

SOBRE A EXPANSÃO PENAL NO BRASIL *

ABOUT THE EXPANSION OF CRIMINAL LAW IN BRAZIL

*André Leonardo Copetti Santos***

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo principal investigar algumas características do fenômeno da expansão penal ocorrida após a promulgação da Constituição Federal de 1988, particularmente, se houve no direito penal positivado na nova ordem constitucional uma projeção dos bens previstos na nova Carta Política. Também podemos indicar como escopo do trabalho a pesquisa acerca da eficácia e do grau de democraticidade deste conjunto legislativo penal pós-88, levando conta, para isto, as possibilidades de substituição das penas privativas de liberdade por penas alternativas e alternativas penais à penas de segregação cominadas aos novos tipos penais surgidos no período ao qual o trabalho se refere.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Expansão Penal. Democracia

ABSTRACT: This study aims at investigating some characteristics of the phenomenon of criminal expansion occurred after the enactment of the 1988 Constitution, particularly if there was in criminal law criminal positivised in the new constitutional order a projection of constitutional goods provided in the new Charter Policy. We can also indicate how the scope of work the research about the effectiveness and the degree of democraticity this criminal legislative assembly post-88, taking account, for this, the possibilities of substitution of custodial sentences for alternative sentencing and alternatives to criminal penalties of segregation comminated to new crimes arising in the period to which the work relates.

Keywords: Neoconstitutionality. Criminal Expansion. Democracy

* Artigo recebido em: 23/11/2011.

Artigo aceito em: 08/06/2012.

** Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2004). Professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUÍ, IJUÍ, RS e do Programa de Pós-Graduação em Direito da URI, Santo Ângelo, RS. Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Avaliador "ad hoc" do Ministério da Educação. Membro fundador da Casa Warat Buenos Aires e da Editora Casa Warat. Livros e publicados nas áreas de direito penal, direito constitucional, teoria do direito e ensino jurídico. Advogado criminalista.

SUMÁRIO

- 1. O neoconstitucionalismo, a ampliação da complexidade constitucional e a expansão do controle social penal.**
- 2. Fenomenologia da expansão penal pós-88.**
 - 2.1. Primeiro quadro demonstrativo da proposta de análise.**
 - 2.1.1. Nota Explicativa.**
 - 2.1.2. Sistematização analítica da legislação penal pós-Constituição de 1988.**
- 3. Considerações críticas sobre o direito penal pós-88 e sua relação com o neoconstitucionalismo brasileiro.**
 - 3.1. A potencial inefetividade da legislação penal pós-Constituição de 1988 pela incidência de alternativas às penas privativas de liberdade.**
 - 3.2. Sobre a vinculação material entre bens jurídicos constitucionais e penais.**
 - 3.3. Sobre o caráter (anti?) democrático do direito penal brasileiro.**
 - 3.4. A expansão penal determinada pelo aumento do risco na sociedade contemporânea.**
 - 3.5. O excesso penal é democrático?**
- 4. Referências**

1. O neoconstitucionalismo, a ampliação da complexidade constitucional e a expansão do controle social penal

Há, contemporaneamente, ou pelo menos deveria haver, uma estreita relação entre a complexidade axiológico-normativa dos textos constitucionais e infraconstitucionais. A existência de mecanismos de controle de constitucionalidade e de tribunais constitucionais, nas estruturas normativas e institucionais dos países que adotam o modelo constitucional democrático de regulação social e estatal, é a possibilidade concreta de efetivação desta vinculação às Constituições dos demais estratos normativos do ordenamento jurídico. Entretanto, na história do Estado moderno nem sempre foi assim, especialmente porque o surgimento dos sistemas de controle de constitucionalidade e das cortes constitucionais não foi concomitante ao acontecimento dos textos constitucionais originários. Se pensarmos em termos do constitucionalismo inglês tal vinculação é ainda menos palpável em função das peculiaridades estruturais e funcionais de seu sistema político e jurídico, marcado pela flexibilidade dos documentos com status constitucional.

Nos primórdios do constitucionalismo, em qualquer uma de suas três vertentes históricas, os tribunais não podiam recusar a aplicação de leis infraconstitucionais com base na sua incompatibilidade com a Constituição. Os textos constitucionais, constituídos por normas “imperfeitas”, eram insuscetíveis de outra tutela que não fosse a efetuada pela própria Assembléia representativa, contra possíveis agressões à Lei Fundamental que pudesse ser perpetrada pelo Poder Executivo.

Esse quadro de precariedade da soberania constitucional conduziu a uma situação histórica em que a hegemonia epocal, no plano constitucional,

dos direitos de liberdade negativa, na fase eminentemente liberal de estruturação do Estado moderno, ao priorizar pretensões jurídicas fundadas em direitos subjetivos individuais, não garantiu a correlação hierárquica entre Constituição e estratos normativos infraconstitucionais. Os conteúdos das legislações penais, por exemplo, deviam-se mais ao resultado da atuação política das forças legislativas, na modelação dos corpos normativos de hierarquia inferior à Constituição, do que propriamente de uma projeção dos textos constitucionais ou da sua guarda por instituições com tal competência.

Não foi diferente com o advento, no início do século passado, do Estado Social de Direito, com a consequente consolidação de uma nova matriz constitucional, através da positivação de direitos sociais, econômicos e culturais. Esta ampliação do âmbito das pretensões jurídicas dos cidadãos, a partir dos textos constitucionais mexicano e alemão, não estabeleceu uma conexão direta, incontornável, entre os projetos constitucionais sociais de Direito e a legislações e políticas sociais que eram executadas nestes países. Estas deviam-se muito mais à atuação isolada do Poder Executivo do que propriamente do desenvolvimento de uma cultura e de uma prática constitucional.

Essa situação de autonomia relacional ou de não hierarquização entre Constituições e legislações infraconstitucionais começou a se modificar com a instituição da jurisdição constitucional. No início do século XIX, com a decisão do caso “*Marbury vs. Madison*”, em que o Tribunal Supremo dos Estados Unidos reivindicou para si a atribuição de aferir a conformidade constitucional do conteúdo e do modo de formação das próprias leis do Congresso, surgiu a jurisdição constitucional, instituição que permaneceu, inicialmente, restrita ao

universo político-jurídico nacional norte-americano. O constitucionalismo, com este evento, abria uma imensidão de novas possibilidades de concretização dos textos constitucionais, uma vez que se inaugurou, neste momento histórico, a fase de justiciabilidade das Constituições. Ou seja, as Constituições, e logicamente sua guarda, a partir do caso “*Marbury vs. Madison*”, passaram a ser objeto de deliberações jurisdicionais.

Este fenômeno, importado dos Estados Unidos, primeiramente pelo Brasil, na Carta de 1891, foi levado para a Europa, mais especificamente para Portugal, em 1911, com a adoção lusitana do sistema da *judicial review* pelos tribunais comuns. Na década de 20 do século passado, a partir da genialidade de Hans Kelsen, institui-se o chamado “sistema austríaco” de controle de constitucionalidade, cuja função de guarda da Constituição foi atribuída a um tribunal com competência exclusiva para tal tarefa. A generalização deste fenômeno pelo mundo iniciou-se a partir dos anos 70. De três tribunais constitucionais nesta década (o austríaco, o italiano e o alemão), além do específico caso do Conselho Constitucional francês, hoje se observa a existência de aproximadamente três dezenas destas instituições. Praticamente todas as Constituições elaboradas por decorrência dos processos de democratização dos anos 70 na Europa do sul e nos anos 90 na Europa do leste instituíram a figura do tribunal constitucional, normalmente segundo o modelo alemão, mas, por vezes, também adotando o modelo misto, como o de Portugal.

Também se expandiu este fenômeno para fora da Europa, ocorrendo similarmente na América Latina, na África e na Ásia. Excluídos os países que sofreram a influência institucional política e jurídica anglossaxônica, onde não

existe justiça constitucional ou onde ela segue exclusivamente o modelo do *judicial review* americano, a existência de tribunais constitucionais tornou-se uma característica marcante do constitucionalismo contemporâneo.

Contemporaneamente, não há mais de se pensar o constitucionalismo sem a existência de sistemas de controle de constitucionalidade, sendo este um traço definidor e fundamental do fenômeno constitucional hodierno e um problema central das práticas e da ciência do direito constitucional. A possibilidade de justiciabilidade da Constituição reforça enormemente, o que Konrad Hesse denominou de “força normativa” dos textos constitucionais.

