os casos em que ele, Direito Penal, realmente deve ser empregado, surgindo, assim, um verdadeiro “déficit de execução” da tutela penal³⁰⁸.

O segundo ponto é caracterizado por leis que já nascem em total descompasso com o texto constitucional, por violarem, desde a sua promulgação, os princípios da proporcionalidade, da intervenção mínima e da ofensividade. É o caso das normas que punem a embriaguez ao volante (art. 306, CTB), o porte ilegal de arma de fogo (art. 14, Lei nº 10.826/2006), entre tantos outros.

Na verdade, o que ocorre é uma migração, para o Direito Penal, de questões que seriam bem resolvidas por outros ramos do Direito, como o Direito Administrativo ou o Direito Civil, o que evidencia a inoperância dos órgãos estatais em coibir com eficiência a prática de certos desvios que, a rigor, não demandariam a movimentação da máquina penal.

4.1.1 Alguns casos exemplificativos

³⁰⁷ GOMES, Mariângela, 2003, op. cit., p. 201.

³⁰⁸ CORREIA, 2009, op. cit., p. 40.

A título ilustrativo, passa-se à análise de algumas incriminações passíveis de questionamento à luz da adequação, necessidade, subsidiariedade, fragmentariedade e ofensividade.

Nesta perspectiva, insere-se o consumo pessoal de substâncias entorpecentes. Sem dúvida, a incriminação desta conduta viola os subprincípios da adequação e da necessidade, eis que os tratamentos médicos e terapêuticos seriam métodos muito mais recomendados em relação à pena privativa de liberdade, haja vista poderem atingir resultados mais eficazes. A intervenção punitiva não se mostrou idônea à por fim na conduta, pelo contrário, transformou o tráfico de entorpecentes no verdadeiro “calcanhar de Aquiles” da polícia brasileira. Ademais, questiona-se “Qual o bem jurídico ofendido, senão a própria saúde do usuário? Mas presta-se o Direito Penal para proibir (e punir) condutas que causem prejuízo a bem jurídico próprio?”³⁰⁹ O princípio da ofensividade deve ser entendido como ofensa a bem jurídico alheio, e não próprio, pois não está o Direito Penal autorizado a proibir atos que somente possam trazer danos a quem os pratica³¹⁰.

Acolhendo em parte tal diretriz, a Lei nº 11.343, que veio a lume em 23 de agosto de 2006, não descriminalizou a conduta, mas passou a atribuir ao fato sanções não privativas de liberdade, a saber: advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, além de admoestação verbal e multa no caso de descumprimento das referidas medidas educativas (art. 28)³¹¹.

Sobre o tema, recomendável a transcrição dos apontamentos de Barbosa Junior e Franzoi, por estarem em harmonia com o posicionamento ao qual se filia este estudo:

O usuário ou dependente de drogas, ao tempo da revogada Lei nº 6.368/1976, era considerado criminoso, sujeito à pena de detenção de 6 meses a 2 anos, além do pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa. É claro que a própria evolução legislativa já vinha mitigando o excessivo rigor de tratamento ao usuário ou dependente. Tanto que, a partir do advento da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, o delito de porte de droga para consumo próprio passou a ser considerado crime de menor potencial ofensivo. E, assim classificado, havia a possibilidade de aplicação de medidas despenalizadoras, consistentes na transação penal e na suspensão condicional do processo, previstas nos arts. 76 e 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, o que por si só reduziu drasticamente a

³⁰⁹ PINHO, 2006, op. cit., p. 92.

³¹⁰ Ibid., p. 93.

³¹¹ CORREIA, 2009, op. cit., p. 101.

possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade ao usuário ou dependente de drogas.

Mas, em que pese a relativização do severo tratamento dispensado ao usuário na Lei nº 6.368/1976, o certo é que, ao menos em tese, era possível a prisão do usuário. É que as citadas medidas despenalizadoras são aplicáveis a depender de requisitos subjetivos, e um deles é a primariedade do réu. Como o usuário geralmente não se acovarda em fazer uso de entorpecentes, mesmo depois de submetido ao processo penal, não era rara a aplicação de pena e a conseqüente estigmatização do indivíduo por meio da reincidência.

Com a nova legislação, esse panorama foi totalmente alterado. O art. 28 dispõe que o usuário ou o dependente está sujeito às penas de advertência sobre os efeitos da droga; prestação de serviços à comunidade; medidas educativas de comparecimento a programa ou curso educativo. E, caso o indivíduo se recuse a cumprir as medidas educativas, o juiz poderá submetê-lo, sucessivamente, a admoestação verbal e multa. Assim, ao contrário do disposto no § 4º do art. 44 do Código Penal, as medidas educativas não serão convertidas em penas privativas de liberdade.

É certo que a lei poderia ter avançado mais ainda e descriminalizado de vez o uso de entorpecentes. Contudo, não o fez. Prova disso é que o art. 28, no qual se prevê a resposta ao usuário de entorpecente, está localizado topograficamente no Título III, Capítulo III, denominado “Dos crimes e das penas”. Nesse sentido, ademais, lembra Rogério F. Taffarello, ao fazer rápida leitura crítica do novo texto legal, que, “do ponto de vista da principiologia do direito penal democrático e das teorias sobre as finalidades da pena, há que se considerar excessivamente tímida a mera despenalização do usuário, que ainda se submeterá a sanções de natureza criminal e à estigmatização inerente ao processo penal”.

Portanto, malgrado a abolição da pena privativa de liberdade ao usuário ou dependente de drogas, é forçoso concluir que a legislação andou pouco, mas caminhou em direção à descriminalização.³¹²

Pode-se questionar inclusive a idoneidade da criminalização do tráfico de drogas, sob o argumento de que ela não foi e nem se mostra capaz de atingir sua finalidade precípua, como sendo a de diminuir o consumo de drogas, erigindo-se, ao revés, em causa direta para o crescimento do fenômeno, ao converter substâncias de custo insignificante em mercadorias de valor incalculável. Ainda sobre a questão, pode-se afirmar não ser a pena o obstáculo para a existência de mais traficantes, sendo a demanda da droga o fator determinante de sua quantidade (surgirão tantos substitutos quantos forem os traficantes presos ou mortos). Além disso, aponta-se o surgimento de problemas de saúde pública talvez mais graves frente aos que se desejava coibir inicialmente, tais como a transmissão da AIDS através do compartilhamento de seringas e o consumo de substâncias entorpecentes adulteradas, muito mais perigosas do que as originais. Tudo isso sem falar do crescimento do número de delitos relacionados direta ou indiretamente ao tráfico e

³¹² BARBOSA JÚNIOR, Salvador José; FRANZOI, Sandro Marcelo Paris. Breves apontamentos sobre a nova lei de drogas. In: TOLEDO, Armando (coord). *Direito penal: reinterpretção à luz da Constituição: questões polêmicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 74-75.

do dinheiro gerado pela atividade, capaz de manter a corrupção justamente nos órgãos encarregados de sua repressão³¹³. Sem dúvida, a descriminalização do tráfico de entorpecentes é tema de grande controvérsia, e demanda profundas investigações e reflexões, não só por parte do Direito Penal, mas também da criminologia e outras disciplinas afins, levando-se em consideração as peculiaridades de cada sociedade e sem perder de vista os custos da criminalização.

O que a história e a realidade não deixam dúvida, é que a criminalização do tráfico de entorpecentes vem ferindo o postulado da idoneidade. Mariângela Gomes chega a afirmar que tal criminalização possui efeitos criminógenos, além de representar a colocação em perigo do próprio bem jurídico tutelado. Afirma a autora que ao tornar criminosa a conduta que corresponde à comercialização de substâncias entorpecentes, o que se faz, na realidade, é limitar o fornecimento do produto proibido, incrementando o risco do vendedor e fazendo aumentar o preço da mercadoria. Ao fazer aumentar o preço, poder-se-ia supor que isto faria com que as pessoas parassem de adquirir a mercadoria proibida. No entanto, a experiência tem demonstrado que não é bem assim que as coisas funcionam, e as pessoas continuam a comprar entorpecentes, ainda que tenham que roubar, por exemplo, para pagarem o preço. Ademais, o tráfico de entorpecentes também se enquadra entre aquelas infrações em que o próprio bem jurídico tutelado acaba sendo posto sob ameaça. A incriminação do comércio de entorpecentes acaba por gerar problemas de saúde pública mais sérios do que aqueles que se tentava evitar, uma vez que os consumidores das drogas são postos numa situação de clandestinidade e têm de afrontar não apenas o risco inerente à própria substância entorpecente que desejam consumir, mas a concreta possibilidade de que a droga esteja adulterada e repleta de impureza de todo gênero. E isto sem contar, ainda, que o fato de os consumidores encontrarem-se na marginalidade dificulta que os programas destinados à saúde pública atinjam esta importante parcela da população³¹⁴.

³¹³ CORREIA, 2009, op. cit., p. 101-102.

³¹⁴ GOMES, Mariângela, 2003, op. cit., p. 146-149. Bianchini acrescenta que “vários são os argumentos produzidos por estudiosos e aplicadores do direito, médicos, psicólogos, dentre outros, no sentido de demonstrar os efeitos funestos da penalização. Os principais e mais freqüentes são os seguintes: 1. o fruto proibido resulta atrativo sobre os jovens; 2. a ilegalidade do ato torna a mercadoria excessivamente cara, o que passa a ser um rendimento altamente lucrativo para alguns, fazendo, inclusive, com que eles proporcionem, gratuitamente, as primeiras doses, a fim de obter dependentes; 3. proporciona o contato dos jovens com os traficantes; 4. usuários acabam delinqüindo

Ainda acerca da adequação, atenta-se para o tipo penal introduzido pela Lei nº 11.466, de 28 de março de 2007, que acrescentou ao Código Penal o art. 319-A, com a seguinte redação:

Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo:
Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

O dispositivo em questão originou-se do grande alarma social causado em meados de 2006, com as rebeliões promovidas nos presídios paulistas pelo Primeiro Comando da Capital (PCC). Nessa oportunidade, a cidade de São Paulo literalmente parou, vendo-se refém do crime organizado, ao serem assassinados dezenas de policiais, agentes penitenciários e membros da sociedade civil, através de ordens emanadas de aparelhos celulares utilizados por detentos no interior das unidades prisionais. O certo é que o dispositivo em questão não alcançará a finalidade que inspirou a sua elaboração, ou seja, impedir a comunicação do preso com o ambiente externo, através de aparelhos telefônicos, de rádio ou similares e, conseqüentemente, a ordem para a execução de crimes³¹⁵.

