



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO**

REBECCA CERQUEIRA ROCHA

**PROPORCIONALIDADE E CORRUPÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: INCONGRUÊNCIAS
LEGISLATIVAS E A FUNÇÃO JUDICIAL.**

Salvador
2012

REBECCA CERQUEIRA ROCHA

**PROPORCIONALIDADE E CORRUPÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: INCONGRUÊNCIAS
LEGISLATIVAS E A FUNÇÃO JUDICIAL.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Departamento de Ciências Econômicas e Sociais, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Público – Mestrado

Linha de pesquisa: 1.1 (Constituição, Estado e Direitos fundamentais)

Orientador: Prof. Dr. Sebastián Borges de Albuquerque Mello

Salvador
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

REBECCA CERQUEIRA ROCHA

PROPORCIONALIDADE E CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: INCONGRUÊNCIAS LEGISLATIVAS E A FUNÇÃO JUDICIAL.

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade Federal da Bahia - UFBA, pela seguinte banca examinadora:

Salvador, de outubro de 2012

DEDICATÓRIA

À Sebástian Borges de Albuquerque Mello, sem o qual teria sido impossível enfrentar e vencer os novos desafios.

AGRADECIMENTOS

Não basta agradecer. Ao fim deste trabalho subsiste o eterno sentimento de gratidão por todos aqueles que contribuíram, ainda que sem a obrigação de fazê-lo, para a elaboração da presente obra.

Primeiramente, deixo registrada a minha absoluta satisfação em ter sido, mais uma vez, orientada pelo Prof. Sebastián Borges de Albuquerque Mello, o qual, a todo o momento não se furtou em conjugar esforços ao meu sucesso.

Rendo, também, sincero agradecimento ao Prof. Saulo Casali, através do qual bebi de vasto conhecimento indispensável a este estudo.

Agradeço aos Profs. Paulo Bezerra e Rodolfo Pamplona Filho por terem me ensinado valiosas lições sobre o Direito filosófico, para além do dogmatismo jurídico.

Aos amigos e colegas do Mestrado, companheiros diários, pelas palavras de incentivo e orientações prestadas.

À minha família, pela compreensão e tolerância durante os dias de tormenta.

A todos vocês, o meu muito obrigado.

“Quando os ventos de mudança sopram, umas pessoas levantam barreiras, outras constroem moinhos de vento” (Érico Veríssimo)

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo oferecer uma análise crítica e valorativa, à luz do princípio da proporcionalidade, acerca do tratamento jurídico-penal dispensado aos crimes funcionais de corrupção, praticados contra a Administração Pública. Partindo da idéia de constitucionalização do Direito Penal, procurar-se-á demonstrar a assunção do princípio constitucional da proporcionalidade como fundamento iniludível à sua formação, porquanto dialogará, sem intermédios, aos mais diversos institutos e tipos legais constantes no âmbito repressivo, a fim de conformá-los às orientações do texto supremo. Neste rumo, os crimes de corrupção, praticados por funcionários públicos, contra a Administração Pública, restarão submetidos ao crivo da proporcionalidade, em razão de constituírem objeto de incessantes equívocos legislativos e incongruências normativas, fomentadas por um Direito Penal simbólico, emergencial e contingente. Na busca por soluções frente às incompatibilidades legais, mister se faz abordar a postura jurídico-penal do magistrado, enquanto parte integrante de um novo paradigma pós-positivista, envolto nas premissas próprias do modelo neoconstitucionalista. A garantia dos ditames constitucionais será o móvel precípua ao desempenho do comportamento ativo e participativo do julgador, o qual se valerá do mecanismo de controle de constitucionalidade para harmonizar formal e materialmente as normas penais ao imperativo conteúdo constitucional. A proporcionalidade, na condição de princípio constitucional vetor, indispensável à formação, organização e expressão do Direito, especialmente no que tange à defesa dos direitos fundamentais, constituirá o critério fundante do controle de constitucionalidade, de modo que as normas penalmente válidas não podem estar alheias ao propósito constitucional da efetivação dos direitos e garantias individuais. À derradeiro, firma posição no sentido de que competirá ao juiz conformar, de plano, aquelas normas infraconstitucionais de natureza penal, relativas aos crimes funcionais de corrupção pública, maculadas pela expunção do princípio constitucional da proporcionalidade, haja vista a necessidade de se erigir um Direito Penal teleológico-constitucional, alinhado aos valores e princípios supremos, ínsitos ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Proporcionalidade; Direito Penal; Corrupção; Hiperinflação legislativa; Incongruências normativas; Controle de constitucionalidade;

ABSTRACT

This essay aims to offer a critical and valuative analysis, under the principle of proportionality, concerning of the criminal and legal treatment given to corruption functional crimes committed against the Public Administration. Starting from the idea of criminal law constitutionalization, it will demonstrate the assumption of the constitutional principle of proportionality as the core foundation of it's formation, since it will dialogue, without intermediates, with divers institutions and legal categories in the repressive sphere in order to conform them to the guidance of Constitution. This way, the corruption crimes committed by public officials against the Public Administration, will be submitted to the proportionality because this crimes are the object of endless legislative misunderstandings and normative incongruousness fomented by a symbolic, emergency and contingent criminal law. Searching for solutions in front of legal incompatibilities, it is necessary do examine the judicial and criminal attitude of the magistrate, as part of a new post-positivist paradigm, wrapped in the premises of the neoconstitucionalism standard. The guarantee of the constitutional dictates will be the principal fuel to the exercise of an active and participatory behavior of the judge, which will make use of the control of constitucionality to harmonize, formal and materially, the criminal law to the constitutional imperative content. Proportionality, as a main constitutional principle, essential to the formation, organization and expression of the law, especially regarding the protection of fundamental rights, will be the founder criterion of the control of constitucionality, so that valids criminal rules may not be strange to the constitucional purpose of constitutional rights and individual guarantees enforcement. At last, it will conclude that the judge should bring into harmony, instantaneous, those criminal rules under the Constitucional, concerning the corruption function crimes, tainted by the disregarding of the constitutional principle of proportionality, in sight to build a teleological constitucional criminal law, aligned with the supreme values and principles characteristics of the democratic rule-of-law state.

Keywords: Proportionality, Criminal Law, Corruption, Legislative hyperinflation, normative incongruities; Control of constitucionality;

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACR	Apelação Criminal
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
c/c	Combinado com
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
Des.	Desembargador
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Inc.	Inciso
MC	Medida Cautelar
Min.	Ministro
Nº.	Número
Rel.	Relator
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO	17
2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO E A NOVA ORDEM PÓS-POSITIVISTA	17
2.1.1 O Estado de Direito e o positivismo legalista	18
2.1.2 Pós-positivismo e neoconstitucionalismo	22
2.1.3 Os princípios e as regras jurídicas	28
2.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	33
2.2.1 Da imprecisão conceitual, distinções e natureza	35
2.2.2 Subregras da proporcionalidade	38
2.2.2.1 Adequação	38
2.2.2.2 Necessidade	39
2.2.2.3 Proporcionalidade em sentido estrito	40
2.2.3 A proporcionalidade <i>stricto sensu</i> como proibição de excesso e insuficiência	41
2.2.3.1 Da proibição de excesso	42
2.2.3.2 Da proibição de insuficiência	43
3 A PROPORCIONALIDADE E O DIREITO PENAL	46
3.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL	46
3.2 LINHAS DIRETIVAS DO INFLUXO CONSTITUCIONAL	51
3.2.1 Influxo dos princípios estruturantes	51
3.2.2 Delimitação dos bens jurídicos dignos de proteção penal	52
3.2.3 Princípios de Direito Penal Constitucional	58
3.3 SUBREGRAS DA PROPORCIONALIDADE E SUA MANIFESTAÇÃO NO DIREITO PENAL	60
3.3.1 Necessidade e princípio da intervenção mínima	62
3.3.2 Adequação e princípio da adequação social	67
3.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito e princípio da insignificância	69
3.4 A DUPLA FACE DA PROPORCIONALIDADE E SUA MANIFESTAÇÃO NO DIREITO PENAL	72
3.4.1 Da proibição à proteção excessiva	73