Em termos de sistemas positivos de direitos fundamentais, essa evolução do constitucionalismo, em diferentes tipos de direitos com diferentes funções sociais e estatais, e, mais especificamente, da jurisdição constitucional, levou, num primeiro momento – o liberal-individualista - à secularização da fórmula “a lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais”, como a mais adequada solução a todos os problemas que pudessem surgir das relações entre essa espécie de direitos constitucionalizados e os estratos infraconstitucionais, especialmente se a sua utilização se dirigisse a solucionar controvérsias legislativas, cujo ponto fulcral fosse os direitos individuais. Posteriormente, com o acontecimento do Estado Social, através das Constituições econômicas e do trabalho e da positivação de direitos à cultura, e, mais tarde, no período pós-Segunda Guerra, com a ocorrência de uma ampliação dos sistemas positivos de direitos fundamentais, que passaram a

abrigar novos tipos de direitos voltados à transformação social pelo Direito¹ e uma série de novíssimos direitos, que remontam ao final da década de 70.²

Nesse movimento histórico foi inexorável uma complementação da fórmula “a lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais” por uma receita principiológica ampliada, consistente “na lei como exigência de realização concreta dos direitos e interesses fundamentais”. As Constituições Democráticas e Sociais de Direito, na medida em que abrigaram diferentes gerações de direitos fundamentais, constituíram-se em espaços político-jurídicos nos quais se tornou possível a coexistência de repetições criativas com distribuições de diferenças. Isto porque, em sua estrutura ontológica, está presente uma ideia de diferença sem negação, precisamente porque a diferença, não sendo subordinada ao idêntico, não necessita ir até a oposição e a contradição. Direitos individuais não negam direitos não-individuais, nem o contrário é verdadeiro. Ao se repetirem nas Constituições contemporâneas, após sucessivas repetições em diferentes épocas constitucionais, diferentes gerações de direitos fundamentais ampliaram a totalidade das estruturas constitucionais, obedecendo a razões de uma repetição constitucional na qual se disfarçam e se deslocam diferenciais ideológicos.

¹ Ver a respeito MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1996, e do mesmo autor conjuntamente com STRECK, Lenio Luiz. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

² Esses novíssimos direitos podem ser agrupados em grupos tais como direitos culturais - entendidos tanto como direitos de acesso à cultura, como direitos decorrentes de uma cultura -; direitos voltados para o reconhecimento de diferenças como elemento de realização do princípio da igualdade; direitos ligados à vulnerabilidade e a incapacidades; direitos arraigados à determinadas faixas da cadeia existencial humana; além de um elenco de novos direitos que caracterizam compromissos com gerações futuras, ocorreu uma inquestionável maior complexificação do direito constitucional positivo. Ver a respeito SANTOS, André Leonardo Copetti. A Constituição Multicultural. In: SANTOS, André Leonardo Copetti Santos; DEL’OLMO, Florisbal de Souza. Diálogo e Entendimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

Esse movimento evolutivo pode ser entendido como um movimento de repetição. Repetiram-se e repetem-se direitos de outras épocas, mas diferenciados em relação aos originários, em função de uma cada vez maior restrição das gerações anteriores pelas limitações impostas pelas gerações posteriores. Exemplifico: o direito de propriedade repetiu-se, desde os textos constitucionais originários, nas subseqüentes Constituições democráticas que foram promulgadas pelo mundo todo. Entretanto, cada vez mais positivaram-se limitações a um direito de propriedade quase que absoluto que era a marca dos textos constitucionais oitocentistas. Repetiu-se, mas com diferenciações, por conta de modulações históricas que o modificaram, sem que, no entanto, elidissem as repetições interiores mais secretas que determinam a sua permanência como o mesmo direito de propriedade que sempre foi.

Acompanhando essa dinâmica histórica de repetições e diferenciações, a promulgação da Constituição Federal de 1988, ao ampliar os espaços de acomplamento estrutural de diferentes sistemas (político, jurídico, econômico etc.), complexificou-se enormemente e abriu uma nova gama de possibilidades de reestruturação social, estatal e jurídica, com a positivação de diferentes núcleos de direitos fundamentais, com uma profundidade como nunca ocorrera anteriormente na vida constitucional do País. Partimos de textos constitucionais autoritários (1824), passamos por Constituições estritamente liberais (1891) e avançamos por textos que mesclaram direitos individuais, sociais e culturais com democracia (1934 e 1946) ou não (1937, 1967), até chegarmos num projeto constitucional (1988) que traduz um alto grau de avanço civilizatório em diferentes aspectos, ainda que mereça algumas correções importantes, especialmente no âmbito político-institucional.

Uma das mais importantes conseqüências dessa expansão histórica do constitucionalismo, entendida tanto como alastramento geopolítico da influência dos modelos constitucionais, quanto como ampliação dos sistemas positivos de direitos fundamentais e normas de organização e procedimentalização das ações estatais, foi a potencialização quantitativa e qualitativa da complexidade das relações hierárquicas possíveis entre os diversos níveis dos ordenamentos jurídicos constitucionalizados, como, por exemplo, o brasileiro.

Esse estágio de complexidade no qual se encontram, contemporaneamente, boa parte dos ordenamentos jurídicos no mundo todo, especialmente os ocidentais, tem sua origem radicada na imediatividade da eficácia jurídica que hoje se reconhece aos direitos fundamentais, os quais não só traduzem a mutação operada nas relações entre a lei e os direitos do cidadão, como afirma Canotilho,³ mas, antes disso, constituem-se num dos principais, senão no principal fator determinante da mudança no caráter dessas relações.

Assim, é dentro desse espectro conteudístico de expansão dos sistemas positivos de direito fundamentais, no chamado constitucionalismo democrático de Direito, bem como das repercussões desta expansão no âmbito do direito penal e das conseqüências deste alargamento nas funções jurisdicionais constitucionais, que a pesquisa ora relatada trafega, com dois objetivos bem determinados: primeiro, desvelar o sentido, constitucional ou não, do conjunto de tipos penais positivados após a promulgação do texto da Constituição brasileira de 1988, pela adequação ou não dos bens jurídicos objeto de sua tutela penal com bens jurídicos constitucionalizados; segundo, a

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 363.

partir da análise das sanções previstas nos preceitos secundários das normas incriminadoras analisadas e das possibilidades de substituição das penas privativas de liberdade por diferentes alternativas penais e penas alternativas à restrição de liberdade previstas na legislação em vigor, buscar-se-á estabelecer uma análise crítica acerca da eficácia do direito penal expandido após a promulgação da Constituição de 1988.

2. Fenomenologia da expansão penal pós-88

A análise da legislação penal editada após a promulgação da Constituição Federal de 1988 tem os seguintes objetivos fundamentais: a) em primeiro lugar, verificar se houve uma adequada correspondência entre a parte materialmente expandida da Constituição Federal e a parcela de ampliação do direito penal posterior à promulgação da Carta de 88; b) por segundo, aferir a tendência, no âmbito normativo penal expandido pós-88, da recepção/conformação do embate constitucionalizado entre individualistas e coletivistas, pela recepção dos valores fundamentais preconizados por uma ou outra tradição; por fim, c) o terceiro objetivo constitui-se de uma avaliação da potencialidade de eficácia dos novos tipos penais, tendo em conta as penas mínimas e máximas cominadas nos preceitos secundários e a possibilidade de efetivação das sanções propostas legalmente frente às inúmeras alternativas existentes no sistema normativo penal de evitar-se as penas privativas de liberdade.

As contradições e disjunções possíveis entre as alternativas axiológicas que compõem o espectro de possibilidades de fundamentação filosófico-política do direito penal brasileiro, tomando em conta o esboço

normativo constitucional, a partir da consideração da existência de núcleos de direitos fundamentais, aprioristicamente antagônicos, sugerem, para dizer o mínimo, em função da variada gama de bens por ele tutelados e da diversidade de medidas punitivas e de garantias adotadas, duas possibilidades. Primeira, ou o modelo sancionatório penal brasileiro consolidou-se como um sistema normativo eclético, em que bens de naturezas totalmente diferentes devem coexistir homogeneamente. Segunda, ou, noutro sentido, está atravessando um momento transicional⁴, no qual o espaço normativo, antes majoritariamente ocupado pelos direitos e interesses individuais, passou a ser abarcado também de forma significativa por bens, direitos e interesses não-individuais.