A tentativa de impedir a comunicação dos presos passa, necessariamente, por uma reforma do sistema penitenciário. Sem dúvida, a realidade vivenciada em São Paulo foi fruto da falência do sistema penitenciário brasileiro. O que se precisa é modificar a forma como são construídos os presídios, tendo maior controle do que os visitantes levam aos presos, diminuindo o número de pessoas em cada cela, tendo um controle rígido das atividades internas dos presos, etc., reconhecendo-se toda a dificuldade inerente a tal transformação. De qualquer forma, a simples edição de uma norma penal não porá fim ao problema. Ademais, caso fique comprovada a participação de diretor de penitenciária ou agente público na entrega de aparelhos telefônicos aos presos, uma sanção administrativa será bem mais eficaz, por ter

para poder adquirir dinheiro para financiar o hábito, inclusive realizando o tráfico; 5. arriscam-se, muitas vezes, a um constante perigo de morte e de enfermidade; 6. em relação ao resto dos cidadãos: de um terço à metade de todos os delitos violentos contra a propriedade são cometidos por drogados que delinquem para financiar seu hábito, ou se devem a conflitos entre grupos rivais de traficantes de drogas, ou se realizam no transcurso da importação e distribuição de drogas ilegais; 7. basicamente acabaria com a corrupção policial; 8. não há controle de qualidade da mercadoria, o que causa, muitas vezes, danos irreparáveis aos consumidores; 9. deve-se aceitar a derrota e entender que inexistente ação capaz de eliminá-la; 10. na prisão o consumo e o tráfico continuam existindo.” (BIANCHINI, 2002, op. cit., p.135-136).

³¹⁵ CORREIA, 2009, op. cit., p. 102.

maior possibilidade de se fazer cumprir, o que demonstra que o dispositivo ora atacado viola também o subprincípio da necessidade.

Ainda no caminho da descriminalização, ressalta-se que o simples caráter imoral da ação não justifica a proibição penal, por não se poder converter qualquer valor social protegido em bem jurídico penal. Assim, as condutas tipificadas no Capítulo V, do Título VI do CP³¹⁶- com exceção do tráfico internacional e interno de pessoas (arts. 231 e 231-A, respectivamente) -, bem como os delitos previstos no Capítulo VI do mesmo Título³¹⁷, podem e devem ser abolidos da legislação penal. Neste mesmo sentido, afirma-se que o “sentimento religioso” e o “respeito aos mortos” não configuram bens jurídicos merecedores da tutela penal, o que enseja a necessária descriminalização de todos os tipos previstos no Título V (Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos)³¹⁸ do Código Penal.

Entende-se, ainda, que os crimes contra a honra, previstos no Capítulo V do Título I do Código Penal, também devem passar por processo de descriminalização. Sabe-se que estes delitos são infrações de menor potencial ofensivo, que resguardam o decoro, a dignidade e a reputação do indivíduo, entretanto, tal incriminação viola a proporcionalidade e a intervenção mínima, por ser notoriamente desnecessária.

No cotidiano forense o que se constata é que a maioria das ações penais privadas, decorrentes de crimes contra a honra, possui um reflexo eminentemente vingativo, ou seja, o processo penal é utilizado para satisfazer sentimentos de vingança e rancor, o que significa um retrocesso histórico à fase da vingança privada. Ademais, a maioria dos casos representa pequenas ofensas, discussões de vizinhos, brigas de família, etc, que não deve ser objeto de atenção do Direito Penal, para que este possa direcionar sua máquina punitiva aos crimes de maior gravidade.

³¹⁶ Quais sejam: mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227); favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 228); casa de prostituição (art. 229); rufianismo (art. 230). Sobre o rufianismo, Bianchini assevera que “além, evidentemente, de enorme carga de repulsa moral que representava à época em que foi elaborado o Código Penal e que persiste, embora em menor intensidade, trata-se, a exemplo do masoquismo, também, de conduta indigna que, entretanto, não pode ser proibida, sob ameaça de sanção, pelo Estado, já que decorre de decisão de foro íntimo, cuja deliberação só ao indivíduo pertence” (BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 115).

³¹⁷ Quais sejam: ato obsceno (art. 233); escrito ou objeto obsceno (art. 234).

³¹⁸ Quais sejam: ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo (art. 208); impedimento ou perturbação de cerimônia funerária (art. 209); violação de sepultura (art. 210); destruição, subtração ou ocultação de cadáver (art. 211); vilipêndio a cadáver (art. 212).

O que se percebe é que os crimes contra a honra lotam os Juizados Criminais de pequenas bagatelas, fazendo com que o Direito Penal se submeta a resolver situações que põem em cheque a credibilidade do sistema punitivo.

Referidas condutas, em regra, não atingem nem reflexamente a sociedade. São fatos que dizem respeito somente às partes envolvidas e que podem ser tutelados pelo Direito Civil através de indenização, respeitando assim a subsidiariedade do Direito Penal. Aliás, como dito, fere gravemente o princípio da proporcionalidade utilizar a forma mais rigorosa de punição para fatos que não comportam tamanha gravidade.

Não se está a desmerecer ou desvalorizar a honra das pessoas ou ainda dizer que esse bem jurídico erigido à garantia constitucional fundamental (art. 5º, X, CF) não mereça proteção legal. Apenas que, diante das suas características, os conflitos que dela surgem podem ser mais eficazmente solucionados à luz de outro ramo do Direito, que não o penal.

Outros tantos exemplos de violação aos princípios da proporcionalidade, intervenção mínima e ofensividade, por não haver na norma um bem jurídico digno de tutela penal, poderiam ser citados, mas este trabalho não tem a pretensão de ser taxativo.

Desenvolver-se-á tão-somente mais três casos: Lei das Contravenções Penais; embriaguez ao volante e alguns dispositivos do Estatuto do Desarmamento, os quais, por ser interessante uma maior abordagem, serão tratados em tópicos específicos.

4.1.2 As Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688/1941)

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova etapa na história legislativa do Brasil, e, por conseguinte, no pensamento jurídico moderno. Uma vez em vigência, uma considerável parcela da legislação anterior a mesma passou a comportar normas flagrantemente incompatíveis com o atual sistema de valores, gerando um verdadeiro descompasso entre o direito penal positivo e a Carta Magna³¹⁹. Percorridos vinte anos de um novo ideário constitucional, ainda existem

³¹⁹ PINHO, 2006, op. cit., p. xxi-xxii.

leis, como a referente às contravenções, que o violam, as quais precisam ser revogadas para que o Direito torne-se mais coerente e harmônico.

Nota-se que as contravenções penais restavam esquecidas. Muitas figuras foram revogadas explicitamente, outras reconhecidas como não recepcionadas em face da Constituição. O Decreto-lei nº 3.688/41 apresentava-se como um alfarrábio jurídico³²⁰ que ao longo do tempo foi sendo revogado ou posto em desuso.

Entretanto, as contravenções que se encontravam adormecidas foram despertadas com a publicação da Lei nº 9.099/95. Os Juizados Especiais, com o seu procedimento simplificado, aumentaram, consideravelmente, o número de processos por contravenções, voltando o tema a ser de grande importância diante da enorme incidência de infrações contravencionais no cotidiano dos Juizados Criminais³²¹.

O Decreto-lei nº 3.688 data de 3 de outubro de 1941, tendo sido editado sob a égide da Constituição de 1937, sendo esta, por sua vez, o sustentáculo jurídico de uma ditadura auto-proclamada Estado Novo.

É bastante conhecido dos historiadores, bem como de todo cidadão brasileiro, o caráter extremamente violento da ditadura de Getúlio Vargas: as torturas, censuras, violações a liberdade política, individual e de imprensa, etc. E foi esta ideologia fascista que inspirou a Lei das Contravenções.

Num estado autoritário, em que as violações aos direitos fundamentais são naturais e, até, recomendadas, o Direito Penal torna-se máximo, orientado para reprimir quaisquer condutas que se mostrem lesivas aos interesses do Estado. Pune-se a simples desobediência à norma. Pune-se a pessoa pelo o que é, e não pelo que fez (direito penal do autor). Pune-se por ser negro, judeu, homossexual, vadio, prostituta.

Como bem esclarece Rafael Queiroz³²², o projeto de lei que culminou no Decreto Contravencional foi largamente influenciado pelo Anteprojeto do Código Criminal apresentado pelo professor paulista Alcântara Machado.

³²⁰ REALE JUNIOR, Miguel. Prefácio. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (coord.). *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 15.

³²¹ Segundo uma pesquisa interna realizada nas 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Varas dos Juizados Especiais Criminais da Cidade de Belém, em um ano, considerando o período de setembro de 2007 a setembro de 2008, houve cerca de 850 processos por contravenções. Em média, 15% de todos os processos de competência dos juizados especiais são relativos a ilícitos contravencionais, sendo que as maiores ocorrências se concentram em vias de fato (art. 21) e perturbação da tranquilidade (art. 65).

³²² A presente exposição acerca do Anteprojeto de Alcântara Machado terá por base o trabalho de QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A Lei das Contravenções Penais nas Ciências Penais de seu Tempo*. In: SALVADOR NETTO, 2006, op. cit., p. 21-40.

Tal Anteprojeto era recheado de idéias caras aos postulados positivistas: previa a ampliação da competência judicial dos magistrados, um sistema de classificação dos criminosos, a dura punição de ébrios, além da vasta predominância de elementos subjetivos no momento de aplicação da pena. Alcântara Machado optou por um código menos coerente (cientificamente) e mais eficiente (repressivamente), por meio da ampliação do papel da mais conhecida medida positivista de defesa social, a medida de segurança.

Ao que parece, o propósito da Lei Contravencional foi fortalecer a repressão às contravenções diretamente opostas às linhas mestras do Estado varguista³²³, que primava não só pela grande valorização do trabalho como instrumento de inclusão social e emancipação política³²⁴, como por uma ordem jurídica autoritária e, portanto, antiliberal.

Deste modo, a Lei das Contravenções Penais pode ser tomada, do ponto de vista da história do pensamento jurídico, como instrumento legal representativo das particularidades do direito de seu tempo, um direito ditatorial e anti-garantista que foge à lógica dos valores constitucionais de 1988.

Para comprovar tal assertiva, analisar-se-ão alguns dispositivos contravencionais: a vadiagem (art. 59, Decreto-lei nº 3.688/41), por exemplo, reflete o pensamento moralista burguês que veio traçar o norte da legislação autoritária da Era Vargas. Pretendendo disciplinar o que se denominava de relações e delitos de polícia de costumes, a Lei das Contravenções Penais estabeleceu tratamento diferencial entre classes mais abastadas e os desprovidos de renda³²⁵.

A Lei impõe clara distinção entre aqueles que se entregam à ociosidade, sendo aptos ao trabalho, mas que possuem meios para sua subsistência, e aqueles que não o possuem. Só estes últimos configuram um estado de periculosidade em que uma noção de vagabundagem suspeita se alia com qualquer fato de caráter criminoso.

Uma vez possuindo condições econômicas, ainda que com eventual pecha de reprovação moral, não seriam estes perigosos. A Lei das Contravenções Penais apresenta-se, portanto, discriminatória e de evidente inadequação típica face aos problemas sociais presentes.

³²³ QUEIROZ, Rafael, 2006, op. cit., p. 37.

³²⁴ Neste sentido, a criminalização da vadiagem (art. 59, LCP).

³²⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Comentário à Lei das Contravenções Penais – arts. 59 a 65*. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (coord.). *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 273.

Por figurar entre os seus elementos a inexistência de renda, a vadiagem proporciona um modelo de conduta que só pode ser realizada pelos substratos sociais mais humildes. Em uma palavra, os menos afortunados que não fazem nada, provavelmente acabarão cometendo algum delito contra o patrimônio, e isto, por si só, já é suficiente para puni-los.