3.4.2 Da proibição à proteção insuficiente	77
4 A CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	83
4.1 ASPECTOS SÓCIO-HISTÓRICOS DA CORRUPÇÃO NO BRASIL	86
4.2 CRIME DE CORRUPÇÃO E DIREITO: OBSOLETISMO LEGAL	95
4.3 A CORRUPÇÃO E O FUNCIONÁRIO PÚBLICO NO DIREITO PENAL	102
4.4 CRIMES DE CORRUPÇÃO: DOS CRIMES FUNCIONAIS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	108
4.4.1 Peculato (art. 312 do Código Penal)	109
4.4.2 Concussão (art. 316 do Código Penal)	112
4.4.3 Corrupção passiva (art. 317 do Código Penal)	114
4.4.4 Prevaricação (art. 319 do Código Penal)	116
4.4.5 Advocacia administrativa (art. 321 do Código Penal)	117
4.5 COMBATE À CORRUPÇÃO E FUNÇÕES INSTRUMENTAIS E SIMBÓLICAS DO DIREITO PENAL NA PÓS-MODERNIDADE	118
5 A PROPORCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO NA CORREÇÃO DAS INCONGRUÊNCIAS LEGISLATIVAS NOS CRIMES FUNCIONAIS DE CORRUPÇÃO PÚBLICA	128
5.1 HIPERINFLAÇÃO LEGISLATIVA COMO FATOR DE PRODUÇÃO DE INCONGRUÊNCIAS NORMATIVAS	128
5.2 UMA ANÁLISE ACERCA DA PROPORCIONALIDADE ABSTRATA FRENTE ÀS INCONGRUÊNCIAS LEGISLATIVAS NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO PÚBLICA	131
5.3 CORREÇÃO DAS INCONGRUÊNCIAS ATRAVÉS DA APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE	143
5.3.1 Da proporcionalidade concreta	143
5.3.2 A moderna atuação jurídico-penal do magistrado	148
5.3.3 O controle da proporcionalidade como controle de constitucionalidade	155
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	173
REFERÊNCIAS	175

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da corrupção é tão antigo quanto a origem da condição humana no mundo. Há quem diga, inclusive, que o relato ilustrativo da história de Adão e Eva constitui a notícia inaugural da prática corruptiva, na qual a serpente do Jardim do Éden representaria o papel do primeiro corruptor conhecido.

Sempre presente, a corrupção não escolhe tempo, pátria, ideologia ou regime político, pois, em maior ou menor escala, sua manifestação se dá nos mais diversos cantos do espaço, sob as mais diversas formas, envolvendo os mais diversos indivíduos, num constante estado de adaptação e mudança.

Fenômeno recorrente e complexo, a corrupção tem se mostrado um tema central nos debates acerca do futuro das instituições democráticas. Os acontecimentos corruptivos, os fatos incriminadores envolvendo personagens da vida pública se acumulam e povoam as páginas dos jornais, gerando a justa indignação popular e, até mesmo, uma condenação moral contra aqueles que são responsáveis pelos atos de natureza ímproba.

Sem negar a pertinência do aspecto moral, enquanto parte integrante e essencial de todo o fenômeno da corrupção, a abordagem exclusivamente subjetiva não é capaz de dar a real dimensão deste processo, o que reclama necessariamente uma melhor compreensão de suas raízes, efeitos e agentes.

Nesse sentido, o presente estudo concentrará atenção no desvio de comportamento dos funcionários públicos, aqueles diretamente ligados à máquina estatal, quando deveriam exercer suas funções em completa observância às regras jurídicas e aos princípios éticos e constitucionais que regem a atividade administrativa.

A análise da corrupção, portanto, terá como pano de fundo uma estrutura organizada para atingir determinadas finalidades, especialmente a realização do interesse público, como é a Administração Pública, o que torna a manifestação corruptiva mais gravosa, em razão da prevalência dos interesses particulares, em detrimento do interesse coletivo, provocando, assim, o descrédito das instituições.

Diante do alto grau de danosidade provocado pelo adensamento das práticas corruptivas, surge a necessidade de serem promovidas estratégias eficientes à devida responsabilização dos agentes, com justas punições e ressarcimentos dos prejuízos à coletividade, a fim de serem revitalizadas as instituições democráticas.

No entanto, a tarefa voltada à busca pelos caminhos punitivos mais adequados para os crimes de corrupção não é simples, justamente por não se tratar de um comportamento único e determinante de danos a bens jurídicos concretos, ou individualizados, senão de dano a bem jurídico difuso, a saber, a moralidade pública.

Sendo, então, uma espécie de criminalidade difusa e abrangente, incurso em um contexto altamente complexo do ponto de vista sociocultural, emerge a grande dificuldade em serem estabelecidos limites sancionatórios ajustados, idôneos a garantir os direitos fundamentais do cidadão, quando realizada a intervenção de índole penal.

Sob esta perspectiva repressiva, o estudo perpassará pelo juízo crítico-valorativo e análise comparativa acerca dos crimes contra a Administração Pública, praticados por funcionários públicos, previstos no Código Penal Brasileiro, com o fito de serem conformados os parâmetros das penas respectivas aos objetivos próprios do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, a proporcionalidade figurará como fundamento constitucional inafastável ao estabelecimento dos limites da intervenção do Estado na vida do sujeito, não apenas na fase abstrata da cominação legal da sanção, senão durante a apuração dos casos concretos, quando deverá atingir sua devida funcionalidade e imperatividade.

O capítulo 1 apresentará inicialmente uma abordagem acerca do contexto de emergência do paradigma neoconstitucionalista, enquanto marco na transição do pensamento jurídico, através do qual buscou-se a devida adequação à nova realidade imposta, a fim de ser superado o conhecimento convencional.

Posicionado mais próximo ao aspecto ético-moral, o Direito distancia-se das noções positivistas, dando ensejo às novas premissas que irão nortear a formação do novo cenário jurídico, dentre as quais ganha destaque a supremacia da Constituição, como documento jurídico dotado de caráter vinculante e imperativo.

Carregado de conteúdo axiológico, o texto constitucional sintetiza e incorpora os valores mais fundamentais por meio dos princípios, enquanto *standards* normativos, capazes de conferir unidade e coerência ao sistema jurídico, ao servirem de guia ao intérprete na busca da solução mais adequada a cada caso concreto.

Sob a euforia do “Estado Principiológico”, os princípios assumem posição central na estruturação da ordem vigente, recaindo sobre si o encargo de orientar as noções e

atividades jurídicas, na qualidade de norma jurídica vinculante e verdadeiro fundamento da Ciência do Direito.

Dentre o vasto leque de princípios vetores do sistema jurídico, a proporcionalidade ganha relevo no presente estudo, na medida em que representa a noção de justa medida, de equilíbrio, indissociavelmente ligada à idéia de justiça, porquanto dela os agentes jurídicos não podem se afastar.

Ao fim do primeiro capítulo, então, será feito um exame acerca da estrutura da proporcionalidade, levando em conta sua formação, natureza, elementos e dimensões, uma vez que a ausência de tais ponderações prejudicaria o entendimento de sua aplicação prática, especialmente na seara do Direito Penal.

O capítulo subsequente, de pronto, lançará um olhar sobre o processo de constitucionalização que envolve o Direito Penal, de modo a sublinhar a necessidade de conformação formal e material das normas infraconstitucionais, especialmente as de natureza criminal, com o texto constitucional.

Isto porque, é o conteúdo axiológico-normativo da Constituição, traduzido essencialmente pelos princípios fundamentais, que definirá os limites da intervenção penal, bem como as bases legitimadoras de sua operacionalização, de modo a representar a estrutura fundante de um Direito Penal alinhado aos objetivos constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Por guardar um caráter estruturante, bem como constituir uma diretriz básica de todo o sistema jurídico constitucional, a proporcionalidade reflete uma relação umbilical com o Direito Penal, de sorte que carrega em sua essência o necessário juízo valorativo e ponderativo que recai sobre o conflito entre a liberdade do sujeito e a ingerência estatal de cunho repressivo.

Nesse rumo, há de ser avaliada toda a estrutura da proporcionalidade, relacionando-a com os princípios e institutos imanentes ao Direito Penal, a fim de vestir todo o desenvolvimento da atividade jurídico-penal, seja ela abstrata ou concreta, com o manto das finalidades constitucionais.