Há, provavelmente, como a seguir se buscará confirmar, em função da atuação legislativa criminal pós-88, uma importante e significativa ampliação do espaço penal destinado à tutela de bens não-individuais, o que provavelmente conduz a uma conflituosidade paradigmática intrínseca ao atual sistema normativo brasileiro – individualismo e coletivismo – que reflete o conflito histórico entre essas tradições de pesquisa no campo da filosofia política. Confirmando-se esse acontecimento, com uma conseqüente aproximação matricial entre o direito penal positivado e a base axiológico-normativa constitucional, ao primeiro estar-se-á conferindo uma função política bastante distanciada em relação a que até então possuiu.

⁴ Quando se fala de uma possível transição paradigmática do modelo penal brasileiro, faz-se referência ao fato de que este ramo do ordenamento jurídico nacional ainda não encontrou uma fórmula de estabilização tal qual, por exemplo, já construíram os Estados Unidos. Diferentemente deste país que historicamente tem uma tradição penal que privilegiou modelos de direito penal máximo, o Brasil possui um modelo híbrido que se amplia continuamente em relação à criminalização de condutas violadoras de bens das mais variadas espécies, caminhando, nesse aspecto, para um modelo bastante repressor, mas que adota soluções em termos de penalização em sentido totalmente oposto. Assim, ao mesmo tempo em que eleva à categoria de crime uma série de ações e omissões que atingem a coletividade, cria alternativas penais à de reclusão que sustentam normativamente todo o discurso da impunidade.

Para o desenvolvimento dessa tarefa foram recortados, como relevantes para a análise, quatro aspectos – sintetizados no quadro abaixo – a serem observados no objeto de pesquisa: a) o bem jurídico protegido; b) a sua natureza individualista ou coletivista; c) a relação da tutela penal com as disposições constitucionais; d) e, por último, os aspectos quantitativos e qualitativos da sanção penal cominada.

A análise desses quatro itens deverá, necessariamente, constituir uma totalidade, uma vez que, somente dessa forma, será possível identificar a real extensão da repercussão do debate histórico entre individualistas e coletivistas neste fragmento da legislação penal brasileira. A consideração individualizada de um ou outro desses elementos pode conduzir a uma errônea compreensão dos entes legislativos e, por conseqüência, a conclusões igualmente distorcidas, levando a um velamento do ser do direito penal brasileiro pós-Constituição de 1988. Somente pela conjugação da análise qualitativa do bem tutelado e quantitativa, relacionada à sanção cominada, poder-se-á concluir pela relevância que tal bem assume no conjunto valorativo considerado para a constituição dessa parcela temporalmente delimitada do sistema normativo penal.

Para complementar a análise realizada através da sistematização engendrada no primeiro quadro, construiu-se um segundo quadro para fins de análise, no qual foram relacionados quantitativamente todos os tipos penais constantes na legislação recortada, bem como averiguadas quais as incidências sobre esses tipos de cinco possibilidades de alternativas às penas privativas de liberdade neles cominadas, a saber: os Juizados Especiais Criminais (JECr) previstos nas Leis n. 9.099/95 e 10.259/01, a substituição

constante no artigo 44, o sursis previsto no artigo 77, a substituição disposta no artigo 60, § 2º, todos do Código Penal, bem como a substituição condicional do processo (SCP) prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95.

Sobre a relação entre as legislações penais analisadas e a Constituição Federal, algumas palavras. A presença da Constituição no cotidiano de juristas e pesquisadores assumiu um lugar de destaque nos últimos anos. Como nunca havia ocorrido na vida institucional do País, após a promulgação da Magna Carta de 88, houve a estruturação de um movimento constitucionalista que, ainda que não refletido integralmente nas práticas dos operadores jurídicos, instalou-se definitivamente no imaginário de boa parte da comunidade jurídica. Em outras áreas da juridicidade estatal, essa relação se fez sentir imediatamente após o surgimento do texto. Entretanto, no campo penal, a investigação nesse sentido merece uma profundidade maior, pois, além de esse ser exatamente o principal âmbito da juridicidade em que essa relação deve ser o mais estreita possível, há, ainda, um grande distanciamento entre as práticas jurídicas consistentes na aplicação da lei penal e a efetiva concretização dos princípios e valores constitucionais nas atuações desses atores sociais no campo de formulação, aplicação e execução da lei penal. Basta ver que de 1988 até hoje (2011), não houve sequer uma ADIN, cujo objeto fosse uma lei penal incriminadora e, tampouco, de lei com orientação descriminalizadora. Assim, de relevância se faz a análise da vinculação entre a legislação penal pós-Constituição de 1988 e os termos, valores e princípios constitucionais.

Da análise conjugada entre bem jurídico e a respectiva sanção cominada, uma consideração. Essa, provavelmente, seja uma das principais

investigações a ser realizada, pois a verificação da relevância dada pelo Estado a um determinado bem não se restringe à sua inserção na esfera de tutela penal, mas também e principalmente, pelo tipo de tratamento sancionatório dispensado. Assim, a análise da reflexão do debate entre individualistas e coletivistas deve, além de investigar se pontos temáticos fundamentais da estruturação de uma determinada tradição teórico-política foram recepcionados na legislação penal, também buscar saber se o tratamento sancionatório está adequado a tal recepção ou se serve para confirmar a prevalência de uma tradição oposta. Nesse último sentido, é que a conjugação dos dois quadros far-se-á imprescindível, pois a verificação isolada da pena cominada poderá indicar um sentido, enquanto que, associada à investigação da possibilidade de incidência de alternativas à pena privativa de liberdade, poderá levar a outro caminho.

2.1. Primeiro quadro demonstrativo da proposta de análise

2.1.1. Nota Explicativa

No presente quadro de sistematização da legislação com conteúdo penal pós-Constituição de 1988, foram objeto de análise apenas as leis com conteúdo penal que possuem algum tipo penal incriminador instituído. Na determinação da natureza do bem jurídico tutelado, foi adotada uma distinção dicotômica entre bens individuais e não-individuais, não sendo aprofundada a diversificação dos bens não-individuais nas suas subclassificações cunhadas pela doutrina contemporânea, dividindo-os em coletivos, difusos e

transindividuais,⁵ uma vez que para os fins do presente trabalho, centrado sobre o debate histórico entre as tradições de pesquisa individualista e coletivista e as repercussões desse embate no campo do direito constitucional e penal, esta divisão mais simples e objetiva cumpre integralmente as funções analíticas aqui propostas.

Em relação ao aspecto da sanção cominada, a organização dos elementos informativos contidos nas leis deu-se da seguinte forma: quando a lei contém uma só norma penal incriminadora e, portanto, somente um preceito secundário, na coluna da sanção cominada, inseriu-se unicamente o texto do preceito secundário; quando, porém, a lei possui mais de uma norma penal incriminadora, portanto, mais de uma sanção cominada e, conseqüentemente, mais de um preceito secundário, organizou-se a coluna referente a este aspecto aglutinando-se, em blocos separados, quantidades mínimas e máximas das penas mínimas cominadas a todos os tipos constantes na lei, o mesmo sendo feito com as penas máximas. Assim, quando se lê, no referido quadro, “Penas mínimas: reclusão de um ano”, significa que entre todos os tipos de delitos elencados na lei, a menor pena dentre todos é de um ano; da mesma forma em relação às penas máximas: ao se ler “Penas máximas: reclusão de três anos”, isso significa que, dentre todos os tipos constantes numa determinada lei, a maior pena cominada foi de três anos de reclusão.

Por fim, um último esclarecimento metodológico. As análises feitas restringiram-se aos tipos penais existentes na legislação penal posterior a 05 de outubro de 1988. Esclarecemos, para evitar mal-entendidos, a extensão do

⁵ A respeito desta classificação dos direitos não-individuais, ver MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. O Estado e o Direito na ordem contemporânea**, p. 85 e ss.

que entendemos conceitualmente como tipo penal. Com o intuito de melhor atendermos às exigências do princípio da legalidade, especialmente de abarcarmos de forma mais precisa e estrita possível os comportamentos típicos e as respectivas formas de lesão ou colocação em perigo dos bens jurídicos, bem como as respectivas sanções associadas a cada tipo, utilizamos a concepção de grupos de tipos de crime, bem como de figuras típicas de estrutura especial. Assim, os tipos fundamentais contêm o tipo objetivo de ilícito na sua forma mais simples, constituindo, por assim dizer, utilizando as palavras de Figueiredo Dias, o mínimo denominador comum da forma delitiva,⁶ conformando o tipo-base cujos elementos vão pressupostos nos tipos qualificados e privilegiados. Não consideramos como figuras típicas, diversamente, por exemplo, à posição adotada por Damásio de Jesus, aquelas que não possuam preceito secundário com previsão abstrata de pena. Dessa forma, figuras como as consideradas como típicas de homicídio pelo autor citado, tais como a figura do homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, CP) e o perdão judicial (art. 121, § 5º, CP), foram por nós desprezadas como tipos penais.