Recrimina-se unicamente uma conduta entendida como anti-social, que não fere nenhum bem jurídico penal, por não violar os valores individuais e sociais mais importantes à preservação da vida em sociedade. Percebe-se, portanto, que não se pode falar em ofensividade da conduta ao se discorrer sobre a vadiagem, e nem mesmo em necessidade ou idoneidade da intervenção penal³²⁶.

A vadiagem deve ser combatida com uma ampla e eficaz política social, de educação, emprego, saúde, etc, e não através de uma política penal³²⁷.

O discurso envolvente do Direito Penal, como um agente mágico que serve para dar solução a quase todos os problemas sociais, deve ser rechaçado. É necessário ter em mente que o Direito Penal limita-se a unir ao mal do delito o mal da pena³²⁸, devendo ser um recurso subsidiário e fragmentário.

Ainda no que se refere aos dispositivos contravencionais, nota-se que determinadas condutas, no passado consideradas socialmente inadequadas, hoje podem não mais gozar desse *status*, devendo a sua proibição ser retirada do ordenamento jurídico pátrio, o que ocorre, por exemplo, com as contravenções previstas nos arts. 50 (jogo de azar) e 58 (jogo do bicho) do Decreto-lei nº 3.688/41. Ademais, poder-se-ia questionar, nestes casos, qual o bem jurídico realmente tutelado?³²⁹ Pretende-se afinal proteger o patrimônio do jogador, a moralidade (os costumes) ou o monopólio estatal na exploração do jogo?

³²⁶ De igual sorte, a previsão da mendicância como contravenção (art. 60, Decreto-lei nº 3688/1941) também violava os princípios da intervenção mínima, ofensividade e proporcionalidade. Entretanto, de forma acertada, tal dispositivo foi revogado pela Lei nº 11.983 de 2009, deixando a mendicância de ser ilícito penal.

³²⁷ Neste sentido, Zugaldía Espinar afirma que a política penal (prevenção do delito através da pena) deve ocupar o último lugar nos planos de política criminal (prevenção do delito em geral), que é, por sua vez, apenas um ramo da política social do Estado (ZUGALDÍA ESPINAR, 1993, op. cit., p. 238).

³²⁸ Ibid., p. 239.

³²⁹ Este problema estende-se a todo o capítulo VII da Lei das Contravenções Penais que considera os chamados bons costumes como bem jurídico pretensamente tutelado. Oriunda de uma construção em que se confundiam aspectos penais e morais, hoje parece certo que a abstração consagrada em pudor, honestidade ou bons costumes não tem lugar na ciência penal. O contorno assumido pelo bem jurídico deve, pois, guardar a maior segurança possível, não sendo aceita uma colocação vaga e mutável. Fala-se, atualmente, em proteção a liberdade sexual ou, mesmo, a liberdade de autodeterminação sexual (SILVEIRA, 2006, op. cit, p. 284), não devendo o costume ser objeto da intervenção penal.

Impossível defender que a lei penal, no caso, sirva de proteção ao patrimônio do apostador. O Estado não pode chegar ao extremo de querer gerenciar o destino do dinheiro de cada pessoa³³⁰. Por isso, tem-se afirmado que o bem jurídico tutelado (nos arts. 50 e 58 supramencionados) é a moralidade.

Afirma-se que o jogo é imoral, indecente, indecoroso, estimula a ociosidade, afasta o homem das suas atividades, afeta a estrutura familiar, é foco de anarquismo, que o jogador perde muito mais que dinheiro, perde tempo da vida, perde o conceito social e perde a consideração e o respeito dentro do próprio lar e fora dele³³¹.

Nos tempos atuais, em que o governo explora várias loterias e já autorizou tantas outras, só um ultrapassado “apriorismo moralista” justifica tal postura³³². O jogo hoje é amplamente praticado, divulgado, não podendo ser tido como uma ofensa à moral. As condutas periféricas (fraude, coação, homicídios, tráfico, corrupção, etc.) são outra coisa. Se o jogo, isoladamente considerado, fosse imoral, como se justificaria o fato de o governo ser o seu maior “explorador” no Brasil? Não é concebível imaginar que o Estado possa desenvolver atividades imorais³³³.

Disso se extrai que o bem jurídico tutelado nos referidos dispositivos não é a moralidade, senão o monopólio estatal da exploração das loterias³³⁴. Quantos jogos de azar existem que não são proibidos pelo Estado, principalmente aqueles que são por ele mesmo fomentados, a exemplo das chamadas “raspadinhas”?³³⁵

O ato de explorar jogo de azar ou jogo do bicho deve ser impunível por ser socialmente aceito e praticado, não havendo, nestes casos, nenhum bem jurídico passível de tutela, visto que o monopólio da exploração estatal não pode se enquadrar como objeto de proteção penal.

Assim como a vadiagem, o jogo de azar e o jogo do bicho, todos os outros dispositivos contravencionais ferem a doutrina do bem jurídico, por não protegerem um valor merecedor da intervenção punitiva. Ademais, violam sobremaneira a proporcionalidade exigida no Direito Penal, uma vez que as penas cominadas não

³³⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Jogo do Bicho – Bem jurídico e discriminação parcial*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 30.06.2008.

³³¹ FARIA, Bento de. *Das Contravenções Penais*. Rio de Janeiro: Record, 1958, p. 167 apud MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Comentários à Lei das Contravenções Penais – arts. 50 a 58*. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Veludo (coord.). *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 238.

³³² GOMES, L., 2008, op. cit.

³³³ Ibid.

³³⁴ Ibid.

³³⁵ GRECO, Rogério, 2006, op. cit, p. 92.

se mostram necessárias e sequer idôneas. Esta Lei representa, na verdade, uma intervenção máxima³³⁶ de um Estado autoritário e extremamente regulador.

Como se falar em mínimo penal diante de dispositivos (do Decreto-lei nº 3.688/41) que tornam ilícitos penais o simples trote telefônico³³⁷ (art. 65), um pequeno empurrão ou um tapa no rosto³³⁸ (art. 21), um escândalo causado por pessoa embriagada (art. 62), o falar alto, gargalhar sem propósito durante a projeção de um filme³³⁹ (art. 40), um desabamento que não traga nenhum perigo concreto à vida, a incolumidade pública ou ao patrimônio de outrem (art. 29)³⁴⁰, a posse de instrumento empregado na prática de furto por um mendigo (art. 25), a associação de mais de cinco pessoas sem que se informe a autoridade (art. 39)³⁴¹, etc?

As contravenções elencadas no Decreto-lei nº 3.688/41 não representam casos de real necessidade da intervenção punitiva, visto que não protegem bens jurídicos fundamentais em face dos ataques mais graves, e existem, notoriamente, possibilidades não-penais para a prevenção destas condutas. Segundo Ferrajoli, “Deve-se ter em mente que proibir uma multiplicidade de ações indiferentes não é evitar os delitos que não podem surgir, mas criar outros novos”³⁴².

Como ainda leciona Ferrajoli, o fato de o legislador ter qualificado certas condutas como simples contravenções é suficiente para supor que ele mesmo tornou tais condutas menos ofensivas que todos os outros crimes; e isto, em uma perspectiva de um Direito Penal mínimo é, sem dúvida, um primeiro critério

³³⁶ Conforme preleciona Ferrajoli, o direito penal máximo designa um sistema de menores vínculos garantistas e de uma maior quantidade e menor qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas. Consoante o doutrinador “a certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido” (FERRAJOLI, 2006, op. cit., p. 103).

³³⁷ SILVEIRA, 2006, op. cit., p. 295.

³³⁸ JESUS, Damásio E. de. *Lei das Contravenções Penais Anotada*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 72.

³³⁹ DITTICIO, Mario Henrique. Comentários à Lei das Contravenções Penais – arts. 39 a 42. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (coord). *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 190.

³⁴⁰ Nota-se que tal contravenção, consoante doutrina prevalente (ver JESUS, 2004, op. cit., p. 90), é de perigo abstrato, o qual deve ser afastado em respeito ao princípio da ofensividade, reconhecendo que o perigo concreto é o limite máximo para a antecipação da tutela penal.

³⁴¹ A Constituição Federal elenca no rol de direitos fundamentais a liberdade de associação para fins lícitos, estipulando inclusive que tais associações independem de autorização (art. 5º, XVIII). O próprio art. 39 da LCP prevê a possibilidade do juiz deixar de aplicar a pena quando lícito o objeto da associação (§ 2º). Ora, se é impunível a associação para fins lícitos, mesmo que os membros reúnam-se sob compromisso de sigilo, e por outro lado, a associação com fins criminosos resta tipificada no art. 288 do CP, a contravenção em exame torna-se vazia, pois abrigaria somente as associações que têm por finalidade a prática de contravenções ou de ilícitos não-penais.

³⁴² FERRAJOLI, 2006, op. cit., p. 426-427.

pragmático de despenalização, idôneo a satisfazer certos princípios como o da intervenção mínima³⁴³.

Paulo Queiroz, ao defender a descriminalização das contravenções penais, afirma que “faltam-lhes, com efeito, em face da mínima significação social dos fatos erigidos à categoria de contravencionais, dignidade penal, uma vez que não atentam contra (ou põe seriamente em perigo) bens jurídicos fundamentais”.³⁴⁴

Figueiredo acresce que:

Como é sabido, no Brasil, ainda vigoram as Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688, de outubro de 1941), que, quanto a nós, exemplificam a incongruência do nosso sistema punitivo e a falta de linearidade dos seus pressupostos de legitimação. Na precisa conclusão de Guilherme Nucci, “A norma penal incriminadora, impositiva de sanção, deve ser a *ultima ratio*, ou seja, a última hipótese que o Estado utiliza para punir o infrator da lei. Logo, o caminho ideal é a busca da descriminalização, deixando de considerar infração penal uma série de situações ainda tipificadas como tal. Exemplo maior do que ora defendemos é a Lei das Contravenções Penais. Seus tipos penais são, na maioria absoluta, ultrapassados, vetustos e antidemocráticos. Promovem formas veladas de discriminação social e incentivam a cizânia entre as pessoas, que buscam resolver seus problemas cotidianos e superficiais no campo penal. Pensamos que não haveria nenhum prejuízo com a simples revogação da Lei das Contravenções Penais [...]”.³⁴⁵

Cumprido, portanto, repensar, à luz da doutrina do bem jurídico e do princípio da proporcionalidade, a necessidade da permanência das contravenções no âmbito da tutela penal. Devem algumas, a exemplo do que ocorreu na Alemanha³⁴⁶ e em Portugal³⁴⁷ que transformaram as contravenções penais em contra-ordenações

³⁴³ Ibid., p. 660-661.

³⁴⁴ QUEIROZ, Paulo, 2002, op. cit., p. 116.

³⁴⁵ FIGUEIREDO, 2008, op. cit., p. 106.