Sendo, por conseguinte, uma missão altamente intrincada, em razão do seu caráter complexo e subjetivo, a gerência da proporcionalidade na criminalidade corruptiva demandará uma profunda análise contextual do dito fenômeno no Brasil, de modo a

serem concretamente valoradas tais espécies de delitos, a fim de restar devida a dimensão quantitativa e qualitativa da pena, legitimando uma possível intervenção estatal de natureza penal.

Ao longo do terceiro capítulo o fenômeno da corrupção será discorrido sob os mais diversos pontos de vista, quais sejam o conceitual, social, histórico e, sobretudo, o jurídico, no intuito de identificar as características e particularidades que lhe são inerentes, fundamentais à apreciação dos parâmetros de responsabilidade a serem imputados ao agente.

Com o fito de ventilar o tratamento jurídico conferido especificamente aos crimes de corrupção, praticados por funcionários públicos, contra a Administração Pública, foram reservados tópicos destinados a tratar criticamente da evolução e da adequação jurídica dos novos contornos que os tipos penais passaram a deter.

A partir desta concepção crítica, o papel do Direito Penal contemporâneo será estimado em face do seu âmbito de atuação na luta contra a corrupção, no qual encontra-se marcado pela tendência dominante da legislação penal moderna em inserir novos tipos penais, agravar aqueles já existentes, ampliar espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilizar regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, numa franca expansão de sua área de intervenção.

O novo Direito Penal, então, ampara-se na edição de novas leis de cunho eminentemente simbólico, valendo-se dos clamores midiáticos, provocados pela crescente onda do medo, a fim de praticar uma intervenção punitiva de emergência, distante dos princípios informadores democráticos, garantidores do exercício pleno dos direitos fundamentais do cidadão.

Nesse contexto, é erigido um emaranhado de leis em total descompasso umas com as outras, reservado às aspirações sociais de momento, sem que haja qualquer preocupação no que refere à edificação de um sistema punitivo fundado em garantias e valores constitucionais, a exemplo da proporcionalidade.

Em seguida, o capítulo 4 tratará do aparecimento de novos “microsistemas jurídicos”, marcados essencialmente por um Direito Penal secundário ou extravagante, contido em leis avulsas não integradas ao Direito codificado, como resultado do seu panorama expansionista.

A superprodução legislativo-penal, pretensa a dar respostas imediatas aos conflitos sociais, como forma de atender a determinados interesses, acaba por gerar uma insegurança jurídica, em face do excesso de particularismo e da falta de técnica na edição das normas penais.

Com isso, mediante o impreciso e constante incremento da legislação repressiva, as incongruências legislativas são geradas, provocando sérios entraves ao bom funcionamento do sistema criminal, bem como obstaculizando a efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo.

Vícios desta natureza são encontrados claramente nos crimes funcionais de corrupção, na medida em que o grande número de leis especiais destinadas a regular a matéria culminam por incriminar condutas de funcionários públicos sem o tratamento adequado em face do Código Penal e dos princípios vetores que o regem.

A partir daí, o estudo desenvolve-se sob uma perspectiva crítica e valorativa acerca da utilização da proporcionalidade, em especial na sua feição estrita, perante a criminalização e estabelecimento, abstrato e concreto, dos limites punitivos que recaem sobre os atos corruptivos.

A despeito da exigência da proporcionalidade transitar ao longo de todo o processo e formação e materialização do Direito Penal, merecerá um realce especial o seu emprego na atividade judicial, porquanto significa o exercício de um juízo axiológico concreto, mediante o qual a distância entre a mera cominação sancionatória abstrata e o caso particular é diminuída, objetivando ser extraída uma pena legítima e proporcional.

Não poderá deixar de ser observada, portanto, a atuação jurídico-penal do magistrado atual, porquanto lhe seja oferecida determinada parcela de discricionariedade, respaldada pela aplicação da proporcionalidade, a qual permite que o processo de individualização da pena não constitua um apego ao dogmatismo tradicional, à neutralidade lógica e dedutiva e ao silogismo formalista e burocrático, senão uma produção originária e constitutiva, dotada de sentido ontológico, capaz de cumprir a finalidade transformadora que compete ao Direito.

À derradeiro, o controle de constitucionalidade aparece como ferramenta necessária a dar efetivação à função social do Direito, pois é através dela que o juiz consegue alcançar a materialização de uma vida jurídica mais coadunada com os princípios e

valores democráticos, afastando do sistema jurídico os inúmeros equívocos legislativos e incongruências normativas, como aqueles apontados nos crimes funcionais de corrupção.

Na condição de mecanismo de garantia da supremacia das normas constitucionais, o controle de constitucionalidade deve ser invocado, neste caso, perante as normas penais que tratam dos delitos de corrupção, praticados por funcionários públicos, quando verificada a conspurcação do preceito supremo de observância da proporcionalidade, enquanto instrumento de aprofundamento na defesa das garantias democráticas do cidadão.

Embora incontestado o reconhecimento acerca da premente necessidade em ser freada e combatida a criminalidade de cunho corruptivo, em razão do seu alto grau de nocividade, o Direito Penal não pode transformar-se em mero veículo da mensagem a ser transmitida, privilegiando o aspecto formal e simbólico constantes nos textos dos tipos penais, senão estar sintonizado à nova realidade, para que, por meio de um exercício crítico de reflexão, a legislação infraconstitucional seja contaminada e adequada a gama principiológica da Lei Maior, de modo a garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

Há de ser notada, ao fim do trabalho, a ausência de pretensão em ter esgotado possíveis discussões que envolvem o fenômeno da corrupção, justamente em razão da pluralidade de perspectivas que a matéria exhibe, senão a incansável busca em promover uma análise crítica relativa ao tratamento jurídico que lhe é dispensado, como forma de cessar seus efeitos danosos como a subversão do sistema jurídico e o solapamento das instituições públicas democráticas.

2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO

2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO E A NOVA ORDEM PÓS-POSITIVISTA

Com o pós-guerra, é apresentado ao mundo um novo modelo de Estado: o neoconstitucionalismo. Em que pese o prefixo “*neo*” indique um sentido de inovação, transmitindo a idéia de um fenômeno completamente novo, diverso daquilo que o antecedeu, o estado do constitucionalismo contemporâneo traz em sua essência não apenas elementos particulares, senão marcas de doutrinas antecessoras ao seu surgimento. (BARCELLOS, 2008, p.131)

A chegada ao estágio atual do constitucionalismo contemporâneo não pode ser compreendida alheia ao processo evolutivo do pensamento jurídico. As mudanças e transições das teorias jurídicas ao longo do tempo não se dão de maneira rígida, independente e de oposições taxativas capazes de pôr em completa contradição as idéias novas às anteriores, havendo sempre uma carga de inspiração derivada de fases prévias.

Tratar do desenvolvimento do Direito não é estabelecer uma mera seqüência de pontos, tal qual uma figura geométrica, ou traçar friamente uma sucessão de fatos e dados, mas trazer à baila entrelinhas e planos intermediários capazes de integrar limites, numa clara formação de um processo histórico completo, no qual as raízes e origens encadeiam uma “indagação continuada”. (SALDANHA, 2000, p.4-5)

Nesta ordem de idéias, sem romper definitivamente com as correntes precedentes, o novo paradigma pós-positivista, erigido no formato neoconstitucionalista de Estado, buscou a devida adequação à nova realidade imposta, para a superação do conhecimento convencional. Isto é, escapa à pretensa literalidade, sem o desprezo da carga científica do Direito consagrada pelo positivismo, bem como retoma os fundamentos axiológicos jusnaturalistas¹, enquanto densificações de valores fundantes da ordem jurídica, a fim de

¹ “Depois da II Guerra Mundial, a doutrina do direito natural esteve em efervescência, novamente. Afirma-se, categoricamente, que houve um evidente retorno ao direito natural. Este direito natural renovado, vinculado à fase contemporânea, está “revestido” de um conceito que afasta a admissão em sua formulação das pretensões de imutabilidade e validade eterna e universal dos princípios vinculados ao antigo direito natural. Nesse sentido, fala-se hoje, inclusive, de um jusnaturalismo deontológico, caracterizado como uma forma de jusnaturalismo que toma o direito natural entendido como “dever ser do direito” ou “direito ideal” constituindo-se, também, em uma teoria complementar ao positivismo metodológico.” (DUARTE, 2006, p.52)

promover, através da união entre tais figuras, a reaproximação do Direito à ética. (BARROSO, 2008, p.28)

Assentada, pois, no fracasso do positivismo avalorativo², a partir da II Guerra Mundial, a perspectiva neoconstitucionalista extrai fartas contribuições dos períodos antecedentes, trazendo em seu bojo características exclusivas/específicas, teses e propriedades fundamentais, de natureza metodológico-formal e material, as quais figuram como base estrutural de uma nova ordem.