LEI COM CONTEÚDO PENAL	BEM JURÍDICO TUTELADO	NATUREZA DO BEM TUTELADO	DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL RELACIONADO	SANÇÃO COMINADA
Lei 7.716/89	Igualdade racial	Não-individual	Art. 5º, caput e XLII (disposição criminalizadora expressa)	Penas mínimas: reclusão de um a três anos; Penas máximas: reclusão de dois a cinco anos.
Lei 7.752/89	Ordem tributária	Não-individual	Arts. 145 ao 162	Penas mínimas: detenção de um ano; Penas máximas:

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral tomo I questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra, 2007, p. 313.

				reclusão de três anos.
Lei 7.802/89	Saúde pública e meio ambiente	Não-individual	Art. 196 ao 200; Art. 225	Penas mínimas: reclusão de um a dois anos; Penas máximas: reclusão de três a quatro anos.
Lei 7.805/89	Reservas minerais (patrimônio da União)	Não-individual	Arts. 176 e 177	Penas mínimas: reclusão de três meses; Penas máximas: reclusão de três anos.
Lei 7.853/89	Dignidade humana dos deficientes físicos	Não-individual	Art. 1º, III; Art. 7º, XXXI; Art. 23, II; Art. 24, XIV; Art. 37, VIII; Art. 203, V; Art. 227, § 2º; Art. 244	Penas mínimas: reclusão de um ano; Penas máximas: reclusão de quatro anos.
Lei Complementar 64/90	Ordem político- eleitoral	Não-individual	Arts. 14 ao 17	Penas mínimas: detenção de seis meses; Penas máximas: detenção de dois anos.
Lei 8.069/90	Infância e juventude	Não-individual	Art. 24, XV; Art. 227	Penas mínimas: detenção de dois meses a quatro anos; Penas máximas: detenção de seis meses a reclusão de dez anos.
Lei 8.078/90	Relações de consumo	Não-individual	Art. 24, VIII; Art. 5º, XXXII	Penas mínimas: detenção de um a seis meses. Penas máximas: detenção de seis meses a dois anos
Lei 8.137/90	Ordem tributária, econômica e relações de consumo	Não-individual	Art. 145 ao 162 Arts. 170 a 192 Art. 24, VIII; Art. 5º, XXXII	Penas mínimas: Detenção de seis meses a reclusão de três anos. Penas máximas: detenção de dois anos a reclusão de oito anos
Lei n. 8.176/91	Ordem econômica e Sistema de Estoques de Combustíveis	Não-individual	Arts. 170 a 192; Art. 238	Detenção de um a cinco anos
Lei n. 8.245/91	Relações locatícias	Individual	Sem previsão constitucional	Detenção de três meses a um ano
Lei n. 8.313/91	Igualdade, liberdade de expressão e cultura	Individual e Não-individual	Art. 5º, <i>caput</i> e inc. IV; Arts. 215 e 216	Reclusão de dois a seis anos e multa
Lei n. 8.429/92	Administração da justiça	Individual e não-individual ⁷	Arts. 37 a 43;	Detenção de seis a dez meses e multa

⁷ Inobstante tutelar esta lei a Administração e o erário públicos, mediante uma série de sanções não penais, na sua parte especificamente penal, o único tipo visa a proteger os

	e dignidade humana (aspecto meramente penal)		Arts. 70 a 75	
Lei n. 8.666/93	Patrimônio público	Não-individual	Art. 5º, LXXIII; Art. 23, I; Art. 129, III; Art. 136, § 1º, II; Art. 165, § 9º, II	Penas mínimas: detenção de seis meses a três anos. Penas máximas: reclusão de dois a seis anos
Lei n. 8.685/93	Ordem tributária	Não-individual	Arts. 145 ao 162	Reclusão de dois a seis meses e multa
Lei n. 9.029/95	Dignidade humana e igualdade	Individual	Art. 1º, III; Art. 5º, <i>caput</i>	Detenção de um a dois anos e multa
Lei n. 9.112/95	Segurança biológica, meio ambiente e saúde pública	Não-individual	Art. 225, <i>caput</i> , § 1º, incs. II e V; Arts. 196 a 200	Reclusão de um a quatro anos
Lei n. 9.263/96	Família, integridade corporal e saúde pública	Individual e Não-individual	Arts. 196 a 200; Art. 226, § 7º	Penas mínimas: detenção de seis meses a reclusão de dois anos. Penas máximas: detenção de dois anos reclusão de a oito anos
Lei n. 9.279/96	Propriedade industrial	Individual	Art. 5º, XXIX	Penas mínimas: detenção de um a três meses. Penas máximas: detenção de três meses a um ano
Lei n. 9.296/96	Sigilo telefônico, de informática e de justiça	Individual	Art. 5º, XII	Reclusão de dois a quatro anos e multa
Lei n. 9.434/97	Integridade corporal, saúde pública e Sistema Nacional de Transplante	Individual e Não-individual	Art. 199, § 4º	Multa de 100 dias-multa a reclusão de três anos. Penas máximas: multa de 200 dias-multa a reclusão de vinte anos
Lei n. 9.455/97	Dignidade humana e integridade física e mental	Individual	Art. 1º, III; Art. 5º, III; Art. 5º, XLIII	Penas mínimas: detenção de um ano a reclusão de dois anos. Penas máximas: reclusão de quatro a dezesseis anos
Lei n. 9.472/97	Sistema de telecomunicações	Não-individual	Arts. 220 a 224	Detenção de dois a quatro anos e multa
Lei n. 9.503/97	Incolunidade pública	Individual e não-individual	Art. 5º, <i>caput</i> ; Art. 144	Penas mínimas: detenção de seis meses a dois anos. Penas máximas: detenção de um a quatro anos
Lei n. 9.504/97	Ordem político-eleitoral	Não-individual	Arts. 14 ao 17	Detenção de três meses

indivíduos atomizadamente – agentes públicos e terceiros beneficiários -, uma vez que o modelo abstrato de conduta punível, descrito no seu artigo 19, consiste na “representação por ato de improbidade administrativa contra agente público ou terceiro beneficiário quando o autor da denúncia o sabe inocente”.

				a um ano
Lei n. 9.605/98	Meio ambiente	Não-individual	Art. 225	Penas mínimas: detenção de três meses a reclusão de três anos. Penas máximas: detenção de seis meses a reclusão de seis anos
Lei n. 9.609/98	Propriedade intelectual	Individual	Art. 5º, XXIX	Penas mínimas: detenção de seis meses a reclusão de um ano. Penas máximas: detenção de dois anos a reclusão de quatro anos
Lei n. 9.613/98	Ordem econômica e financeira	Não-individual	Art. 144; Arts. 170 a 192	Reclusão de três a dez anos
Lei n. 9.983/00	Seguridade social e administração pública	Não-individual	Arts. 194 a 202	Penas mínimas: três meses de detenção a dois anos de reclusão; Penas máximas: dois a doze anos de reclusão
Lei Complementar n. 105/01	Sistema financeiro	Não-individual	Art. 192	Reclusão de um a quatro anos
Lei n. 10.300/01	Incolumidade pública	Não-individual	Art. 5º, <i>caput</i> ; Art. 144	Reclusão de quatro seis anos
Lei n. 10.303/01	Ordem econômica e financeira	Não-individual	Arts. 170 a 192	Penas mínimas: detenção de seis meses a reclusão de dois anos. Penas máximas: detenção de dois anos a reclusão de oito anos
Lei 10.741/03	Dignidade humana do idoso	Individual	Art. 230	Penas mínimas: detenção de dois meses a reclusão de dois anos; Penas máximas: detenção de um ano a reclusão de cinco anos.
Lei 10.826/03	Incolumidade pública	Não-individual	Art. 5º, <i>caput</i> , incs. XVI e XLIV Art. 6º	Penas mínimas: detenção de um ano a reclusão de quatro anos; Penas máximas: detenção de dois anos a reclusão de oito anos.
Lei 11.101/05	Proteção do crédito público, fé pública, comércio e economia, administração da justiça, propriedade.	Não-individual	Art. 170	Penas mínimas: detenção de um ano a reclusão de três anos; Penas máximas: detenção de dois anos a reclusão de seis anos.
Lei 11.105/05	Meio ambiente e saúde	Não-individual	Art. 6º Art. 23, inc. VI Art. 24, VI e VIII Art. 196	Penas mínimas: detenção de um ano a reclusão de dois anos; Penas