³⁴⁶ Bianchini assevera que “o legislador alemão converteu todo o direito penal de escassa importância, e que não fora objeto de lei obrigatória, em direito administrativo. O novo ordenamento, como era de se esperar, comprovou a sua eficácia: a prevenção geral restou suficientemente assegurada mediante a imposição de multas, e ao infrator são mostrados claramente quais são os limites de sua liberdade. Ademais, a justiça criminal é desafogada, e o processo administrativo corre de forma mais fluente e menos burocrática. Mantém sistemas semelhantes a Itália e a Suíça. O Japão, já em 1948, adotou medida parecida, embora prevendo penas pecuniárias de caráter criminal. De qualquer forma, não há dúvida de que uma resposta apropriada sobre a adequação e a eficácia da tutela penal deve ser buscada junto às funções que o direito penal está legitimado a desenvolver [...]” (BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 123).

³⁴⁷ Sobre a realidade das contra-ordenações em Portugal, e, para uma melhor compreensão do que vem a ser o direito de mera ordenação social, recomenda-se a leitura de Dias, 1999, op. cit., p. 165-184. De qualquer forma, interessante trazer os dizeres de Figueiredo, segundo o qual “foi um dos sintomas do movimento de descriminalização a afirmação definitiva de uma nova categoria (não penal) de ilícito – o ilícito de mera ordenação social ou ilícito administrativo sancionador -, para o qual deveriam ser remetidas todas as condutas de questionável relevo ético, com exceção das que deveriam ser extirpadas, pura e simplesmente, da ordem jurídica. Era, por outro lado e progressivamente, o fim daquela categoria (penal) à qual pertenciam a maioria dessas condutas – as contravenções” (FIGUEIREDO, 2008, op. cit., p. 106).

administrativas, serem substituídas por uma legislação não-penal de cunho administrativo-sancionador, outras, simplesmente expurgadas do ordenamento jurídico pátrio, reconhecendo-se todas as dificuldades inerentes a essa transformação.

4.1.3 A embriaguez ao volante (art. 306, Código de Trânsito Brasileiro)

Apesar de louvável a intenção do legislador em diminuir sensivelmente o elevado custo social derivado dos resultados danosos dos acidentes de trânsito envolvendo veículos conduzidos por motoristas embriagados, a Lei nº 11.705/2008, que alterou alguns dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro, não guarda harmonia com o sistema penal implantado pela Constituição de 1988, sendo uma clara violação aos princípios da proporcionalidade e da ofensividade.

A nova Lei, sem atentar aos ditames constitucionais, resolveu dar outra feição ao delito de embriaguez ao volante (art. 306, CTB), atribuindo pena de detenção a quem conduzir veículo, após a ingestão de bebida alcoólica, de modo a concentrar seis decigramas de álcool por litro de sangue, ainda que não esteja sob a influência de álcool e, por isso, dirigindo de modo normal, com capacidade sensorial de manter o nível de segurança esperado de qualquer motorista diligente³⁴⁸.

O tipo, na redação primitiva da Lei nº 9.503/1997, previa que quem conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem, estava sujeito às penas de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão. Exigia-se, portanto, o perigo concreto de lesão, eis que o legislador falava expressamente em “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. Não bastava, simplesmente, dirigir com certa dosagem de álcool no sangue para que o delito restasse configurado, era necessário, para isto, estar sob a influência do álcool.

O art. 165, por sua vez, cominava sanções administrativas ao ato de dirigir veículo sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de

³⁴⁸ TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; BARBOSA JUNIOR, Salvador José. *A nova tipificação do delito de embriaguez ao volante*. In: TOLEDO, Armando (coord). *Direito penal: reinterpretação à luz da Constituição; questões polêmicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 4

sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica³⁴⁹.

Em que pese o rigor da questão na seara administrativa, na qual não havia necessidade de comprovar que o condutor de veículo automotor estava sob a influência de álcool, pois se partia da presunção absoluta de que a concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue era suficiente para comprovar o impedimento para dirigir, o sistema era caracterizado por certo grau de razoabilidade e se harmonizava com o princípio da fragmentariedade do Direito Penal, eis que, na esfera penal, em decorrência mesmo dos efeitos estigmatizantes da sanção, a lei adotava a presunção *juris tantum*, só havendo crime se resultasse comprovada a anormalidade na condução de veículo automotor³⁵⁰.

Entretanto, as cotas de alcoolemia, mesmo que na esfera administrativa, continuavam sendo muito discutíveis, já que a simples comprovação da existência de mais de seis decigramas de álcool por litro de sangue é insuficiente para determinar se o condutor dirigia de forma diligente ou perigosa³⁵¹. Reconhecendo este fato, a Lei nº 11.275/2006 deu um passo à frente, extirpando do tipo o elemento normativo consistente na verificação de taxa de alcoolemia. Assim, o art. 165 passou a ter a seguinte redação: “Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

Contudo, inesperadamente, o legislador resolveu modificar o sistema de tipificação do crime de embriaguez ao volante, trazendo, com a Lei nº 11.705/2008, à seara criminal a taxa de alcoolemia, ou seja, presumindo o perigo na direção de veículo automotor deste que o condutor esteja com concentração de álcool superior a seis decigramas por litro de sangue. O legislador não só ressuscitou um critério que antes era tão-somente administrativo, como o trouxe à seara criminal.

A nova Lei agravou tanto a previsão penal, quanto a administrativa. A redação do art. 276 instituiu a meta da intolerância na fiscalização de motoristas de veículos automotores embriagados, ao dispor que “qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código”. E, ao alterar o art. 306, o legislador trouxe para o Direito Penal a presunção absoluta de que quem “conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a

³⁴⁹ Ver redação original da Lei nº 9.503/1997.

³⁵⁰ TOLEDO; BARBOSA JUNIOR, 2009, op. cit., p. 8.

³⁵¹ Ibid., p. 10.

influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência” comete crime e está sujeito às penas de detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Com esta previsão, o crime de embriaguez ao volante passou a ser de perigo abstrato, já que não é necessária a prova da existência do perigo para que haja a condenação. Não precisa ficar comprovado que o condutor, além de estar com certa dosagem de álcool no sangue, dirigia de forma ofensiva, gerando perigo real à sociedade. Basta, tão-somente, ficar comprovado que o condutor do veículo possuía dosagem de álcool no sangue superior a seis decigramas por litro.

Toledo e Barbosa Junior lecionam que:

A antiga redação do art. 306 da Lei nº 9.503/1997, segundo a qual se configurava o delito de embriaguez ao volante conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem, estava em perfeita sintonia com a melhor doutrina, pois o que se punia não era o consumo de álcool em si, mas sim o perigo criado na condução de veículo. Mas, com a nova redação dada pela Lei nº 11.705/2008 ao dispositivo, foi adotado o sistema de taxa de alcoolemia, o que conduz, à primeira vista, à conclusão de que já não há necessidade de demonstrar que o agente está sob a influência de álcool para configuração do delito, pois parte-se da presunção absoluta de que o condutor de veículo automotor, com concentração de taxa de seis ou mais decigramas de álcool por litro de sangue, está embriagado e gera perigo à incolumidade pública.³⁵²

As normas de perigo abstrato devem ser afastadas do ordenamento, por violarem o princípio da ofensividade, sendo, portanto, inconstitucionais. Para que o Direito Penal intervenha é necessária que haja uma ofensa grave, ou seja, uma lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico penal.

Por este motivo, o art. 306 do CTB viola o princípio da ofensividade, sendo notoriamente inconstitucional. Diante disto, faz-se imperioso exigir, para a configuração do crime, o mesmo pressuposto que o dispositivo, na sua redação primária, trazia, qual seja: a necessidade de expor a dano potencial a incolumidade de outrem.

O condutor, além de estar com certa dosagem de álcool no sangue, tem que dirigir “sob a influência” de álcool, o que significa dizer que tem que haver uma direção ofensiva (em alta velocidade, na contra-mão, ultrapassando sinal vermelho, subindo calçada, enfim, qualquer fator que demonstre que o condutor não dirigia seu

³⁵² Ibid., p. 16-17.

veículo com cautela, com as diligências que se espera de qualquer pessoa que esteja na direção de veículo automotor).

Robaldo afirma que a conduta de dirigir embriagado, prevista no novo art. 306 do CTB, é um claro exemplo de ausência de ofensividade ao bem jurídico, não encontrando respaldo constitucional. Acrescenta que para justificar a imposição de sanção penal em tais circunstâncias, é necessário que a segurança viária seja ameaçada, isto é, que a conduta seja potencialmente lesiva para a coletividade, o que não ocorre na hipótese de a conduta do agente não se revelar efetivamente perigosa, mesmo que embriagado. Não basta, portanto, ao acusador apenas comprovar que o sujeito dirigia embriagado. Exige-se algo mais para a caracterização do perigo pressuposto pelo legislador. Esse algo mais consiste na comprovação de que a conduta do agente, concretamente, revelou-se efetivamente perigosa para o bem jurídico protegido³⁵³.

Somente é possível privilegiar a segurança coletiva no trânsito, bem jurídico tutelado pela lei, em detrimento da garantia da liberdade do indivíduo, nos casos em que o motorista realmente estiver sob efetiva influência do álcool, e não apenas com determinada concentração de álcool por litro de sangue, por ser esta exigência dos ditames da ofensividade. Ademais, consoante simples análise da art. 306 do CTB, percebe-se que aquele que conduz veículo após a ingestão de outras substâncias psicoativas, como maconha ou cocaína, para ser incriminado, precisa estar sob influência destas substâncias, ou seja, dirigindo de forma irregular.

A estrutura típica do art. 306 do Código de Trânsito, caso interpretado literalmente, permite tratamento diferenciado ao condutor com concentração de certa taxa de álcool no sangue e sob a influência de substâncias estupefacientes. A estes a lei não incrimina a conduta do agente de dirigir veículo, pois exige a demonstração de que ele estava sob a influência da substância tóxica, mas àqueles a lei presume de modo absoluto que, ao conduzir veículo, ele produz perigo à incolumidade pública, motivo pelo qual sua conduta é classificada como criminosa, independentemente de estar sob a influência de álcool³⁵⁴.

Assim, à vista dos princípios da proporcionalidade e ofensividade, a única solução possível é firmar o entendimento de que, mesmo após as modificações no Código de Trânsito, o delito de embriaguez ao volante continua a exigir que, além da

³⁵³ ROBALDO, 2008, op. cit., p. 56.

³⁵⁴ TOLEDO; BARBOSA JUNIOR, 2009, op. cit., p. 18.

demonstração de certa taxa de alcoolemia no sangue do condutor, este dirija veículo sob a influência de álcool na via pública, gerando perigo concreto à incolumidade de outrem.

4.1.4 O Estatuto do Desarmamento (arts. 12, 14 e 16 da Lei nº 10.826/2003)

Neste tópico, pretende-se analisar alguns dispositivos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que representam exemplos significativos de desrespeito aos princípios da ofensividade e proporcionalidade. Tais dispositivos estão relacionados à criação de tipos abertos, cuja antecipação da tutela do bem jurídico é tão drástica que chega a ponto de, na maioria dos casos concretos, punir fato que não ofende nem mesmo o interesse coletivo ou a “segurança” almejada pelo legislador.