Sob os influxos da teoria constitucionalista contemporânea, o cenário jurídico sofreu uma verdadeira revolução, especialmente naquilo que se refere a concepção e interpretação constitucional, o que levou a uma transformação no paradigma hermenêutico, até então dominante, irradiado em toda a ordem jurídica.

O sentido do paradigma neoconstitucionalista, por sua vez, é compreendido, ordenado e qualificado de maneira particular pela doutrina, partindo, no entanto, de um ponto comum, qual seja o contraponto com as noções próprias do paradigma positivista legalista, predominante ao longo do século XIX.

Antes de se proceder às críticas formuladas ao pensamento positivista, mister se faz traçar algumas de suas características fundamentais, enquanto herança metodológico-histórica, a fim de demonstrar as bases que sustentaram a emergência de um novo paradigma, identificado no âmago da teoria neoconstitucionalista, conforme se verá a seguir.

2.1.1 O Estado de Direito e o positivismo legalista

O constitucionalismo ou os “movimentos constitucionais” ganharam forma, na sua acepção tradicional, perante o Estado Moderno, tendo cada um deles suas próprias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados, fazendo de cada movimento uma particularidade. (CANOTILHO, 2003, p.51)

² “Com efeito, a mudança do cenário histórico-institucional provocado pela I Guerra Mundial produziu faticamente no momento pós-guerra um sentimento de desconfiança nos postulados da neutralidade e da formalidade da lei geral e abstrata, inerentes à conformação do Estado de Direito legislativo, pois que estes princípios tornavam-se incapazes de acompanhar (e de realizar) as pretensões e finalidades emergentes da necessária ampliação das funções do Estado advindas do *politeísmo dos valores* imerso nos processos sociais.” (DUARTE, 2006, p.16)

Com o Estado liberal francês, a idéia de constitucionalismo é aferida a partir da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 e da Constituição, de 1791, quando surgem aspectos centrais como, por exemplo, a separação dos poderes, os direitos fundamentais, a democracia representativa, o afastamento do Estado, dentre outros. (BEZERRA, 2007, p.49)

Sob esse novo contexto, é conferida à lei uma posição de primazia, circunstância esta que aliada ao contexto já delineado anteriormente formam um conjunto de elementos que passam a figurar como peças basilares capazes de nortear a formação do paradigma positivista, a seguir demonstrado.

Falar em positivismo, porém, não significa tratar acerca de uma teoria certa e determinada. Isto porque o termo “positivismo” não é unívoco, podendo ser remetido às perspectivas de cunho sociológico, filosófico ou científico. Encarado no seu sentido amplo, o positivismo pode ser entendido como a crença ambiciosa na ciência e nos seus métodos, ao passo que seu sentido estrito remete ao pensamento de Auguste Comte, conhecido como o positivismo eclético³.

Merece destaque, num primeiro momento, o positivismo filosófico enquanto fruto de uma idealização do conhecimento científico, em que a atividade intelectual é regida por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana. Tudo passa a ser ciência. A ciência é o único conhecimento verdadeiro, livre de indagações teológicas ou metafísicas, especulações e abstrações. O conhecimento deve ser objetivo, fundado na distinção entre sujeito e objeto, valendo-se do método baseado na observação e na experimentação. (BARROSO, 2008, p.23-24)

Importada tais idéias do positivismo filosófico para o Direito, o positivismo jurídico conquistou espaço mediante a pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. Na busca da objetividade científica, a teoria jurídica empenhava-se no desenvolvimento de noções e conceitos dogmáticos, reduzindo o Direito ao conjunto de normas em vigor, tornando-o um sistema perfeito e acabado.

³ O positivismo de Comte tem como espinha dorsal a “Lei dos três estados”, segundo a qual o conhecimento humano havia atravessado três estágios históricos: o teológico, mediante o qual o homem explica a realidade em fundamentos supranaturais; o metafísico, como ponto intermediário entre a teologia e positividade; e o positivo ou científico, no qual a busca por respostas se dá através da observação e constatação.

Toda esta idealização do conhecimento científico primeiramente aplicado às ciências exatas e naturais fora remontada ao Direito em decorrência da supervalorização da razão humana, acreditando-se haver uma verdade universal, um único conhecimento válido e uma lei invariável.

O surgimento de tendências de caráter jurídico-positivista pode ser notado a partir da ebulição dos movimentos de codificação do Direito, decorrentes da sistematicidade científica consolidada na França no século XIX. Assume, então, o Código Napoleônico o papel de elementar referência acerca do culto à legislação, a fim de que os documentos legislativos agrupassem e organizassem sistematicamente as normas, numa tentativa de promover a identificação entre Direito e lei (BARROSO, 2008, p.22).

Dividido entre o triunfo e a sua superação histórica, o Direito natural é enfrentado pela concepção positivista como algo metafísico e anticientífico, de modo que tudo aquilo que se encontra fora do ordenamento positivo não é válido, devendo ser afastada qualquer tipo de abstração e relatividade.

A metafísica como fundamento do Direito é frontalmente refutada por constituir um fator de insegurança, casuismo e de imprevisibilidade, particularidades incompatíveis com o ideal positivista, por meio do qual o Direito representaria uma ciência cientificamente organizada, coerente e completa.

Na concepção positivista, o Direito não se liga à moral, de modo que seu entendimento deve partir da análise de conceitos legais, sem que haja qualquer interferência de questionamentos sociológicos, políticos, religiosos ou éticos. É a lei, na sua acepção pura, distante de elementos valorativos, o único objeto de estudo técnico-científico do intérprete jurídico.

Entenda-se por lei, sob o prisma positivista, não apenas as legislações infraconstitucionais, senão a própria Constituição, ainda que sendo uma lei fundamental, sobre a qual recaem as regras da hermenêutica jurídica clássica aplicáveis a todas as outras normas legais, ficando a interpretação constitucional reduzida a um apêndice dos critérios gerais de interpretação. (MELLO, 2012, p.4)

Na senda intelectual de Norberto Bobbio (1995, 135), o Direito deve estar fincado em juízos de fato ou de validade, uma vez que estes representam as vias possibilitadoras de

promoção do conhecimento objetivo da realidade, ao revés do que guardam as noções subjetivas ou pessoais, oriundas de meros juízos de valor.

Ante a prevalência da declaração sobre a criação, a atividade judicial como fonte de direito guarda um caráter secundário, no sentido de colmatar lacunas, estando, nesta fase, renegados os princípios e a equidade, uma vez que todo o processo de interpretação deve se dar por meios mecanicistas, formais e avalorativos. (MELLO, 2012, p.5)

Muito embora a doutrina positivista tenha inserido os princípios no sistema jurídico, estes exerciam tão somente uma função supletiva, sendo aplicados exclusivamente nas hipóteses em que a lei fosse omissa, desligados de qualquer cunho valorativo. Nesta fase, não se concebe mais a validade da norma a partir da sua justeza, conforme ideais jusnaturalistas, mas passa-se a julgar uma norma como justa, se esta for válida.

Floresce, assim, uma cultura formalista, pautada na objetividade científica do Direito, indiferente a qualquer aspecto moral e axiológico. Esta nova corrente que se formava tinha como pilar de sustentação o reducionismo do fenômeno jurídico, mediante o qual o Direito era a própria lei posta, submetendo-se inteiramente ao mero processo lógico-dedutivo entre fato e norma.