			Art. 218 Art. 225 (especialmente inc. II e § 3º)	máximas: reclusão de três a cinco anos
Lei 11.340/06	Dignidade humana da mulher (integridade física)	Individual	Art. 5º, inc. I	Detenção de três meses a três anos.
Lei 11.343/06	Saúde pública	Não-individual	Art. 5º, LI; Art. 5º XLIII; Art. 243.	Penas mínimas: detenção de seis meses a reclusão de dois anos; Penas máximas: detenção de seis meses a reclusão de vinte anos.
Lei 12.299/10	Integridade das competições esportivas, segurança e patrimônio individual	Individual e não-individual	Arts. 5º, caput e 217	Penas mínimas: reclusão de um; Penas máximas: reclusão seis anos

2.1.2. Sistematização analítica da legislação penal pós-Constituição de 1988

Do quadro acima, construímos algumas conclusões. Após a promulgação de 1988, foram editadas 39 leis que contêm dispositivos penais incriminadores. Quanto ao bem jurídico protegido, observamos uma clara preponderância da tutela estatal penal a bens jurídicos de natureza não-individual. Das 39 leis analisadas, 25 protegem exclusivamente bens não-individuais, em suas diversas modalidades; 8 tutelam estritamente bens individuais e outras 6 tutelam conjuntamente bens individuais e não-individuais.

No tocante à relação dessas normas penais incriminadoras com dispositivos constitucionais, verificamos que somente uma dessas leis – a Lei n. 8.245/91, cujo objeto são as relações locatícias – não atende a algum valor, princípio ou norma constitucional. Todas as demais têm alguma vinculação com o texto constitucional, havendo inúmeras delas que surgiram especificamente para regulamentar algum dispositivo constitucional.

Dessas considerações resulta relevante destacarmos que o legislador ordinário atendeu, mediante criminalização, a uma série de indicações constitucionais criminalizadoras expressas – v.g. crimes de tortura, contra o

meio ambiente, de prática de racismo – e de tutela constitucional sem qualquer menção à necessidade de criminalização expressa. Houve, portanto, uma clara vinculação do legislador infraconstitucional aos valores e princípios constantes na Magna Carta de 1988.

Na análise das 39 leis com conteúdo penal, é possível concluirmos que foram instituídas novas tutelas penais, em função das indicações constitucionais, cujos objetos até então jamais haviam sido destinatários de qualquer proteção por via de norma penal incriminadora ou, mesmo tendo já sido objeto de tutela penal, foram os tipos sofisticados descritivamente, ou sofreram alguma alteração no aspecto sancionatório. No primeiro caso (tutelas inéditas), inserem-se as Leis 7.716/89 (igualdade racial), 7.802/89 (meio ambiente e saúde pública), 7.853/89 (dignidade humana dos deficientes físicos), Complementar 64/90 (ordem político-eleitoral), 8.078/90 (relações de consumo), 8.137/90 (ordem econômica e relações de consumo), 8.176/91 (ordem econômica e sistema de estoques de combustíveis), 8.313/91 (igualdade, liberdade de expressão e cultura), 8.429/92 (dignidade humana), 8.666/93 (patrimônio público, moralidade administrativa), 9.029/95 (dignidade humana e igualdade), 9.112/95 (segurança biológica, meio ambiente e saúde pública), 9.263 (família, integridade corporal, saúde pública e dignidade humana), 9.296/96 (sigilo telefônico, de informática e de justiça), 9.434/97 (Sistema Nacional de Transplante), 9.455/97 (dignidade humana e integridade física e mental), 9.613/ 98 (ordem econômica e financeira), 10.300/01 (incolumidade pública), 10.303/01 (ordem econômica e financeira), 10.741/03 (dignidade humana do idoso), 11.340/06 (dignidade humana e integridade física da mulher), 12.299/10 (segurança de pessoas participantes de

competições esportivas). A Lei n. 8.245/91, não-decorrente de indicação constitucional, também instituiu uma nova tutela penal que anteriormente a ela inexistia.

2.3 Segundo quadro demonstrativo da proposta de análise

Para a execução desta empreitada, elaboramos um segundo quadro de sistematização analítica da legislação penal pós-Constituição de 1988, cuja finalidade fundamental é possibilitar a verificação acerca dos benefícios alternativos à pena de prisão que podem incidir sobre os tipos penais constantes nesse bloco legislativo. Para tanto, foram selecionados cinco benefícios constantes na legislação penal que se constituem nas principais alternativas às penas privativas de liberdade, a saber: a transação penal presente nos JECr's, as substituições constantes nos arts. 44 e 60, § 2º e o sursis previsto no art. 77, todos do Código Penal, bem como a suspensão condicional do processo (SCP), disposta no art. 89, da Lei n. 9.099/95.

LEI	N. DE TIPOS	BENEFÍCIOS PENAIS COM POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO
Lei 7.716/89	34	14 tipos – SCP; 14 tipos – substituição do art. 44; 14 tipos – sursis;
Lei 7.752/89	01	SCP; substituição do art. 44 e sursis.
Lei 7.802/89	02	1 tipo – substituição do art. 44 e sursis; 1 tipo – SCP, substituição do art. 44 e sursis.
Lei 7.805/89	01	SCP, substituição do art. 44 e sursis;
Lei 7.853/89	11	SCP, substituição do art. 44 e sursis
Lei Complementar 64/90	01	JECr, SCP, substituição do art. 44, sursis.
Lei 8.069/90	37	24 tipos – JECr; 33 tipos – substituição do art. 44; 33 tipos – sursis; 32 tipos – SCP.
Lei 8.078/90	20	JECr, SCP, substituição do art. 44 e sursis
Lei 8.137/90	118	11 tipos – JECr; 21 tipos – SCP;

		93 tipos – substituição do art. 44; 112 tipos – sursis.
Lei n. 8.176/91	13	SCP, substituição do art. 44 e sursis
Lei n. 8.212/91	25	2 tipos – JECr; 2 tipos SCP; 25 tipos – substituição art. 44; 21 tipos – sursis.
Lei n. 8.245/91	03	JECr, substituição do art. 44, sursis e SCP.
Lei n. 8.313/91	02	JEC, substituição do art. 44, sursis, SCP e substituição do art. 60, § 2º.
Lei n. 8.429/92	01	JEC, substituição do art. 44, sursis, SCP e substituição do art. 60, § 2º.
Lei n. 8.666/93	41	9 tipos – JECr; 10 tipos – SCP; 41 tipos – substituição do art. 44; 26 tipos – sursis.
Lei n. 8.685/93	01	JEC, substituição do art. 44, sursis, SCP e substituição do art. 60, § 2º.
Lei n. 9.112/95	01	Transação penal, SCP, substituição do art. 44 e sursis
Lei n. 9.263/96	05	04 tipos – transação penal; 04 tipos – SCP; 01 tipo - substituição do art. 60, § 2º; 05 tipos - substituição do art. 44; 05 tipos – sursis.
Lei n. 9.279/96	78	Transação penal, SCP, substituição do art. 60, § 2º, substituição do art. 44 e sursis.
Lei n. 9.296/96	05	Substituição do art. 44 e sursis.
Lei n. 9.434/97	18	08 tipos – transação penal; 09 tipos – SCP; 08 tipos - substituição do art. 60, § 2º; 15 tipos - substituição do art. 44; 10 tipos - sursis.
Lei n. 9.455/97	07	01 tipo – SCP; 01 tipo – substituição do art. 44; 05 tipos - sursis.
Lei n. 9.472/97	01	Transação penal, substituição do art. 44 e sursis
Lei n. 9.503/97	14	12 tipos – transação penal; 13 tipos – SCP; 13 tipos - substituição do art. 60, § 2º; 12 tipos - substituição do art. 44; 14 tipos - sursis.
Lei n. 9.504/97	10	07 tipos – transação penal; 07 tipos – SCP; 07 tipos - substituição do art. 60, § 2º; 07 tipos - substituição do art. 44; 07 tipos - sursis.
Lei 9.605/98	114	73 tipos – transação penal; 102 tipos – SCP; 57 tipos - substituição do art. 60, § 2º; 114 tipos - substituição do art. 44; 114 tipos - sursis.
Lei 9.609/98	07	01 tipo – transação penal; 07 tipos – SCP; 01 tipo - substituição do art. 60, § 2º; 07 tipos - substituição do art. 44; 07 tipos - sursis.
Lei. 9.613/98	2	02 tipos - substituição do art. 44;
Lei n. 9.983/00	24	06 tipos – transação penal;