Uma leitura do Estatuto do Desarmamento traz a impressão de que o legislador infra-constitucional depositou tão-somente neste diploma legal todas as suas esperanças para resolver o problema da violência urbana, da ausência de controle na fabricação e comercialização (legal e ilegal) de armas de fogo, dos roubos, homicídios, da desigualdade social, etc, como se a lei penal fosse uma “varinha mágica”. Exemplos emblemáticos dessa assertiva são os arts. 12, 14 e 16 da Lei nº 10.826/2003.

O art. 14 supracitado traz a criminalização do porte ilegal de arma de fogo, acessórios ou munição, de uso permitido, enquanto o art. 16 traz a conduta de portar ilegalmente arma de fogo, acessórios ou munição, de uso restrito. Percebe-se que, consoante interpretação literal da Lei, basta portar para que a conduta reste configurada, podendo a arma estar desmuniçada, quebrada, enferrujada, enfim, imprópria para o uso e sem potencial lesivo. Tanto que portar tão-somente o acessório ou a munição, que isolados não possuem poder lesivo nenhum, constitui o mesmo delito.

O porte de arma de fogo fora tratado inicialmente como contravenção penal, estando previsto no art. 19 do Decreto-lei nº 3.688/41. Ante o malogro do Estado em controlar a venda de armas e munições no território brasileiro e a crescente escalada da violência, o legislador, sujeito a pressões internas e externas, elevou o porte de arma de fogo à categoria de crime. Assim, com a Lei nº 9.437/1997, o

legislador apostou na função de prevenção geral, acreditando que ao criminalizar a posse e o porte ilegal, promoveria a paz e conteria a violência, coibiria a proliferação de armas nas mãos de delinqüentes e pessoas não autorizadas, limitaria as fontes do tráfico irregular, impossibilitaria a reutilização ilegal das armas apreendidas. O art. 10 daquela Lei definia então que “possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar” era crime, punido com detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa. Nessa seqüência legislativa de ampliar o rigor com o ilícito de porte e posse de arma de fogo, adveio a Lei nº 10.826/2003, que manifestamente abandonou o dever de proporcionalidade e ofensividade, deixando claro o desvirtuamento do bem jurídico e a inadequada antecipação da atuação penal. O delito de porte e posse de arma de fogo passou de “crime-anão” para delito “quase-hediondo”, com, para

alguns tipos, a impossibilidade de liberdade provisória e fiança³⁵⁵, numa jornada de apenas cinquenta anos aproximadamente³⁵⁶.

Conforme o Estatuto do Desarmamento, quem “possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa” estará sujeito a pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa (art. 12). Já quem “portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter,

³⁵⁵ O STF, respeitando os ditames constitucionais, no julgamento da ADIN 3112-1, posicionou-se pela inconstitucionalidade dos dispositivos que decretam a inafiançabilidade do porte ilegal e que proíbem a liberdade provisória nos crimes dos art. 16, 17 e 18 da Lei nº 10.826/2003.

Colaciona-se a Ementa da decisão: 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. I - Dispositivos impugnados que constituem mera reprodução de normas constantes da Lei 9.437/1997, de iniciativa do Executivo, revogada pela Lei 10.826/2003, ou são consentâneos com o que nela se dispunha, ou, ainda, consubstanciam preceitos que guardam afinidade lógica, em uma relação de pertinência, com a Lei 9.437/1997 ou com o PL 1.073/1999, ambos encaminhados ao Congresso Nacional pela Presidência da República, razão pela qual não se caracteriza a alegada inconstitucionalidade formal. II - Invasão de competência residual dos Estados para legislar sobre segurança pública inócurre, pois cabe à União legislar sobre matérias de predominante interesse geral. III - O direito do proprietário à percepção de justa e adequada indenização, reconhecida no diploma legal impugnado, afasta a alegada violação ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal, bem como ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido" e de "disparo de arma de fogo", mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. 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. VI - Identificação das armas e munições, de modo a permitir o rastreamento dos respectivos fabricantes e adquirentes, medida que não se mostra irrazoável. VII - A idade mínima para aquisição de arma de fogo pode ser estabelecida por meio de lei ordinária, como se tem admitido em outras hipóteses. VIII - Prejudicado o exame da inconstitucionalidade formal e material do art. 35, tendo em conta a realização de referendo. IX - Ação julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003. (Grifo nosso) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 3112/DF – DISTRITO FEDERAL. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ, Brasília, de 26 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=lei%2010.826&base=baseAcordaos>. Acesso em: 07.03.2010).

³⁵⁶ CARDOSO; BARBOSA JUNIOR, 2009, op. cit., p. 39-45.

empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar” estará sujeito a pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa (art. 14), assim como quem “possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar” estará sujeito a pena de reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos e multa (art. 16).

Percebe-se que o legislador colocou numa vala comum condutas totalmente distintas, como portar e fornecer, o que fere sobremaneira o princípio da proporcionalidade. Sem dúvida, o grau de ofensa não é o mesmo em todos os inúmeros núcleos do tipo previstos pelo legislador, embora esteja cominada a todos uma única pena. São normas abertas que criam a insegurança jurídica. Além de igualarem condutas distintas, punem situações que sequer representam a tutela de um bem jurídico penal.

A simples conduta de portar ou possuir ilegalmente arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido ou restrito, não configura lesão ou perigo concreto de lesão a nenhum bem jurídico penal. A Lei, da forma como se apresenta, pune a conduta de portar arma de fogo desmuniada³⁵⁷, por exemplo, o que fere

³⁵⁷ A insegurança jurídica que o Estatuto do Desarmamento proporciona, uma vez que alguns artigos, em especial o art. 14 deste diploma, possibilita interpretações díspares, incluindo a que defende a possibilidade de punição do porte de arma de fogo desmuniada, em notória violação ao princípio da ofensividade, pode ser constatada nas decisões que o Supremo Tribunal de Justiça vem proferindo sobre o assunto. Nota-se que a Segunda Turma vem manifestando-se contrária a incriminação do porte de arma de fogo desmuniada, enquanto a Primeira Turma, amparando-se no perigo abstrato, defende a possibilidade de punição desta conduta. Colacionam-se duas decisões que confirmam esta assertiva: EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA E ENFERRUJADA. AUSÊNCIA DE EXAME PERICIAL. ATIPICIDADE. Inexistindo exame pericial atestando a potencialidade lesiva da arma de fogo apreendida, resulta atípica a conduta consistente em possuir, portar e conduzir arma de fogo desmuniada e enferrujada. Recurso provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 97477 / RJ - RIO DE JANEIRO. Segunda Turma. Relator: Min. Eros Grau. DJe, Brasília, de 28 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RHC%2097477&base=baseAcordaos>. Acesso em: 07.03.2010).

EMENTA: PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA. TIPICIDADE. CARÁTER DE PERIGO ABSTRATO DA CONDUTA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato, consumando-se pela objetividade do ato em si de alguém levar consigo arma de fogo, desautorizadamente e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Onde a irrelevância de estar municiada a arma, ou não, pois o crime de perigo abstrato é assim designado por prescindir da demonstração de ofensividade real. 2. Recurso improvido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 91553 / DF - DISTRITO FEDERAL. Primeira Turma. Relator: Min. Carlos Britto. DJe, Brasília, de 20 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RHC>

gravemente o princípio da ofensividade. Robaldo, neste sentido, acrescenta que incriminar alguém pelo porte de arma desmuniçada e sem acesso imediato à munição é um exemplo típico de violação ao princípio da ofensividade, isso porque gera, por via de consequência, a atipicidade da conduta, por sua total inidoneidade de gerar dano a outrem, não causando assim qualquer risco ao bem jurídico tutelado pela norma penal, que, no caso, é a incolumidade pública³⁵⁸.

Entende-se, portanto, a semelhança do que ocorre na tipificação da embriaguez ao volante, que não basta o simples porte ou posse da arma de fogo, sendo necessário também que se comprove o perigo concreto de lesão. Da forma como a Lei encontra-se posta, ela admite o perigo abstrato, o qual, como já foi mencionado, não se coaduna com os ditames constitucionais que norteiam a intervenção punitiva.

D'Ávila informa que a exigência da ofensividade é desrespeitada no porte ilegal de arma de fogo desmuniçada, cuja munição não esteja prontamente acessível, ou de acessórios, bem como na posse irregular de arma de fogo ou acessórios em residência, sempre que diante das circunstâncias concretas do caso, não for possível afirmar sequer uma possibilidade, não-insignificante, de dano ao bem jurídico. Na ausência de uma ofensa ao objeto jurídico de proteção da norma, não resta alternativa senão reconhecer que tais fatos não possuem substrato material suficiente para originar uma reprovação jurídico-criminal, o que, porém, não significa afirmar a sua irrelevância em termos de desvalor ético-social ou impossibilidades de censura, mas apenas que este juízo e as suas consequências devem advir de um espaço de regulamentação não-penal, nomeadamente, do direito administrativo sancionador³⁵⁹.

O que o legislador buscou efetivamente não foi a proteção do bem jurídico incolumidade pública, já que o porte de uma arma de fogo desmuniçada em nada o ofenderia, mas sim um controle armamentista, o qual não poderia, em hipótese alguma, ser objeto de tutela penal. Tal controle deve limitar-se à esfera administrativa, sob pena de violação do princípio da intervenção mínima, com seus subprincípios da fragmentariedade e subsidiariedade.

Para Cardoso e Barbosa Junior, o Estatuto do Desarmamento representa uma restrição indevida ao direito fundamental liberdade. Punem-se condutas

[%2091553&base=baseAcordaos](#). Acesso em: 07.03.2010).

³⁵⁸ ROBALDO, 2008, op. cit., p. 58.

³⁵⁹ D'ÁVILA, 2009, op. cit., p. 102.

despidas de ofensividade com pena de prisão, embora a finalidade estatal seja de mero controle administrativo. Punem-se pela comodidade, pela ausência de outra instância de regulação. Punem-se, com todos os rigores penais, condutas que não ofendem bens jurídicos penais. A antecipação indevida da tutela penal traz conseqüências indesejáveis. Embora não cometa uma conduta genuinamente criminosa, a pessoa é presa, estigmatizada, processada. A tipificação visou evitar o comércio ilícito de armas, munições e acessórios, mas para tanto bastam as sanções administrativas, como multas, restrições de direitos, apreensões e cassações de licença, prescindindo da intervenção punitiva³⁶⁰.

Enfim, da forma como a Lei apresenta-se, sem exigir que da conduta resulte um perigo concreto de lesão, a mesma representa notória violação aos princípios da ofensividade, da intervenção mínima e da proporcionalidade. Ademais, se a intenção do Estado é ter um controle armamentista, o Direito Penal não é o meio necessário e eficaz para alcançar tal desiderato.

4.2 EM BUSCA DE UMA PROPORCIONALIDADE SISTEMÁTICA

Após constatar a existência de um bem jurídico merecedor da tutela penal, e, portanto, a necessidade e adequação da medida punitiva, faz-se imprescindível ainda investigar se a carga coativa da medida penal, cotejada com a violação, guarda uma relação de medida proporcional. Ou seja, ainda que relevante a lesão a um bem jurídico penal, o princípio da proporcionalidade, como fora explicado no segundo capítulo deste estudo, há de ser invocado para justificar a graduação das penas, de acordo com a gravidade da lesão causada, bem como em cotejo com lesões a outros bens jurídicos.