Sob esta ótica positivista, o Direito estava limitado a mero instrumento de comando emanado do Estado, no qual seu conteúdo e fins eram desvalidos. O que se pretendia com isso era o alcance da certeza, estabilidade e segurança jurídica, de modo que as relações sociais estariam calcadas na previsibilidade dos conteúdos normativos. (GODOY, 2007, p.1)

Com arrimo no escólio de Castanheira Neves (1995, p.307-308), é possível salientar resumidamente as características metodológicas basilares do pensamento positivista: a) seria o Direito uma “entidade racional subsistente em si”; b) seria o sistema jurídico um “sistema normativo unitariamente consistente (sem contradições), pleno (sem lacunas) e fechado (auto-suficiente)”; c) a decisão jurídico-normativa seria conduzida por uma operação lógico-silogística com os fatos; d) a decisão jurídica deveria ser examinada tão somente a partir de critérios formais, sem que houvesse qualquer tomada de valoração normativa.

Em que pese a união de esforços à transformação do Direito num sistema perfeito e acabado, o positivismo jurídico estava fadado ao insucesso justamente em razão das características que revestem a essência do fenômeno jurídico, enquanto reflexo de uma realidade cambiante, em constante variação, impossível de ser regulada exhaustivamente.

Noutras palavras, sendo o Direito um fenômeno fundamentalmente social, tudo aquilo que se encontra em descompasso com suas finalidades ou não corresponde mais aos anseios de uma realidade social perde sua legitimidade. É neste esteio que se verifica a crise e decadência do positivismo jurídico.

Reconhecida a insuficiência do modelo positivista, fomentou-se a inserção de elementos axiológicos e direitos fundamentais ao ordenamento positivo, a fim de torná-lo um sistema pluralista, dinâmico e aberto. Ergueu-se, a partir daí, o novo paradigma hermenêutico-jurídico a que se deu o nome de pós-positivismo (SOARES, 2012, p.1).

2.1.2 Pós-positivismo e neoconstitucionalismo

Já na segunda metade do século XX restou constatado que o Direito já não cabia mais no positivismo jurídico. A identidade quase absoluta entre Direito e lei, a separação rígida da ética e o discurso meramente científico não correspondiam aos interesses e expectativas de um período voltado ao patrocínio e efetivação dos direitos humanos.

Não que fosse pretendido o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva, mas que fosse promovido o retorno aos valores, numa reaproximação entre ética e Direito, sem que houvesse, para tanto, o ímpeto da completa desconstrução do pensamento positivista. (BARROSO, 2008, p.28)

Surge, então, com o pós-guerra a preocupação em concretizar e dar máxima efetividade aos direitos do indivíduo. Com isso, não basta apenas limitar o poder estatal, volvendo-o a segundo plano, senão garantir de forma plena e extensiva os direitos fundamentais. Menos legalidade, mais efetividade. É sob este trilho que será desenvolvido o marco filosófico do pós-positivismo, próprio do modelo neoconstitucionalista. (MELLO, 2012, p.7)

O novo modelo constitucional implantado com o final da Segunda Grande Guerra tem como principal referência a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã), de 1949 e,

especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, instalado em 1951, através do qual teve início a uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do Direito Constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica, irradiando-se, mais tarde, aos países ibéricos e latino-americanos inseridos num processo de redemocratização. (BARROSO, 2007, p.3)

Impõe-se, nesse sentido, a superação do modelo constitucionalista tradicional. Para isso, revela-se um marco teórico fundado na grande transformação que subverteu o conhecimento convencional relativamente à aplicação do Direito Constitucional que é o novo espaço ocupado pela Constituição, tendo esta ganhado normatividade, superioridade, centralidade e uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 2007, p.5)

Com efeito, o novo destino reservado à carta constitucional dentro do ordenamento jurídico representa a sua nova tendência, a qual não está mais restrita ao aspecto de norma de autorização e limite do direito infraconstitucional, senão apresenta o conteúdo basilar de todo o sistema, em decorrência da carga axiológica que passa a receber a partir da instituição de um novo paradigma. (DUARTE, 2006, p.81)

Ligado ao sentido do neoconstitucionalismo teórico, trazido por Paolo Comanducci (2002, p.98), o documento constitucional passa ser analisado na sua estrutura e no papel que exerce frente aos sistemas jurídicos contemporâneos. Vale-se, então, de um espaço central na consolidação da nova ordem constitucional.

Uma das grandes mudanças que se observa nesta virada de paradigma assumida ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional o status de norma jurídica. Significa dizer que a Constituição deixa de ser vista como um instrumento meramente político e assume a qualidade de documento jurídico, mediante o qual é lograda a realização do conteúdo constitucional. (HESSE, 1991, p.15-16)

Nesse rumo, é reconhecida a força normativa da Constituição, capaz de revelar seu caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, irradiando-se por toda ordem jurídica. As normas constitucionais começam a gozar de imperatividade, possuindo eficácia e aplicação direta, de maneira que sua observância independe da existência de determinado ato jurídico ou lei. (BARROSO, 2007, p.6)

Em decorrência da nova áurea de supremacia que ilumina a Constituição, em face do modelo neoconstitucionalista, a interpretação constitucional sofre conseqüente mutação. Em poucas linhas, podem ser traçadas as seguintes características do novo processo interpretativo da Constituição: a) sincretismo metodológico; b) análise tópica dos fatos; c) intérprete como co-participante do processo de criação do Direito, lançando mão de valorações de sentido às cláusulas abertas e realizando escolhas entre soluções possíveis. (BARROSO, 2007, p.8-9)

Ante a sua nova feição, a Carta Magna apresenta-se como uma ferramenta indispensável ao formato neoconstitucionalista, à medida que assegura a finalidade do Estado constitucional em realizar ou satisfazer os direitos básicos. É, portanto, a garantia mais plena para o exercício dos direitos fundamentais, respaldada no seu caráter rígido e normativo⁴. (MELLO, 2012, p.13)

Importante elucidar que a condição de supremacia que envolve a Constituição não representa um dogma ou um valor em si mesmo, senão um meio de otimizar os direitos fundamentais⁵. Ou seja, num Estado Democrático a limitação do poder estatal já não ocupa mais uma posição central, senão dá-se maior relevância aos mecanismos úteis à defesa dos direitos fundamentais, uma vez que o Estado deixa de ser encarado com desconfiança e estranheza. (PEÑA FREIRE, 2003, p.33)

Com base nas idéias apresentadas acima, Paolo Comanducci (99-100) desenvolve a noção do neoconstitucionalismo ideológico, o qual se contrapõe parcialmente à ideologia constitucionalista tradicional, justamente naquilo que toca à mudança de foco na atuação estatal. Se o constitucionalismo, dos séculos XVIII e XIX, tinha a

⁴ Acerca do papel da Constituição na luta e tutela dos direitos fundamentais, Vieira de Andrade (2006, p.2) afirma ser a dimensão constitucional a esfera na qual é assegurada a defesa mais avançada, mais profunda e mais concreta dos direitos fundamentais. Isto em razão do seu elevado grau de positividade concretizadora, bem como pela garantia de aplicação efetiva, decorrente da especial força jurídica dos preceitos constitucionais.

⁵ Numa visão coadunada com o Estado Constitucional Democrático de Direito, os direitos fundamentais devem ser compreendidos em sua dupla dimensão. Isto é, "não se limitam a função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos." (CUNHA JÚNIOR, 2008, p.591). Nesse mesmo sentido, Canotilho (1993, p.541) estribilha: "a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)."

preocupação maior em limitar o poder do Estado, a ideologia neoconstitucionalista se volta ao objetivo primevo de garantir os direitos fundamentais.

Para revelar seu sentido, o neconstitucionalismo ideológico não deve estar limitado à descrição dos logros do processo de constitucionalização, mas os valorar positivamente e patrocinar sua defesa e ampliação. Com efeito, destaca-se a importância dos mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais, os quais podem ser executados através da ação conjunta e ordenada entre legislativo e judiciário, visando sempre a efetividade e garantia de tais direitos previsto na Constituição. (COMANDUCCI, 2002, p.100)

É a Constituição o instrumento supremo de consagração dos direitos fundamentais (MELLO, 2012, p.17). Neste específico sentido, recai sobre a carta constitucional, na qualidade de norma, um modelo interpretativo axiológico, de maneira a fixar uma interpretação constitucional particular, batizada por Comanducci (2002, p.101) como o neconstitucionalismo metodológico.