		04 tipos – SCP; 04 tipos – substituição do art. 60, § 2º. 24 tipos – substituição do art. 44; 24 tipos – sursis;
Lei Complementar n.105/01	04	04 tipos – SCP; 04 tipos - substituição do art. 44; 04 tipos – sursis.
Lei n. 10.300/01	10	10 tipos – substituição do art. 44;
Lei n. 10.303/01	04	01 tipo – transação penal; 01 tipo - substituição do art. 60, § 2º. 04 tipos – SCP. 04 tipos - substituição do art. 44; 04 tipos – sursis.
Lei n. 10.741/03	54	42 tipos – transação penal; 49 tipos – SCP; 38 tipos - substituição do art. 60, § 2º; 51 tipos - substituição do art. 44; 53 tipos – sursis.
Lei n. 10.826/03	70	02 tipos – transação penal. 04 tipos – SCP. 70 tipos - substituição do art. 44 ; 19 tipos – sursis.
Lei n. 11.101/05	30	05 tipos – transação penal. 06 tipos – SCP. 30 tipos - substituição do art. 44 ; 27 tipos – sursis.
Lei n. 11.105/05	16	06 tipos – transação penal. 10 tipos – SCP. 16 tipos - substituição do art. 44 ; 16 tipos – sursis.
Lei n. 11.340/06	01	SCP, sursis, substituição do art. 44 e substituição do art. 60, § 2º.
Lei n. 11.343/06	63	02 tipos – transação penal. 06 tipos – SCP. 03 tipos - substituição do art. 60, § 2º; 07 tipos - substituição do art. 44; 06 tipos – sursis.
Lei n. 12.299/2010	20	11 tipos – transação penal. 11 tipos – SCP. 13 tipos - substituição do art. 44; 20 tipos – sursis.

3. Considerações críticas sobre o direito penal pós-88 e sua relação com o neoconstitucionalismo brasileiro

3.1. A potencial inefetividade da legislação penal pós-Constituição de 1988 pela incidência de alternativas às penas privativas de liberdade

Do quadro acima, uma observação é inquestionável: inobstante ter havido a ampliação do espectro de condutas sujeitas a incidência da lei penal – 869 novos tipos penais - inéditos ou renovados/sofisticados em 39 leis - e a

cominação de penas bastante graves para alguns tipos penais, conforme pode ser verificado no primeiro quadro demonstrativo, uma análise mais detalhada leva à conclusão de que o conjunto normativo penal editado pós-Constituição de 1988 possui pouco potencial de efetividade de privação de liberdade, se levarmos em conta este tipo de sanção caracteriza essencialmente o sistema penal. Para ilustrar tal afirmação, basta ver que a transação possibilitada na Lei dos JECrs é possível para 322 tipos, a substituição do art. 44 do CP para 760 tipos, suspensão condicional do processo para 455 tipos, o sursis para 682 tipos, e a substituição prevista no art. 60, § 2º do CP para 216 tipos. O que fica claro neste conjunto de leis penais é que as possibilidades de ser evitada a pena de privativa de liberdade são predominantes em relação às possibilidades de aplicação e efetivação da execução deste tipo de pena. Dessa forma, fica a pergunta: o que pode ser mais adequado, em termos de direito penal, para a concretização do projeto constitucionalizado de Estado Democrático de Direito? A instituição de mecanismos jurídicos não-penais efetivos em vez de um direito penal ampliado e não-efetivo em termos de privação de liberdade ou, noutro sentido, a ampliação do direito penal, e a cominação de sanções consistentes em privações de liberdade, com poucas possibilidades de não-efetivação pela concessão de alternativas às penas privativas de liberdade?

3.2. Sobre a vinculação material entre bens jurídicos constitucionais e penais

Outra consideração importante que merece espaço na análise da legislação penal surgida no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988 refere-se à estreita relação entre os bens que materializam o projeto

constitucional de sociedade, Estado e Direito e os bens jurídicos que foram tutelados por via do direito penal positivo. Basta ver que possuem ligações conteudísticas com a Constituição de 1988 38 das 39 leis com conteúdo penal pós-88. Isto evidencia que houve uma projeção dos valores e bens que caracterizam o neoconstitucionalismo sobre os estratos normativos infraconstitucionais, notadamente no âmbito penal.

É importantíssimo acrescentar que a totalidade material do direito penal brasileiro acompanhou os diferentes momentos epocais de acontecimento do constitucionalismo. Aliás, é possível dizer que o direito penal brasileiro, da mesma forma que o direito constitucional, caracteriza-se por três fases distintas. Num primeiro momento, tipicamente liberal-individualista, em evolução paralela às Cartas constitucionais de 1824 e 1891, nosso direito penal tutelou bens individuais, a estrutura de Estado e o modo-de-produção da riqueza (inicialmente o escravagismo e logo após o capitalismo incipiente); num segundo lapso, seguindo o acontecimento do Estado social no Brasil, com as Cartas de 1934 e 1937, o Código Penal de 1940 ampliou o âmbito de tutela penal, estendendo-a a bens não-individuais, tais como as relações de trabalho, a regulação econômica e os bens culturais; por fim, com os influxos recebidos do constitucionalismo democrático de Direito, que ao juridicizar a tutela de uma série de novos bens complexificou-se enormemente em termos materiais, o direito penal alargou sua incidência para garantir a tutela desses novíssimos bens jurídicos constitucionalizados, tais como: direitos culturais – entendidos já não só como direitos de acesso à cultura, mas também como direitos decorrentes de uma cultura; direitos voltados para o reconhecimento de diferenças como elemento de realização de uma finalidade constitucional de

igualdade; direitos ligados à vulnerabilidade e a incapacidades; direitos arraigados a determinadas faixas da cadeia existencial humana; além de um elenco de novos direitos que caracterizam compromissos com gerações futuras.

Entretanto, reduzir uma conclusão acerca da adequação do direito penal expandido pós-88 à constatação de uma estrita correspondência entre a positivação de bens constitucionais e a criação de tipos penais que os tutelam na esfera da persecução estatal criminal, seria, para dizer o mínimo, uma consideração bastante precária. O problema da adequação constitucional e democrática de um sistema normativo penal é muito mais amplo que esta mera correspondência: está muito mais ligado à qualidade das respostas sancionatórias do Estado e das suas possibilidades de efetivação dos direitos fundamentais do que propriamente à elevação de uma conduta ao *status* de crime.

Impingir a uma conduta a adjetivação criminal não é a questão principal, uma vez que a ilicitude, seja ela em que regionalidade jurídica for, caracteriza-se sempre como a qualidade de algo ser contrário aos objetivos da ordem jurídica. Assim, no plano da tipificação, pouca ou nenhuma diferença há entre qualificar uma conduta como ilícito penal, administrativo ou civil. O que realmente importa e é mais relevante que a previsão típica é a qualidade da resposta estatal. E neste aspecto, mais ou menos democrático será um sistema de controle social - se é que é possível fundir democracia e controle social - quanto mais ou menos violentas forem suas respostas; mais ou menos forem elas violadoras dos direitos humanos.

3.3. Sobre o caráter (anti?) democrático do direito penal brasileiro

Esse conjunto de leis penais positivadas após a promulgação da Constituição de 1988 materializa uma política criminal que expressa a premissa valorativa fundamental positivada no artigo 1º da Carta Magna e que, por sua essencialidade, deve inspirar todo ordenamento jurídico, manifestando-se, entretanto, com uma maior sensibilidade em relação ao direito penal. Falo da ideia de Estado Democrático de Direito, cuja multifuncionalidade produz influxos em relação à função da pena e à determinação dos pressupostos mínimos da esfera do punível.

Por um lado, esse conjunto expressa, na perspectiva material que induz as previsões típicas, uma concreta convergência entre elementos liberais e sociais numa síntese que se consubstancia num direito penal de Direito. Se democrático ou não, isto é outro problema. Nesse novo direito penal encontramos não só elementos liberais, cuja funcionalidade é submeter a atuação do Estado social, dirigida a modificar as efetivas relações sociais, aos limites formais do Estado de Direito, mas também toda uma orientação material, própria do Estado social, voltada à realização de uma democracia substancial. Assim, o que observamos, é um direito penal limitado pela fórmula do Estado de Direito, através de um sistema clássico de garantias individuais, voltado à regulação de intervenções estatais na vida social. Nem apenas liberal, nem apenas social, mas uma síntese evolutiva e superadora dos dois modelos. Neste aspecto, é inevitável concordar com Ripollés quando afirma, acerca do modelo garantista liberal, que este modelo já não nos dá as chaves para interpretar as recentes mudanças político-criminais, pela simples razão de que estes obedecem a uma nova forma de configurar e modelar o controle social penal. Daí que as críticas que se fazem desde o garantismo liberal-

individualista, a recentes decisões legislativas penais, se perdem no vazio da incompreensão social.⁸ Neste sentido, o bloco legislativo penal surgido após a promulgação da Constituição de 1988 está em estreita consonância com o surgimento de novos interesses, notadamente não-individuais.