Afirmou-se, anteriormente, que o legislador, quando da criminalização de uma conduta, deve, primeiramente, constatar a importância do bem jurídico atacado para, posteriormente, tentar encontrar a pena útil, necessária e proporcional. Ademais, após tal raciocínio, o legislador deverá ainda proceder a um estudo comparativo entre as figuras típicas, para que, por mais uma vez, seja realizado o raciocínio da proporcionalidade sob um enfoque de comparação entre os diversos tipos que

³⁶⁰ CARDOSO; BARBOSA JUNIOR, 2009, op. cit., p. 54.

protegem bens jurídicos diferentes, a fim de que a legislação não se apresente desarmônica e incoerente.

Ocorre que o desrespeito à recomendação do princípio da proporcionalidade na legislação brasileira é flagrante. Ao se analisar sistematicamente tal legislação de forma conglobada, lamentavelmente encontra-se a previsão de vários tipos penais em que o legislador cominou penas totalmente desvirtuadas da relação de proporcionalidade.

O aumento cada vez mais freqüente de normas incriminadoras na legislação acarreta um processo progressivo de violação ao princípio da proporcionalidade em face de uma absoluta falta de critério na distribuição das penas – eis que o critério da lesão ao bem jurídico é, aparentemente, desconsiderado -, o que acarreta, como já se salientou noutro lugar³⁶¹, a quebra da unidade e harmonia do ordenamento jurídico-penal.

Critica-se aqui a falta mínima de coerência que existe em relação à magnitude das penas vinculadas a cada conduta criminalizada. Não se pode entender como situações típicas aparentemente idênticas tenham tratamento jurídico absolutamente distinto no que tange à resposta penal; como situações distintas tenham respostas iguais; nem como a situações que tenham menor desvalor da ação seja atribuída maior desvalor na sanção, ou o inverso.

Eis alguns exemplos, dentre muitos, que corroboram com a assertiva ora exposta, demonstrando a clara violação do princípio da proporcionalidade ao se considerar o valor do bem sob tutela.

Inicia-se pela importância desmedida que o legislador confere ao patrimônio. A partir de uma descuidada leitura do Código Penal, salta aos olhos a importância que se confere ao patrimônio privado em detrimento a pessoa. Tal afirmação pode ser comprovada ao se verificar que a pena máxima do furto simples (art. 155, CP – pena: 1 a 4 anos de reclusão) ou da apropriação indébita (art. 168, CP – pena: 1 a 4 anos de reclusão) é superior a pena máxima do homicídio culposo (art. 121, § 3º, CP – pena: 1 a 3 anos de detenção). Caso semelhante ao que acontece com a pena mínima do homicídio qualificado (art. 121, § 2º, CP – pena: 12 a 30 anos de reclusão), bem menor do que a do latrocínio (art. 157, § 3º, CP - pena: 20 a 30 anos de reclusão).

³⁶¹ Esta assertiva foi desenvolvida no item 4.

Como bem salienta Pinho, se alguém produz no semelhante uma lesão corporal grave (imobilidade permanente dos dedos, por exemplo), a sanção correspondente será de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão (art. 129, § 1º, CP); mas, se alguém, com a ajuda de outra pessoa, furta um objeto do interior de uma residência, sem causar qualquer dano à integridade física de quem quer que seja, sua pena poderá variar entre 2 (dois) e 8 (oito) anos de reclusão (art. 155, § 4º, CP). E mais: se alguém, manuseando imprudentemente uma arma de fogo, vem a atingir uma pessoa deixando-a tetraplégica para o resto de seus dias, a pena poderá variar entre 2 (dois) meses e 1 (um) ano (art. 129, § 6º, CP); mas bastará alguém adquirir um objeto que sabe ser produto de furto, que a sanção atinge o limite de 1(um) a 4 (quatro) anos de reclusão (art. 180, CP). Acrescenta a autora que a tutela penal é diferenciada, na medida em que a repressão atua contra uma determinada camada da sociedade que pode, em tese, ameaçar o patrimônio privado, foco principal da proteção jurídico-penal, servindo, assim, como um instrumento de manutenção do sistema capitalista de produção, numa sociedade que, por natureza, possui um apelo e apego aos bens de consumo extraordinariamente notável. O sistema penal é, por assim dizer, seletivo, já que escolhe contra quem vai fazer incidir sua violência (se o crime é violência, a repressão igualmente o é)³⁶².

Em posicionamento uniforme, Pelarin acrescenta que, no caso brasileiro, para se ter exemplo do não atendimento aos preceitos constitucionais no âmbito da desproporcionalidade das penas em face do bem jurídico violado, a extorsão mediante seqüestro, se do fato resulta lesão corporal de natureza grave, capitulada como crime patrimonial (art. 159, § 2º, CP), prescreve uma das maiores penas mínimas da legislação, 16 (dezesseis) anos de reclusão; mas quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, ético, racial ou religioso, matar membros do grupo (crime de genocídio – Lei nº 2.889/56), pode ser punido com pena mínima de 12 (doze) anos de reclusão. Afirma que no Brasil a regra geral na elaboração das normas penais tem sido a de não se observar criteriosamente nenhuma correspondência entre condutas, penas e valores constitucionais. As penas são distribuídas aos delitos por puro acaso, numa irresponsável loteria da liberdade e da dignidade humana³⁶³.

³⁶² PINHO, 2006, op. cit., p. 35-36.

³⁶³ PELARIN, 2002, op. cit., p. 91.

A desproporção que denota o caráter seletivo e discriminatório do Direito Penal se verifica também na análise do crime de extorsão mediante seqüestro quando dura mais de 24 (vinte e quatro) horas (art. 159, §1º, CP), o qual tem sua pena mínima de 12 (doze) e máxima de 20 (vinte) anos de reclusão, quando, em contrapartida, submeter alguém à condição similar à de escravo (art. 149, CP), que pode durar meses e até anos, possui pena de 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão.

Outro exemplo que demonstra a notória desproporcionalidade penal é a comparação entre lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (art. 303, CTB) e lesão corporal dolosa ou culposa (art. 129, CP). Como aceitar que a lesão corporal culposa cometida na direção de veículo automotor seja punida com detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, enquanto o Código Penal estabelece, em seu art. 129, § 6º, a pena de detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano para a lesão corporal culposa, e mais, prevê ainda para o crime de lesão corporal em sua forma dolosa (art. 129, caput) a pena de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção? Pune-se a mesma ofensa, na mesma modalidade, contra o mesmo bem jurídico, com penas distintas³⁶⁴, ou, o que é mais grave, pune-se a modalidade dolosa de forma mais suave que a culposa, tão-somente pelo fato da conduta ser cometida na direção de veículo automotor.

Nota-se que o Código de Trânsito Brasileiro previu o tipo penal culposo de lesão corporal, mas silenciou no que diz respeito à modalidade dolosa. Devido a essa omissão legislativa, pode-se entender que se o agente, por exemplo, dirigindo o seu veículo vier a atropelar alguém, e ficar constatado que ele agiu por imprudência ou negligência, responderá por um crime apenado de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de reclusão. Se o mesmo infrator, entretanto, agir dolosamente, a pena será aquela prevista para a lesão corporal dolosa do Código Penal, que é de 3 (três) meses a 1(um) ano de detenção. Conclui-se que a desproporção entre os dois institutos é tão grande que aquele que pretende praticar as lesões sofrerá uma pena menor do que aquele que não quis o resultado. Mello, ao discorrer sobre tal comparação, afirma que “o desvalor da ação culposa, embora menor, merece resposta penal mais severa do que a lesão dolosa”³⁶⁵.

³⁶⁴ Ocorre o mesmo com o homicídio culposo no trânsito, que possui pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção (art. 302, CTB), enquanto o homicídio culposo possui pena de 1 (um) a 3 (três) anos de detenção (art. 121, § 3º, CP).

³⁶⁵ MELLO, 2007, op. cit., p. 218.

Diante, portanto, da inconstitucionalidade do artigo 303 do CTB, por violar o princípio da proporcionalidade, deve-se aplicar ao caso de lesão corporal culposa, mesmo que cometida na direção de veículo automotor, a pena prevista no Código Penal, por ser esta a interpretação que mais se coaduna com um Direito Penal que se proclama mínimo.

Em contexto semelhante, pode-se comparar a lesão corporal grave (art. 129, § 1º, CP), com pena de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e o disparo de arma de fogo (art. 15 da Lei nº 10.826/03)³⁶⁶, com pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. Percebe-se que se um agente, intencionado a causar lesão a sua vítima, disparar contra seu braço lhe causando lesão corporal de natureza grave, a pena mínima que lhe pode ser cominada será de 1 (um) ano. Entretanto, caso este mesmo agente realize o disparo em via pública, em comemoração ao gol de seu time de futebol, por exemplo, ficaria sujeito a uma pena privativa de liberdade de no mínimo 2 (dois) anos.

Mariângela Gomes, ao discorrer sobre a proporcionalidade das penas, informando a necessidade da lesão ser punida de forma mais severa que o perigo, afirma que não é isto o que se verifica quando da análise dos arts. 129 e 132 do CP. Enquanto na primeira hipótese delituosa é prevista a pena de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção para aquele que ofende a integridade corporal ou a saúde de outrem, a mesma pena encontra-se disposta para quem simplesmente expõe a perigo direto e iminente a vida ou a saúde de outrem, em evidente desacordo com a imposição de proporcionalidade³⁶⁷.

No que se refere aos crimes de perigo previstos no Código Penal pátrio, entende-se ainda serem excessivas as penas previstas para alguns crimes de perigo comum, como o incêndio (art. 250, CP) e a explosão (art. 251, CP), nos quais a pena de reclusão é de 3 (três) a 6 (seis) anos. Por serem crimes de perigo³⁶⁸, que se

³⁶⁶ Numa análise também comparativa de dispositivos da Lei nº 10.826/03, Cardoso e Barbosa Júnior afirmam que “o art. 15 cuida de conduta mais grave, pois, dispensável esforço intelectual para concluir que ‘disparar arma de fogo seja de uso restrito ou permitido em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela’ configura conduta mais grave do que apenas portar arma de fogo (art. 16). Contudo, o legislador ordinário cominou a pena de reclusão de três a seis anos a quem apenas porta a arma de fogo; e para quem dispara essa mesma arma de fogo em lugar público previu a pena de reclusão de dois a quatro anos. É o mesmo que dizer que caso alguém esteja na iminência de ser preso em flagrante delito pelo crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito ou com numeração raspada, melhor é que efetue um disparo, pois assim está sujeito a pena menor, muito embora coloque em risco maior a incolumidade pública, bem jurídico que a Lei nº 10.826/2003 visa proteger” (CARDOSO; BARBOSA JUNIOR, 2009, op. cit., p. 51).

³⁶⁷ GOMES, Mariângela, 2003, op. cit., p. 175.