O neoconstitucionalismo metodológico se refere à tese de conexão necessária, identificativa e/ou justificativa, entre Direito e moral, mediante a qual os princípios constitucionais e os direitos fundamentais formam uma ponte entre tais pontos, considerados incomunicáveis pelo positivismo metodológico e conceitual. (COMANDUCCI, 2002, p.101)

A partir de um modelo axiológico da Constituição, concebida como norma, portanto, é que se distingue a doutrina neoconstitucionalista daquela tradicional, pelo fato de rechaçar a adoção de um modelo puramente descritivo da norma constitucional, a qual deve ser compreendida em razão do conteúdo que expressa e não por conta do sujeito que tenha formulado o documento. (POZZOLO, 1998, p.342)

Noutro dizer, a adoção do modelo axiológico da Constituição representa uma via de união entre o discurso jurídico e a moral, de modo que sua interpretação não pode prescindir de valorações éticas. Não basta traduzir o sentido comum das palavras empregadas na disposição, senão extrair desses comandos algum sentido moral da Constituição.

“El modelo axiológico de la constitución concebida como norma rechaza la concepción del siglo XVIII que considera tal documento normativo una barrera contra el poder. Este modelo, por el contrario, identifica en la constitución un objetivo, una guía, para el legislador, a la que no solo debe

adaptarse, sino que debe desarrollar, tiende, em definitiva, a configurar el documento constitucional como un instrumento capaz de modelar las relaciones sociales, y no como un mero instrumento de limitación del poder político y garantía de derechos individuales.” (POZZOLO, 1998, p.347)

Apontado como elementar propriedade do paradigma neoconstitucionalista, o judicialismo ético-jurídico reflete a exigência destinada aos operadores jurídicos em, cada vez mais, elaborar juízos de adequação e juízos de justificação com natureza ética acompanhados das técnicas estritamente subsuntivo-jurídicas, através dos quais a dimensão de justiça pretendida pela aplicação judicial será composta pela conexão entre Direito e moral. (DUARTE, 2006, p.67)

Umbilicalmente atrelado está o interpretativismo moral-constitucional, o qual parte do pressuposto que o “intérprete constitucional considere que a iniludível intervenção dos juízos de valor levados a efeito no exercício da discricionariedade judicial deve levar em conta os valores morais de pessoa humana e conferir, em última instância, a efetivação dessas na aplicação da Constituição.” (DUARTE, 2006, p.68)

Ainda acerca da interpretação moral da Constituição, cabe sublinhar que o texto constitucional deve ser concebido em bases principiológicas, ou seja, interpretado à luz de alguns princípios superiores, enquanto *standards* normativos, valores morais positivados, os quais para serem compreendidos requerem considerações morais.

A incorporação explícita de valores, por sua vez, é eleita como um dos elementos caracterizadores do neoconstitucionalismo, sob o ponto de vista material, reforçando a idéia de que a normatização de princípios tornou-se indispensável ao desenvolvimento de uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica aos direitos fundamentais. (BARCELLOS, 2008, p.134)

Ao sintetizar os valores abrigados pelo ordenamento jurídico, os princípios conferem unidade e coerência ao sistema, na medida em que integram suas diferentes partes e atenuam tensões normativas, servindo de guia ao intérprete na busca da solução mais adequada para o caso em apreço.

É bem verdade que a mera existência desses valores não constitui nenhuma novidade, senão sua normatividade, característica que lhe confere o *status* de norma jurídica, superando a crença de que estariam reduzidos a mera dimensão axiológica, ética, desprovidos de eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. (BARROSO, 2008, p.30)

Afirmar que se vive, hoje, a euforia do “Estado Principiológico” (ÁVILA, 2004, p.15) é constatar o realce dispensado aos princípios, porquanto, deixam de lado o papel secundário que lhes era atribuído anteriormente para se fixarem em um patamar diferenciado na estruturação da ordem vigente, com o fito de orientar as noções e atividades jurídicas, na qualidade de norma jurídica vinculante.

A instituição dos princípios confere um maior grau de concretização ao conjunto de valores que norteiam o sistema jurídico, refutando o mero aspecto abstrato e transformando-os em verdadeiros fundamentos da Ciência Jurídica, mediante os quais irão se firmar as leis, numa espécie de alicerce do próprio Direito⁶. (BARROS, 2006, p.15)

Por tudo que se expôs até agora, a doutrina identifica diversas funções incumbidas aos princípios, destacando-se, dentre elas, aquelas eleitas por Canotilho (2003, p.1163), quais sejam a função normogenética e sistêmica. A primeira diz respeito à condição de vetores responsáveis pelo direcionamento a elaboração, alcance e controle das normas jurídicas. A segunda, por sua vez, reflete a necessidade de se instaurar um exame dos princípios de forma globalizada, a fim de se obter uma visão unitária do texto constitucional.

O rol de função e importância dos princípios, entretanto, não para por aí, haja vista a extensa diversidade de opiniões externadas pelos estudiosos acerca do assunto. A título de síntese, calha trazer a lição sucinta e esclarecedora de Miguel Reale (2002, p.317), a qual impõe aos princípios gerais do Direito a qualidade de bases teóricas ou razões lógicas do ordenamento jurídico, que deles recebe o seu sentido ético, a sua medida racional e a sua formação vital ou histórica.

Os princípios figuram como partes viscerais à formação da ordem jurídica vigente. Considerados as vigas mestras do edifício jurídico, outorgam-lhe vida e sentido, pois toda e qualquer experiência jurídica restará marcada pelo aspecto principiológico. Fecundam, portanto, as diretrizes normativas do ordenamento, o qual passa a ser composto não apenas por valores ou regras de direta aplicação, mas pela coexistência pacífica desses dois elementos distintos, porém, complementares.

⁶ É, pois, a condição de alicerce de uma ordem jurídica atribuída aos princípios, enquanto idéias diretivas, que impossibilita a manutenção de um sistema dedutivo. (LARENZ, 1997, p.676)

2.1.3 Os princípios e as regras jurídicas

Não é outra a missão do sistema científico, senão a de tornar visível e mostrar a conexão de sentido inerente ao ordenamento jurídico como um todo coerente⁷. Para isso serve a descoberta dos princípios diretivos e sua concretização nos conteúdos regulativos, de modo a ser evidenciado que sob as regras do Direito incide uma conexão de sentido, ou seja, não se tratam de mera aglomeração de normas particulares advindas da arbitrariedade do legislador ou de outros fatores mais ou menos casuais. (LARENZ, 1997, p.694)

Conferir unidade interna de sentido ao Direito é recorrer a uma derivação da idéia de justiça não de tipo lógico, mas antes de tipo valorativo e axiológico, fora do âmbito da lógica formal, o que afasta a tentativa de se conceber a ordem jurídica como um sistema lógico-formal ou axiomático-dedutivo. (CANARIS, 1996, p.30)

Parece incontestável, portanto, a idéia de que o Direito não é formado tão somente por determinações reguladoras, prescritivas de conduta, senão por um conjunto de normas jurídicas que integram o sistema e nele se inserem, conferindo-lhe um propósito. (GRAU, 2008, p.165) As regras e os princípios, embora estejam ligados à consecução do fim primordial em dar coerência e unidade ao Direito, evidenciam marcantes distinções entre si, sejam elas de cunho conceitual, funcional ou da sua própria essência.

A diferenciação de tais espécies normativas ganha, cada vez mais, força na discussão doutrinária, de modo a alargar o horizonte de perspectivas, indo além do simples exame tradicional. Contudo, o presente tópico não reservará especial atenção ao tema, mas apenas estabelecerá sucintamente as bases distintivas de tais elementos normativos, fundamentando-se particularmente nos escólios de Ronald Dworkin e Robert Alexy, em razão da profunda influência que cumpriram na solidificação do novo paradigma pós-positivista.