O modelo penal brasileiro deve ser entendido, dessa forma, tomando como base os bens jurídicos tutelados, ainda como um modelo garantista, mas não unicamente liberal. A concepção de garantismo que se projeta no sistema penal brasileiro é de dupla face, comprometido com a proteção dos indivíduos, mas também sensível a novas demandas sociais⁹. Quanto a isto, não há dúvidas. Entretanto, o que permanece como foco de críticas e reflexões é o modelo de resposta sancionatória que deva o Estado adotar, respeitado um lapso mínimo de adequabilidade democrática que deva ter o sistema de controle penal. Qual o modelo sancionatório mais adequado ao nosso Estado Democrático de Direito? Podemos pensar, tentando sistematizar as alternativas, em dois grandes modelos, que sintetizam dois grandes modos-de-ser-no-mundo em relação ao problema da repressão de condutas: o primeiro, mais liberal, consistente no rechaço de novas criminalizações e penalizações; o segundo, mais conservador, marcado pela aceitação de novos espaços de criminalização e sancionamento. Dos primeiros aos segundos, a crítica de que a ampliação do direito penal pouco ou nada contribui para a solução dos novos problemas a que se propõe o direito penal resolver; pelo contrário, pela sua potencialidade de violação de direito

⁸ RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Editorial IBDEF, 2007, p. 64.

⁹ Ver a respeito SANTOS, André Leonardo Copetti. Da intervenção mínima à intervenção minimamente necessária. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1. Porto Alegre: IHJ, 2003, p. 27-38.

humanos, o seu alargamento também expandiria as possibilidades de lesão a direitos. Dos segundos aos primeiros, a denúncia de que o direito penal clássico, liberal-individualista, deixaria de fora de seu âmbito de tutela os bens coletivos, cuja funcionalidade no sistema político e jurídico estaria voltada à equalização social.

A partir destas duas grandes visões de mundo, algumas alternativas se configuram. Como materialização do modo-de-ser liberal, resulta que a versão contemporânea do modelo garantista clássico seria configurada sobre um mínimo indispensável de tipos penais, dirigidos a tutela da esfera individual, da estrutura estatal e do modo-de-produção da riqueza, com penas orbitando em torno das privações de liberdade, mas com um forte sistema de garantias individuais, bem como com alta suscetibilidade a todas as alternativas às penas de segregação.

Nosso modelo penal chega muito próximo disto, constituindo-se até mesmo num paradoxo. Diferencia-se do modelo liberal originário apenas pela ampliação do rol de condutas puníveis, que se expandiu em função do novo texto constitucional, o qual positivou uma série de novas liberdades, mas ao mesmo tempo, aproximou-se mais ainda do paradigma liberal no que tange ao sistema de garantias, que não só foi mantido em suas linhas gerais, mas até mesmo ampliado.¹⁰ Assim, o sistema penal brasileiro caracteriza-se melhor

¹⁰ Em sentido consideravelmente diverso do que boa parte da doutrina, ocupada com a ciência política e o direito constitucional, propagou após a promulgação da Carta de 1988, no sentido de que o constitucionalismo brasileiro estava dando uma forte guinada social, o que se verifica, em primeiro lugar, é que houve uma grande ampliação do núcleo liberal-individualista de direitos fundamentais. Dos vinte e quatro incisos inéditos no capítulo de direitos fundamentais, mais especificamente no art. 5º, treze são manifestamente restritivos da atividade do Estado em matéria penal e processual penal (III – proibição de tortura; L – humanização da execução da pena para presidiárias; LI – proibição de extradição para os brasileiros natos e naturalizados; LIII – processamento por autoridade competente; LIV – devido processo legal; LVI – proibição de provas ilícitas; LVII – princípio da culpabilidade; LVIII – restrição da

como uma variação do modelo garantista clássico, diferenciado. Entretanto, é importante anotar que no âmbito sancionatório verificamos uma contaminação do modelo liberal clássico - baseado nas penas privativas de liberdade - por sanções oriundas de outras redes sancionatórias, especialmente a administrativa, com as penas restritivas de direitos.

Em sentido diverso, como decorrência do modo-de-ser resignado em relação às novas criminalizações, podemos pensar em um conjunto mais amplo de políticas criminais. Em primeiro lugar, é possível pensarmos como adequado ao Estado Democrático de Direito um modelo sancionatório nos moldes da Escola de Frankfurt, tal como preconizado por Hassemer, através de um novo direito de intervenção, num meio termo entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. Outra alternativa que tem sido levantada como adequada para o tratamento das novas criminalizações seria o de um direito sancionador de duas classes ou velocidades como proposto por Silva Sánchez, com um direito penal clássico e com a recondução ao direito administrativo

identificação criminal; LXIII – necessidade de informações do direito do preso, assistência pela família e advogado; LXIV – direito à identificação pelo responsável pela prisão e ou pelo interrogatório; LXXV – direito à indenização por erro judiciário).

Inovou a Constituição de 1988 em seu art. 5º, ao prever duas indicações expressas de criminalização, particularmente nos incisos XLII e XLIV, respectivamente em relação à prática de racismo e à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Dessa ampliação do núcleo de direitos fundamentais de natureza liberal-individualista é possível construir-se uma interpretação parcial em relação aos limites da intervenção penal estatal na direção de que, num primeiro momento, a Constituição Federal manteve um sentido histórico e humanista de reduzir ao mínimo possível a atuação do Estado enquanto detentor legítimo do direito de punir. Aqui adiantamos um pouco o iremos tratar no terceiro capítulo, ao delimitarmos parcialmente a situação hermenêutica de construção de sentido do que venha a ser as fronteiras do princípio da intervenção mínima numa sociedade democrática.

Entretanto, como fizemos questão de frisar, esta é apenas uma interpretação parcial dos limites da intervenção estatal penal, uma vez que não localizamos ainda nesta situação hermenêutica a ocorrência histórica da posituação mais detalhada, em relação aos outros textos constitucionais, de direitos de natureza não individual que, contrariamente aos direitos fundamentais individuais, impõem não barreiras à atuação penal do Estado, mas sim, noutro sentido, estímulos.

sancionador da maioria dos novos objetivos de controle social que emergem da sociedade de risco. A estratégia político-criminal de Sánchez preconiza uma flexibilização das garantias em troca de uma renúncia do sistema às penas de prisão. Uma última alternativa, ligada ao modo-de-ser mais conservador e que seria sua expressão mais maniqueísta, materializa-se através de um direito penal máximo, tanto em termos de previsão típica, quanto de sancionamento, o qual cremos, não pode ser, de modo algum, qualificado como democrático.

Ainda que dúvidas resistam quanto ao caráter democrático de nosso sistema penal, é incontornável qualificar como tal esse corpo legislativo penal que entrou em vigência pós-88 por não ter, ao assumir elementos do Estado social, convertido-se em um fim em si mesmo, como, por exemplo, o fez o direito penal nazista ou fascista. As tutelas estabelecidas através dos tipos penais positivados não contrariaram interesses das majorias, ao mesmo tempo em que trataram de proteger minorias e indivíduos. Também não foram derrubadas as garantias próprias do liberalismo penal, mas a elas, com já frisamos anteriormente, agregaram-se novas garantias e tarefas que vão mais além deste âmbito meramente formal-garantista - sem desqualificá-lo -, assegurando muitas delas serviços reais aos cidadãos. Neste sentido, analisado de forma ampla, esse conjunto legislativo penal pós-88 vai ao encontro do Mir Puig entende como um direito penal de um Estado democrático e social de Direito, pois não renuncia à missão de incidência ativa na luta contra a delinquência, mas também a conduz por e para os cidadãos.¹¹ Ao atender majorias e minorias, esta nova parcela do direito penal brasileiro não

¹¹ PUIG, Mir. **El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994, p. 37.

só está voltada à função clássica preventiva, mas inova na medida em que cria possibilidades de participação nos sistemas sociais fundamentais.