³⁶⁸ Nota-se que para a aplicação da pena na situação fática faz-se necessário que haja realmente um perigo concreto de lesão, eis que a presente pesquisa afasta a possibilidade de punição penal aos

configuram independente de qualquer lesão que venha a ocorrer, a pena mínima de 3 (três) anos apresenta-se notoriamente excessiva, violando os preceitos da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

É comum encontrar na legislação penal brasileira dispositivos que equiparam condutas diversas, comportamentos que ofendem com intensidades distintas um mesmo bem jurídico, o que, notoriamente, viola o princípio da proporcionalidade, bem como da ofensividade. Esta violação pode ser encontrada na Lei nº 9.677 de 1998, que alterou dispositivos do Código Penal, redefinindo os crimes contra a saúde pública³⁶⁹. O que o legislador penal deixou de fazer - como de costume - foi distinguir situações absolutamente distintas, preferindo, ao contrário, colocar dentro de uma vala comum condutas que apenas no verbo se assemelham. Assim, consoante art. 273 do CP, quem “falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais” estará sujeito a pena de reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

Desta forma, diante de uma interpretação literal de tal dispositivo, tanto ao que falsificou um medicamento destinado ao tratamento de câncer quanto ao que falsificou um medicamento destinado ao tratamento de caspa se prevê igual pena mínima: 10 (dez) anos de reclusão.

delitos de perigo abstrato. Interessante colacionar os dizeres de Silveira: “Essas previsões, num todo, mostram-se por demais casuísticas. Sob o título ‘Dos Crimes contra a Incolumidade Pública’, o legislador buscou dar um tratamento genérico a condutas que venham causar um perigo à sociedade. Variando tipos de perigos abstrato e concreto, o Código se satisfaz com incriminações em uma perspectiva *ex ante*, deixando de considerar a potencialidade do risco advindo de determinadas ações. Por muitas vezes, ele se preocupa com a questão da saúde pública, sem que esta, nem sequer, se mostre afetada. Mas não é de se pensar que a noção clássica e tradicional do crime de incêndio possa, ainda, ser aplicada em dias de hoje. A simples e banal especificidade do crime de perigo abstrato não pode ser aceita no atual estado da dogmática penal. As diversas possibilidades de fatores causais atuantes em um processo de combustão (*v.g.*, vento, mudanças meteorológicas, entrada e saída de pessoas do local incendiado, intervenção de equipe contra-incêndio etc.) não permitem uma ponderação unicamente *ex ante* quanto à exposição pessoal a um determinado perigo. Este foi o modelo seguido pelo Código Penal espanhol de 1995, em seu art. 351, em que é excluído o modelo de perigo abstrato. A previsão brasileira, pela sua generalidade, permite uma interpretação errônea, por demais etérea, em que, pretendendo-se uma proteção à incolumidade pública, tipifica-se uma conduta abstrata, sem verificação de qualquer modalidade de risco penalmente relevante. Impreterível se torna, pois uma interpretação da conduta delituosa, sob o prisma *ex ante* e *ex post*, em que se deve pretender verificar a presença de um perigo” (SILVEIRA, 2003, *op. cit.*, p. 125-127).

³⁶⁹ Esta lei representa um claro exemplo dos perigos do simbolismo penal, visto no segundo capítulo desta pesquisa. Como dito, algumas leis são editadas diante de escândalos, muito divulgados pela mídia, que chocam a população, fazendo com que a mesma clame por leis mais severas, com a ilusão de que o endurecimento do direito penal trará maior segurança. O Estado, encobrendo as verdadeiras causas da violência, sede ao clamor social, sendo aplaudido com a promulgação de leis rígidas, que são a promessa – a qual já nasce fracassada – de por fim à violência. Foi neste cenário que nasceu a Lei nº 9.677/98, a qual, após a divulgação do escândalo dos remédios falsificados, agravou as penas desse delito e de assemelhados (CIA, Michele. Simbolismo penal. In: BORGES, Paulo César Correa (coord). *O princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais*. São Paulo: Ed. da UNESP, 2007, p. 25).

Percebe-se, portanto, que quem falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos estará sujeito a uma sanção penal superior - em muito - à que se comina ao autor de um homicídio simples. Logo, se o farmacêutico matar, com um revólver, o seu desafeto que comparece à drogaria, estará sujeito à pena mínima de 6 (seis) anos, ao passo que se, desejando apenas aumentar-lhe a seborréia, vender-lhe um shampoo que sabe ser falsificado, poderá sofrer condenação equivalente a, pelo menos, 10 (dez) anos de reclusão, já que o § 1º do mesmo art. 273, informa que “nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado”.

Fato que agrava ainda mais a alteração legislativa ora em análise está disposto no § 1º-A do mesmo artigo, o qual inclui entre os produtos sujeitos a pena prevista no *caput* os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. Ou seja, se alguém, por qualquer finalidade, adulterar a composição de um creme contra acne, também poderá ser condenado a uma sanção variável entre 10 (dez) e 15 (quinze) anos de prisão. Exemplos outros poderiam ser citados, para evidenciar quão irracional foi o legislador, que, ao pretexto de acalmar a população, mostrando que o Estado age severamente para reprimir situações que abalam o sentimento de segurança, traz ao mundo jurídico leis que violam drasticamente o princípio da proporcionalidade.

Ao discorrer sobre tal dispositivo, Mello apresenta análise que merece transcrição:

O crime do artigo 273 do Código Penal, acerca da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, tem como pena mínima 10 (dez) anos, que se estende a formas equiparadas como falsificação de cosméticos ou mesmo a venda de produtos com redução do valor terapêutico ou mesmo a compra de medicamentos adquiridos de estabelecimento sem licença sanitária. Esta pena mínima é maior do que a mínima do homicídio simples (6 anos), e maior do que a pena máxima do crime de lesão corporal gravíssima (8 anos). A forma culposa, que prevê detenção, de 01 (um) a 03 (três) anos, é idêntica à do homicídio culposo e maior do que a lesão corporal culposa. Não há tese de supremacia da lei que justifique tamanha irracionalidade. Reale Jr. adverte que se trata de verdadeira aberração legislativa, e que não há interpretação que conforme as penas em questão aos valores e princípios constitucionais, notadamente os da proporcionalidade e ofensividade³⁷⁰.

³⁷⁰ MELLO, 2007, op. cit., p. 219.

Mariângela Gomes acrescenta que:

Por este dispositivo legal, declarou-se a equivalência entre a gravidade das condutas de quem altera a composição de um remédio destinado ao tratamento de determinada doença e a conduta daquele que modifica a composição de certo sabonete, por exemplo. Segundo Alberto Silva Franco, “não há como equiparar, na sua ofensividade à saúde pública, produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais a meros cosméticos, ou seja, a produtos que servem ao embelezamento ou à preservação da beleza ou a simples saneantes, produtos dirigidos à higienização ou à desinfecção ambiental. São tais produtos qualitativamente autônomos e não suportam uma igualdade conceitual, nem devem receber, por isso, o mesmo tratamento punitivo³⁷¹.”

Outra disparidade recentemente introduzida na legislação pátria foi a Lei nº 10.763/03, que elevou as penas dos crimes de corrupção passiva (art. 317, CP) e corrupção ativa (art. 333, CP) para 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão, sendo que o crime de concussão (art. 316, CP) possui pena máxima de 8 (oito) anos de reclusão. O bem jurídico protegido nos três casos é o mesmo: a administração pública³⁷², o que os diferencia, em especial a corrupção passiva e a concussão, que são ambas praticadas por funcionário público, é a intensidade da ofensa. Obviamente, a ofensa no crime de concussão, que possui o verbo *exigir* como núcleo do tipo, é maior que a ofensa na corrupção passiva, que possui os verbos *solicitar ou receber* como núcleo do tipo. Entretanto, o legislador, em total descompasso com tal posicionamento, entende ser o delito de corrupção ativa ou passiva mais grave que a concussão, por cominar pena mais severa àqueles.

No que concerne a penas excessivas, cita-se ainda o art. 311 do Código Penal, por ser flagrantemente desproporcional a pena de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão e multa para quem adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, sendo a pena deste crime mais grave que a pena cominada ao homicídio culposo (art. 121, § 3º, CP), que é de 1 (um) a 3 (três) anos de detenção.

Os casos de penas desproporcionais são muitos e causam, no mínimo, indignação. O elenco acima, como mencionado, é tão-somente exemplificativo, e não faltariam outras hipóteses de violação ao princípio da proporcionalidade. Espera-se que o legislador adéque tais normas aos parâmetros Constitucionais, corrigindo as disparidades antes apontadas, bem como todas as outras existentes

³⁷¹ GOMES, Mariângela, 2003, op. cit., p. 188; 198-199.

³⁷² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. v. 4., p. 401; 415; 519.

no ordenamento jurídico-penal, para que este se torne mais harmônico e coerente aos ditames da proporcionalidade, resguardando o valor do bem jurídico sob tutela. Contudo, enquanto tais transformações não são levadas a efeito pelo legislador, o juiz não pode ficar alheio a essa situação. Os princípios constitucionais são – ou devem ser – o norte de toda decisão judicial, devendo o juiz declarar a inconstitucionalidade de leis desproporcionais, utilizando, quando possível, a analogia *in bonam partem* para corrigir a irracionalidade de algumas leis flagrantemente incompatíveis com os ditames constitucionais.

5 CONCLUSÃO

Ao encerrar esta pesquisa, e tendo em vista a necessidade de serem elaboradas proposições conclusivas, reafirma-se que o legislador, quando da cominação da pena em abstrato, deve considerar o bem jurídico penal sob tutela, a fim de encontrar a pena adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Desta forma, as principais considerações conclusivas extraídas do presente trabalho podem ser assim resumidas:

1. O Direito Penal tem por finalidade precípua a proteção de bens jurídicos penais. Estes devem ser compreendidos como bens ou valores imprescindíveis para a realização e o desenvolvimento do homem na vida social, e, por isso, merecedores da proteção jurídico-penal.
2. O legislador ordinário busca na Constituição os bens jurídicos dignos de tutela penal.
3. Consoante a teoria constitucional negativa, a Constituição não deve figurar como um catálogo fechado para a escolha dos bens jurídicos penais, mas sim como o ponto de partida, a referência obrigatória, o critério de legitimação. Assim, o legislador não pode criminalizar condutas permitidas constitucionalmente ou legislar de forma contrária aos valores da Carta Magna, ferindo os princípios constitucionais.
4. Reconhece-se a existência de bens jurídicos supra-individuais que merecem tutela penal. Embora tenham uma relação constitutiva com o ser humano e intentem proteger a dignidade e o livre desenvolvimento deste como ser social, os bens jurídicos supra-individuais devem ser compreendidos como bens autônomos.
5. A Constituição Federal brasileira contém mandamentos expressos de criminalização, os quais vinculam o legislador ordinário, visto que, neste caso, o constituinte antecipou a análise dos critérios de merecimento e necessidade da pena. Por outro lado, a Constituição não contém mandamentos implícitos de criminalização, já que estes são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