Partindo de uma dissociação puramente etimológica, o princípio nada mais é que a causa primária, origem ou ponto de partida, ao passo que a regra significa aquilo que

⁷ Na mesma linha, Canaris acentua que, a partir das características essenciais do conceito geral de sistema, qual sejam a ordem e a unidade, a função do sistema na Ciência do Direito reside, por consequência, em traduzir e desenvolver a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica. Aquilo que não seja capaz de exprimir tais exigências serão consideradas como inutilizáveis ou, pelo menos, de utilização limitada, a exemplo do que ocorre com o sistema axiomático-dedutivo. (CANARIS, 1996, p.280)

regula, dirige, rege ou governa; considerada uma fórmula que indica ou prescreve o modo correto de agir, num caso determinado.

Considerado como franco opositor às idéias positivistas, Dworkin inicia a produção de uma nova teoria do Direito, edificada especialmente na efetividade e aplicabilidade dos princípios, competindo-lhes o papel fundamental na interpretação e decisão de um problema jurídico, a exemplo dos *hard cases*.

O Direito compreendido pelos positivistas, como um sistema estático composto tão somente por regras, é exaustivamente criticado ante o caráter lacunoso que se apresenta ao ordenamento, devendo o magistrado recorrer a critérios não lógico-formais na tomada de decisão, quais sejam os princípios. Tais espécies normativas, portanto, ostentam traços distintos, determinantes na delimitação de sua natureza e função.

A diferença imediata entre regras e princípios funda-se na sua natureza lógica. Isto é, as regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada, por meio de uma operação subsuntiva, ao passo que os princípios não apontam em determinada direção, não apresentam conseqüências jurídicas automáticas, não fazem referência direta ao caso a ser solucionado, mas orientam em sentidos diversos, exigindo do aplicador sua particular avaliação e sopesamento (DWORKIN, 2010, p.39-40).

Na ocorrência do fato legalmente previsto, a regra incide de modo direto e automático, produzindo seus efeitos, haja vista a objetividade do comando. Noutra linha, os princípios não gozarão de uma incidência maquinal, uma vez que se prestam às escolhas fundamentadas do intérprete, sendo aplicados por meio da técnica ponderativa. (BARROSO, 2008, p.31)

Calha observar que a técnica da subsunção, própria do juspositivismo, se aplica à concepção do Direito composto exclusivamente de regras, de modo que não seria adequado para um direito composto também por princípios, de natureza constitucionalmente dúctil – isto é, ao mesmo tempo permeável e flexível-, se valer de instrumentos severamente dedutivos, senão apenas com instrumentos equitativos mais moldáveis ou de razoabilidade prática. (POZZOLO, 2006, p.106)

Em seqüência, elege-se como traço diferenciador a dimensão do peso ou importância inerente apenas aos princípios, a qual consiste na apreciação concreta da força relativa de cada princípio, quando estes se entrecruzam. Ou seja, na hipótese de haver

concorrência entre princípios, a antinomia principiológica jamais poderá ser resolvida através do método do tudo-ou-nada, mas a decisão deverá estar pautada num juízo de ponderação, mediante o qual o peso dos princípios concorrentes será relativizado, sem que haja exclusão ou invalidade daquele princípio preterido (DWORKIN, 2010, p.42-43).

Mediante a ponderação de valores, é possível estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos, já que não há um critério abstrato capaz de impor a supremacia de um sobre o outro, recorrendo-se, à vista do caso concreto, à realização de concessões recíprocas, a fim de que seja sacrificado, ao mínimo, cada um dos princípios ou direitos fundamentais, na produção de um resultado socialmente desejável, alinhado ao ideário constitucional. (BARROSO, 2008, p.32-33)

Ainda que inaugurais, as lições dworkinianas, por sua vez, contribuíram e fomentaram profundamente o desenvolvimento de modelos outros à separação de regras e princípios, dentre os quais se faz digna a referência ao ensinamento de Robert Alexy.

A despeito de reconhecer o teor de generalidade e abstração que separam as regras dos princípios, Alexy afirma que a dessemelhança restrita a esta particularidade quantitativa representa uma tese fraca, incapaz de revelar a diferenciação essencial, ao revés do que apresenta a tese forte, respaldada especificamente no critério qualitativo.

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (...) Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se a regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. (...)” (ALEXY, 2008, p.90-91)

Significa dizer que os princípios não exigem a realização integral do seu dispositivo, podendo ser aplicados em diferentes graus, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, ao contrário do que requer a regra, em face do seu caráter de obrigação definitiva, devendo ser aplicada por completo, refutando-se qualquer tipo de variação de grau. Por conta dessas características, os princípios conteriam mandamentos *prima facie*, ao revés do caráter definitivo das regras (ALEXY, 2008, p.104).

Nesta linha, Alexy (2008, p.95-96) se aproxima do contributo trazido por Dworkin ao sugerir como solução às antinomias de regras e princípios o reconhecimento da cláusula de exceção e a relação de precedência condicionada, respectivamente. Presente um conflito de regras, este deverá ser resolvido pela declaração de invalidade de uma delas, através dos clássicos critérios da cronologia, hierarquia e especialidade, enquanto que a colisão de princípios será dirimida por meio do sopesamento dos interesses conflitantes, apurando-se a importância e prioridade concreta de cada um deles, sem que haja exclusão de um dos princípios do sistema jurídico vigente, mas tão somente sua aplicação mitigada.

Mais tarde, municiado de todas as diretrizes acima apontadas e construídas, Canotilho (2003, p.1160-1161) sintetiza didaticamente as diferenças entre princípios e regras, a fim de demonstrar a importância na identificação das particularidades de cada espécie normativa, enquanto elementos formadores de uma ordem jurídica pluralista e aberta.

“a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.

b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.

c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

d) Proximidade de ideia de direito: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

e) Natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.”

Imaginar um modelo constituído tão somente por regras ou princípios é conceber um sistema frágil, limitado e incompleto. Isto porque a existência única de regras conduziria a uma ordem restrita, sem espaço livre para sua a complementação e desenvolvimento, bem como a presença exclusiva de princípios levaria a um formato baldio de segurança jurídica, ante seu aspecto de indeterminação (CANOTILHO, 2003, p.1162).

Com isso, o ordenamento jurídico deve ser compreendido mediante uma perspectiva principialista aplicada às regras, possibilitando, assim, uma aceção dinâmica, dialógica

e integradora, sem que prevaleça um elemento normativo em prejuízo ao outro, sob pena de se interferir no funcionamento equilibrado do sistema.

Em meio a este manancial de idéias, formadoras da perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito, possibilitou-se a edificação de uma moderna hermenêutica constitucional, sustentada essencialmente na percepção da ordem jurídica como um sistema aberto de valores, tendo como ponto referencial a permeabilidade da Constituição a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real. (BARROSO, 2008, p.35)

Ao conceber o sistema interno como um sistema aberto, Larenz (1997, p.693) alerta para a ocorrência de possíveis mutações na espécie de “jogo concertado” dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, da descoberta de novos princípios, seja em virtude de alterações legislativas ou de novos conhecimentos da ciência do Direito.

A abertura a que se trata pode guardar referência tanto à incompletude do conhecimento científico, em que se possibilita o progresso no conhecimento, como à mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais, uma vez que se refere diretamente ao próprio objeto da Ciência do Direito, como um fenômeno situado no processo da História e, por isso, mutável. (CANARIS, 1996, p.281)

Neste viés, é demonstrada a natureza do sistema como uma unidade de sentido de uma ordem jurídica concreta, não estática, senão dotada de dinamicidade, em que apresenta uma estrutura da historicidade, por meio da qual as pautas de valoração determinantes podem sofrer alterações ao longo da evolução histórica da cultura jurídica.

Em razão da justa variação no âmbito valorativo dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico, em decorrência do seu surgimento em diferentes graus de evolução histórica, não há como atingir o ideal da plena concordância valorativa de todas as normas e resoluções, recorrendo-se, para tanto, às ferramentas hábeis de produzir uma integração, ainda que provisória, de tais idéias contrapostas. (LARENZ, 1997, p.695-696)

Sob este cenário, o princípio da proporcionalidade ganha robustez, enquanto elemento formador do processo de substancialização do sistema, como um instrumento imprescindível ao uso da técnica de balanceamento, pois representa a noção de justa

medida, de equilíbrio, indissociavelmente ligada à idéia de justiça. (LARENZ, 1997, p.684)

2.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A idéia da proporcionalidade enquanto princípio tem sua origem atrelada à evolução dos direitos e garantias individuais do sujeito, entre os séculos XVII e XVIII, quando se verifica a transição de um Estado Absolutista para um Estado de Direito, no qual é inaceitável qualquer atuação ilimitada do monarca perante seus súditos (BARROS, 2006, p.29-30).