3.4. A expansão penal determinada pelo aumento do risco na sociedade contemporânea

Analisando esse fenômeno sob outro ângulo, podemos afirmar também que essa expansão constitucional e, por consequência, também penal, possui uma estreita conexão com a ampliação dos riscos na sociedade contemporânea. Com isso, ocorreu, nos planos político e jurídico, um significativo aumento da instrumentalização institucional de controle do risco, acontecendo, neste espaço, um enorme âmbito de alargamento funcional do Direito e do Estado. Ou seja, o Direito e o Estado, e aqui devemos mencionar o direito penal e as possibilidades de atuação do Estado a partir das positivações nele materializadas, assumem um papel de considerável relevância, na medida em que o controle dos efeitos colaterais dos riscos passa a fazer parte do rol de obrigações constitucionais e infraconstitucionais a serem cumpridas no espaço público, e, em particular, ainda pelos Estados nacionais.

Houve, de modo irrefutável, uma “sensibilidade” constitucional na recepção a engenhosidades políticas e jurídicas de prevenção e manejo das mais diversas formas de risco. Isto implicou, em dois movimentos: primeiro, na complexificação dos paradigmas constitucionais, que evoluíram, material e funcionalmente, no sentido de modelos liberais, passando por sociais e chegando nos democráticos e sociais de Direito; por segundo, na extensão desta complexidade também aos níveis normativos infraconstitucionais, o que

determinou uma inevitável e necessária reorganização estrutural e funcional do Estado.

Essa ampliação da complexidade constitucional pode ser entendida pelo viés de que, como observa Beck, “às questões do desenvolvimento e do emprego de tecnologias (no âmbito da natureza, da sociedade e da personalidade) sobrepõem-se questões de “manejo” político e científico – administração, descoberta, integração, prevenção, acobertamento – dos riscos de tecnologias efetiva ou potencialmente empregáveis, tendo em vista horizontes de relevância a serem especificamente definidos. As promessas de segurança avançam com os riscos e precisam ser, diante de uma esfera pública alerta e crítica, continuamente reforçadas por meio de intervenções no processo de desenvolvimento técnico-econômico, o que, em parte, tem sido cumprido pelo direito penal.”¹²

As possibilidades de infortúnios ativamente avaliadas em relação ao futuro impuseram e continuam a impor uma série de modulações ao Estado e ao Direito, constituindo-se o *welfare state*, essencialmente, num sistema de administração do risco. Aliás, esta relação do risco com as estratégias historicamente construídas para sua administração, ultrapassa qualquer perspectiva meramente institucional. É, mais profundamente que isto, uma relação com o tempo, com o controle do futuro. Também não se restringe ao Estado Social, mas, além disto, conforme pontua Giddens, tem uma estreita conexão com o capitalismo que difere de todas as formas anteriores de sistema econômico em suas atitudes em relação ao futuro. O capitalismo moderno, diferentemente dos empreendimentos de mercado anteriores que eram

¹² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 24.

irregulares ou parciais e não tinham um efeito muito profundo na estrutura básica das civilizações ocidentais, insere-se no futuro ao calcular lucro e perda de lucros, e portanto risco, como um processo contínuo. Mas no recorte de trabalho que pretendemos, não podemos somente pensar em riscos pessoais, comerciais ou privados, e neste sentido, pensar o *welfare state*, cujo desenvolvimento pode ser retraçado até as leis de assistência social elisabetanas na Inglaterra, é pensar essencialmente em um sistema público de administração de risco, destinado a proteger contra os infortúnios que antes eram tratados como desígnios dos deuses – doença, invalidez, perda de emprego, velhice, discapacidades e vulnerabilidades sociais em sua mais ampla expressão.¹³

O resultado disto foi uma sobrecarga econômica, normativa e física ao aparato das organizações político-administrativas nacionais para atender aos marginalizados econômicos e sociais, assim como para arcar com os custos das agressões ambientais causadas pelo processo produtivo. Ou seja, a ampliação das demandas sociais em relação ao espaço público estatal estimulou e determinou uma ampliação estrutural e funcional do Direito, primeiro no âmbito constitucional e, posteriormente, infraconstitucional – incluindo-se aqui o penal -, e, por conseqüência, também, na estrutura e nas funções do Estado.

3.5. O excesso penal é democrático?

Uma consideração a modo de encerramento texto direciona-se especificamente à qualidade do direito penal expandido pós-88 em gerar os

¹³ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós**. São Paulo: Record, 2000, p. 34-35.

efeitos supostamente pretendidos e as implicações disto na consolidação da democracia, na parte que disto toca ao direito penal. Em primeiro lugar, o que se observa é que a rede sancionatória penal, como já referido anteriormente, está altamente contaminada por tipos de penas alternativas e alternativas penais às sanções privativas de liberdade. Isto revela uma total falta de clareza dos legisladores acerca do que deva constituir o universo de condutas penalmente puníveis e os demais âmbitos de punibilidade. Creio que as enormes possibilidades de não efetivação concreta das penas privativas de liberdade cominadas aos tipos penais da legislação penal pós-88, e a consequente enorme gama de possibilidades de serem impostas medidas que estão mais próximas do direito administrativo ou civil, revelam a desnecessidade de uma boa parte das criminalizações existentes nesta parcela da legislação. Muitos dos tipos previstos no direito penal positivo pós-88 poderiam muito bem ser relegados a uma condição de ilícito administrativo, sem qualquer prejuízo para a tutela desses bens que ora são “protegidos” criminalmente.

Essa relativa confusão de penalizar abstratamente, mas viabilizar a imposição concreta de medidas não penais, cria um verdadeiro imbróglio na teoria do bem jurídico penal, especialmente se levarmos em conta que a maior parte das criminalizações acontecidas na legislação penal pós-88 não decorre de indicações constitucionais criminalizadoras expressas. Ainda que, como no item 3.1. observamos, haja uma perfeita correspondência entre os bens jurídicos protegidos penalmente e as positivamente constitucionais, isto não significa que toda e qualquer positivação constitucional deva induzir, incontornavelmente, a uma positivação criminalizadora. O questionamento que

aqui se coloca como imperativo é o seguinte: justifica-se um aumento tão significativo da legislação penal, sem que a mesma tenha a efetividade de privação de liberdade, sanção que qualifica e diferencia o ordenamento penal em relação às demais redes sancionatórias? Não seria mais contundente para o imaginário social e para uma democratização de ordenamento jurídico e da atuação estatal a criação de redes sancionatórias escalonadas e sucessivas que realmente colocassem o direito penal como a última razão do sistema jurídico, de forma a garantir primeiramente a aplicação de sanções não-penais efetivas?

Não há dúvidas que a “sensibilidade constitucional” aos novos riscos deve ser traduzida numa “sensibilidade infraconstitucional” para os mesmos fenômenos. Entretanto, ainda que a totalidade do direito penal brasileiro goze de uma aparência democrática, pela extensão da sua tutela a bens que ultrapassam esfera individual e pela manutenção de um forte sistema de garantias, situação que acompanha o movimento das reais democracias contemporâneas, a fórmula parece repetir o fracasso de políticas estatais tradicionalmente criminalizadoras e privilegiadoras da utilização do direito penal como *prima* e não como última *ratio*. Muitas das matérias objeto de criminalizações pós-88, reclamam, diversamente da repressão penal, políticas públicas de conscientização e afirmação sociais.

Creio, enfim, que pelo alto grau de violência que historicamente tem se manifestado na atuação estatal penal, e pela própria imperfeição arraigada aos sistemas penais, o seu caráter democrático, se é que é possível qualificá-lo como tal, depende da sua restrição a um mínimo necessariamente indispensável. E talvez neste aspecto tenha o legislador penal pós-88, ainda

que vinculado ao projeto constitucional e aos bens jurídicos que o materializam, excedido-se na extensão da amplitude dada à tutela penal dos novos bens jurídicos constitucionalizados. A ampliação sem efetividade das sanções privativas de liberdade tem dissipado completamente o caráter simbólico do direito penal, o que tem afetado fortemente a crença da população nas instituições públicas, especialmente as que compõem o mundo jurídico.

4. Referências

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco. Rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Ed. 34, 2010, 367 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994, 539 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, 547 p.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós**. São Paulo: Record, 2000, 108 p.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1996, 247 p.

_____; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 211 p.

PUIG, Mir. **El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994, 253 p..

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: Editorial IBDEF, 2007, 210 p.

SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Diálogo e Entendimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Da intervenção mínima à intervenção minimamente necessária. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. v. 1. Porto Alegre: IHJ, 2003. p. 27-38.