6. Na tarefa de seleção dos bens jurídicos merecedores da tutela penal, o legislador ordinário deve considerar, como princípios norteadores de sua atividade, a intervenção mínima - ressaltando a sua natureza fragmentária e subsidiária -, a ofensividade e a proporcionalidade.
7. Consoante o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos por outros instrumentos.
8. O princípio da ofensividade informa que só pode ser punido o comportamento que lesione ou gere perigo concreto de lesão a um bem jurídico penal. Nota-se então que o perigo concreto é o limite máximo da antecipação da tutela penal, afastando-se o perigo abstrato do conceito de ofensa.
9. Em matéria penal, o princípio da proporcionalidade (consagrado implicitamente na Constituição Federal) denota que qualquer limitação da liberdade deve ser balanceada, a fim de que ocorra apenas quando se apresente claramente idônea, necessária e proporcional à proteção do bem jurídico penal.
10. Adota-se a concepção da proporcionalidade em sentido amplo, a qual possui a idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito como subprincípios.
11. A idoneidade diz respeito à avaliação sobre a qualidade instrumental do meio, de modo a identificar sua aptidão para alcançar a finalidade proposta. Encontra-se relacionada com a capacidade de proteção do bem jurídico pela norma, a ser aferida a partir da valoração de todas as condições do sistema penal. Desta feita, o Direito Penal só pode e deve intervir quando seja minimamente eficaz e idôneo para prevenir o delito.
12. A idéia da necessidade consiste em que a medida restritiva – ou seja, a pena – seja indispensável para proteger o bem jurídico penal. A pena será indispensável quando não houver outro recurso que possa, com igual ou maior eficácia, realizar a tutela, produzindo efeitos menos gravosos ao indivíduo. Diante de dois meios idôneos para se atingir determinado fim, deve ser escolhido aquele que menos afete as liberdades individuais.
13. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito significa que deve haver uma proporção, uma equivalência entre a gravidade do delito e a intensidade da pena. Em virtude desse subprincípio, deve-se examinar se a

carga imposta pela sanção penal se mostra compatível com a relevância do interesse protegido pela norma, ou seja, se há proporção entre a gravidade do delito e a pena a este cominada. Melhor explicando, o legislador deverá ponderar o valor do bem jurídico a ser protegido criminalmente, bem como o desvalor da conduta a ele afrontosa (interesse geral), com o valor da liberdade ameaçada pela previsão legal (interesse individual), e estabelecer a medida em que é cabível abrir mão de um direito individual em nome do interesse geral em jogo.

14. Ainda por força do princípio da proporcionalidade, o legislador deverá buscar a harmonia sistemática, isto é, comparar a figura típica e a pena a ela cominada com os demais tipos e correspondentes sanções do ordenamento jurídico para, em vista das particularidades de cada um, não permitir que condutas de igual gravidade sejam punidas com penas diversas, que condutas mais graves sejam punidas com penas menos severas, e que condutas de gravidades distintas sejam punidas com a mesma pena. Faz-se indispensável racionalizar a intervenção penal pelo *tertium comparationis*, ou seja, verificar se a relação delito-pena é proporcional não só em si mesma mas em comparação com outras relações delito-pena.
15. Na legislação penal brasileira encontram-se inúmeras disposições em que resta evidente o descomprometimento com qualquer critério científico na definição dos delitos e as respectivas respostas sancionatórias. Não são raros os exemplos de normas penais em que há violação aos princípios da intervenção mínima, ofensividade e proporcionalidade, ora em virtude da cominação de pena a condutas que não violam bem jurídico penal, ora em razão da desproporcionalidade entre o *quantum* da pena e a gravidade da lesão ao bem jurídico. É o que ocorre com a vadiagem, jogo do bicho, embriaguez ao volante, porte de arma de fogo, consumo de substâncias entorpecentes, crimes contra a honra, etc., em que não há bem jurídico digno de tutela, e com a lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, corrupção passiva e corrupção ativa, em que a pena cominada é desproporcional.

Compreende-se que a implementação séria e efetiva de um Direito Penal nos termos ora propostos significa uma forte contenção da intervenção punitiva.

Entretanto, não se almeja nada além do necessário. Nada além dos custos indispensáveis ao resguardo dos valores constitucionais e à proteção dos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

BARBOSA JÚNIOR. Salvador José; FRANZOI, Sandro Marcelo Paris. Breves apontamentos sobre a nova lei de drogas. In: TOLEDO, Armando (coord). *Direito penal: reinterpretção à luz da Constituição: questões polêmicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. rev., ampl. e atual. até 12.12.2008. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. (Coletânea de legislação administrativa).

BRASIL. Decretos e Leis. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31.12.1940. Também disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 23.11.2009.

BRASIL. Decretos e Leis. Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21.12.1996. Também disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 25.05.2009.

BRASIL. Decretos e Leis. Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997. Institui o Sistema Nacional de Armas – SINARM, estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo, define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21.02.1997. Também disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9437.htm. Acesso em: 16.01.2010.

BRASIL. Decretos e Leis. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24.09.1997. Também disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm. Acesso em: 08.01.2010.

BRASIL. Decretos e Leis. Lei nº 9.677, de 02 de julho de 1998. Altera dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 03.07.1998. Também disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9677.htm. Acesso em: 05.02.2010.

BRASIL. Decretos e Leis. Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003. Acrescenta artigo ao Código Penal e modifica a pena cominada aos crimes de corrupção ativa e passiva. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13.11.2003. Também disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.763.htm. Acesso em: 05.02.2010.

BRASIL. Decretos e Leis. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23.12.2003. Também disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.826.htm. Acesso em: 16.01.2010.

BRASIL. Decretos e Leis. Lei nº 11.275, de 7 de fevereiro de 2006. Altera a redação dos arts. 165, 277 e 302 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, 08.02.2006. Também disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11275.htm. Acesso em: 08.01.2010.

BRASIL. Decretos e Leis. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24.08.2006. Também disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 19.12.2009.

BRASIL. Decretos e Leis. Lei nº 11.466, de 28 de março de 2007. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, e o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever como falta disciplinar grave do preso e crime do agente público a utilização de telefone celular. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29.03.2007. Também disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11466.htm. Acesso em: 19.12.2009.

BRASIL. Decretos e Leis. Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que ‘institui o Código de Trânsito Brasileiro’, e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20.06.2008. Também disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm. Acesso em: 08.01.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 3112/DF – DISTRITO FEDERAL. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *DJ*, Brasília, de 26 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=lei%2010.826&base=baseAcordaos>. Acesso em: 07.03.2010.

_____. HC 94652 / RS - RIO GRANDE DO SUL. Primeira Turma. Relator: Min. Menezes Direito. *DJe*, Brasília, de 04 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC%2094652&base=baseAcordaos>. Acesso em: 09.02.2010.

_____. HC 97344 / SP - SÃO PAULO. Segunda Turma. Relator: Min. Ellen Gracie. *DJe*, Brasília, 28 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=594686&idDocumento=&codigoClasse=349&numero=97344&siglaRecurso=&classe=HC>. Acesso em: 09.02.2010.

_____. RHC 91553 / DF - DISTRITO FEDERAL. Primeira Turma. Relator: Min. Carlos Britto. *DJe*, Brasília, de 20 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RHC%2091553&base=baseAcordaos>. Acesso em: 07.03.2010

_____. RHC 97477 / RJ - RIO DE JANEIRO. Segunda Turma. Relator: Min. Eros Grau. *DJe*, Brasília, de 28 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RHC%2097477&base=baseAcordaos>. Acesso em: 07.03.2010.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARDOSO, Danielle Martins; BARBOSA JUNIOR, Salvador José. O indispensável controle de constitucionalidade difuso nos crimes de porte de arma de fogo e munição. In: TOLEDO, Armando (coord). *Direito penal: reinterpretação à luz da Constituição; questões polêmicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CIA, Michele. Simbolismo penal. In: BORGES, Paulo César Correa (coord). *O princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais*. São Paulo: Ed. da UNESP, 2007.

CORREA, Teresa Aguado. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.

CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009.

D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009.

DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez; ZAPATERO, Luis Arroyo; RIVAS, Nicolás García; OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PIEDECASAS, José Ramón Serrano. *Lecciones de derecho penal*. Parte general. 2. ed. Barcelona: Editorial Praxis, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DITTICIO, Mario Henrique. Comentários à Lei das Contravenções Penais – arts. 39 a 42. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (coord). *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica. Princípio da proporcionalidade. Uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho (Universidad Complutense Madrid), 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *Jogo do Bicho – Bem jurídico e discriminação parcial*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 03.06.2008.

_____. Princípio da ofensividade do fato. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (org). *Princípios penais constitucionais*. Salvador: JusPODIVM, 2007.

_____. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. v. 4.

_____. _____. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. v. 2.

_____. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.

JESUS, Damásio E. de. *Lei das Contravenções Penais Anotada*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006. v. 1.

MARCOCHI, Marcelo Amaral Colpaert. Posse de celular em presídio – Lei nº 11.466/2007. In: TOLEDO, Armando (coord). *Direito penal: reinterpretação à luz da Constituição; questões polêmicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O Princípio da proporcionalidade no Direito Penal. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (org). *Princípios penais constitucionais*. Salvador: Edições JusPODIVM, 2007.

MONTEIRO, Marcelo Valdir. Comentários à Lei das Contravenções Penais – arts. 50 a 58. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (coord). *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Montevideo. Buenos Aires: Editorial B de F., 2003.

NAVARRETE, Miguel Polaino. *Derecho penal*. Parte general. 5. ed. Barcelona: Bosch, 2004. Tomo I. Fundamentos científicos del Derecho penal.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais – Tipo, Tipicidade e Bem jurídico Universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PUIG, Santiago Mir. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2005.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. A Lei das Contravenções Penais nas Ciências Penais de seu Tempo. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (coord.). *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

REALE JUNIOR, Miguel. Prefácio. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (coord.). *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RIOTO, Marina Engracia de Moraes. Desproporção das penas em abstrato e bens jurídicos. In: BORGES, Paulo César Corrêa (coord.). *O Princípio da igualdade na perspectiva penal*. São Paulo: Ed. da UNESP, 2007.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Controle difuso de constitucionalidade da norma penal: reflexões valorativas*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal: contribución a las teorías generales del delito y de la pena*. Trad. Gerónimo Seminara. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.

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

_____. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz, García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1999. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Comentário à Lei das Contravenções Penais – arts. 59 a 65*. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (coord.). *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Paulo Vinícius Spolender de. *Bem jurídico penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (ÜBERMAßVERBOT) à proibição de proteção deficiente (UNTERMAßVERBOT) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, v. 80, p. 307-311, 2004.

_____. *O princípio da proibição de proteção deficiente e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br>. Acesso em: 20.01.2010.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función en Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

_____. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; BARBOSA JUNIOR, Salvador José. A nova tipificação do delito de embriaguez ao volante. In: TOLEDO, Armando (coord). *Direito penal: reinterpretação à luz da Constituição; questões polêmicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

WELZEL. Hans. *Derecho penal aleman: parte general*. 11. ed. Trad. Juan Bustos Ramírez, Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal*. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.