Tendo como pano de fundo o Estado de Direito burguês, norteador pela doutrina iluminista, o princípio da proporcionalidade surge basicamente para impor limites à ação do Poder Executivo, na medida em que pugna pelo respeito à liberdade individual e aos direitos do cidadão, em detrimento das constantes restrições administrativas.

Num primeiro momento, o princípio da proporcionalidade passa a fazer parte do Direito Administrativo, uma vez que figura como elemento limitador ao poder de polícia, ganhando sua formulação atual, na qualidade de princípio constitucional assegurador dos direitos fundamentais, apenas ao fim da Segunda Guerra Mundial, quando os tribunais alemães começaram a proferir sentenças restritivas ao então poder excessivo dos legisladores, ante as crueldades experimentadas pelo povo alemão, na era Hitler.

Foi então que adveio, em 23 de maio de 1949, a Lei Fundamental Alemã, a qual detinha a obrigação de assegurar os direitos fundamentais, na medida das leis, vinculando diretamente a atuação dos legisladores e órgãos judicantes aos parâmetros representados por tais direitos, constitucionalmente consagrados (REZEK NETO, 2004, p. 17).

O marco paradigmático do fortalecimento e afirmação do princípio da proporcionalidade é identificado pelo “caso dos remédios”, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, em junho de 1958. Tratava a questão de uma lei do Estado da Bavária destinada a reduzir o número de farmácias em determinada comunidade, de modo que a concessão de licenças para abertura de novos estabelecimentos estava condicionada à viabilidade do negócio e à ausência de danos concorrenciais perante as farmácias já instaladas no local (BARROS, 2006, p.33).

No ano de 1955, o Estado negou uma licença solicitada por um comerciante, o que o levou a questionar a constitucionalidade da dita Lei perante o Tribunal Constitucional Alemão. A Corte, por sua vez, entendeu que a restrição imposta legalmente deveria ser absolutamente indispensável ao interesse público, de modo que a simples limitação ao livre exercício da profissão, ou da livre iniciativa, não poderia estar fundamentada apenas em razões de proteção à concorrência ou de natureza comercial. Deferiu-se o pedido do farmacêutico.

A ilustração trazida em linhas anteriores tem o condão de mostrar que os meios utilizados pela lei não atingiram os objetivos pretendidos, padecendo, portanto, de constitucionalidade. Em termos fáticos, o não licenciamento de novas farmácias não guardava qualquer relação de causalidade com o objetivo de proteger a saúde pública, o que tornava a medida legal desproporcional, ante sua falta de adequação.

Durante o mesmo período, o vocábulo proporcionalidade começou a ser amplamente utilizado pelos juristas, sendo, inclusive, objeto de estudo em trabalhos de monografia, como aquela elaborada por Rupprecht V. Krauss, intitulada de “*Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht)*”⁸, dedicada exclusivamente ao tratamento do princípio da proporcionalidade, trazendo preciosas inovações como a sua qualificação extra “em sentido estrito”. (GUERRA FILHO, 2011, p.5-6).

As obras doutrinárias sobre o princípio da proporcionalidade tornavam-se mais comuns, revelando a todo o momento novas propriedades e posicionamentos acerca do seu papel, a exemplo do que elaborou Peter Lerche, em 1961, sob o enunciado de “*Übermass-und Verfassungsrecht – Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit*”⁹, no qual restou diferenciado o princípio da exigibilidade do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Notável, portanto, o legado deixado pela doutrina alemã no que tange a importância do princípio da proporcionalidade, figurando como princípio de hierarquia constitucional,

⁸ Tradução livre: “O princípio da proporcionalidade – seu significado para a necessidade do método na interpretação/aplicação da lei”

⁹ Tradução livre: “Excesso e Direito Constitucional – sobre a vinculação do legislador pelos princípios da proporcionalidade e da exigibilidade”

com validade para toda atividade estatal, inclusive, vinculando o legislador (BARROS, 2006, p.34).

A doutrina brasileira, por seu turno, tardou em fazer uso do princípio da proporcionalidade, haja vista a ausência de sua explícita invocação, até mesmo de negação à sua aplicabilidade, valendo-se, quando muito, da sua acolhida indireta, como critério de valoração da constitucionalidade das leis.

No entanto, após o advento da Constituição Federal de 1988, as jurisprudências esparsas que traziam em seu conteúdo, ainda que disfarçadamente, o princípio da proporcionalidade, deram lugar aos acórdãos albergadores à proporcionalidade, como método de aplicação normativa, a exemplo do teor da decisão proferida na Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIN) nº855-2.

Destinada a questionar a constitucionalidade da Lei nº 10.248 do Estado do Paraná, a referida ADIN foi deferida, sob o argumento de que o dispositivo que previa a obrigatoriedade de pesagem do botijão de gás à vista do consumidor, no momento de sua aquisição ou troca, com o pagamento imediato de eventual diferença a menor, pelas companhias de produto, impunha um ônus excessivo às empresas, restringindo de forma não proporcional o direito de liberdade de concorrência, na medida em que impunha dever inadequado, inexigível e desproporcional (PUHL, 2005, p.55).

Desde então, viu-se uma sucessão de julgados da Corte Suprema com a acolhida expressa do princípio da proporcionalidade, o qual provido de *status* constitucional conquistou posição de destaque na fundamentação das decisões proferidas, transparecendo sua vigência e prestígio no presente sistema jurídico.

2.2.1 Da imprecisão conceitual, distinções e natureza

Eleita como prioridade, a definição acerca da natureza do princípio da proporcionalidade terá a função de abrir caminhos aos próximos tópicos, de maneira a facilitar o entendimento da proporcionalidade sob diversos aspectos, distinguindo-o de outras figuras jurídicas.

Quando se fala em princípio da proporcionalidade, em verdade, não se deseja enquadrá-lo como tal, mas apenas conferir-lhe a importância devida, na qualidade de disposição fundamental. Tomando como base o estudo de Alexy acerca da distinção entre regras e

princípios, a demarcação terminológica da proporcionalidade enquanto princípio não se revela a mais adequada, tendo em vista que o mesmo não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante sem variações (SILVA, 2002, p. 25).

Nesta senda, Alexy exclui a proporcionalidade do âmbito dos princípios, sob o argumento de que não entra em conflito com outras normas-princípios, não se concretiza em vários graus ou tem sua aplicação guiada através da criação de regras de prevalência diante do caso concreto. É, portanto, classificada explicitamente como regra (ALEXY, 2008, p.117, n.r.84).

Por seu turno, Humberto Ávila promove extenso exame acerca da natureza da proporcionalidade, qualificando-a como postulado normativo aplicativo, tendo como dever estruturante a aplicação de outras normas. Ao contrário dos princípios, os postulados não impõem um fim, sequer prescrevem imediatamente comportamentos, tal qual a regra jurídica, mas estruturam a aplicação do dever de promover um fim, bem como estruturam a aplicação de normas que prescrevem diretamente comportamentos (ÁVILA, 2004, p.89).

Mister se faz entender que a concepção de proporcionalidade enquanto postulado não se confunde com a idéia de proporção em suas variadas manifestações, devendo ser aplicada quando se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. Esclarece o encimado autor (2004, p.113):

“Nesse sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico.”

A atribuição da natureza de postulado normativo à proporcionalidade tem como finalidade ordenar a aplicação das normas em geral, numa espécie de metodologia à decisão do caso concreto, conferindo ao sistema coerência e harmonia.

Trilhando este mesmo caminho, Walter Claudius Rothenburg (2003, p.42) arreda a concepção de proporcionalidade como princípio autônomo, por não possuir conteúdo próprio e definido, que traduza um determinado valor, mas representa tão somente um

critério, um índice que permite aplicar uma técnica de solução de problemas de concorrência e conflito.

A proporcionalidade não é capaz de entrar em conflito com qualquer outra norma, senão indica justamente a direção que deve ser tomada à solução *in casu*, devendo ser compreendida como fenômeno de ajustamento de um ou diversos princípios, como um critério apto a aferir a aplicação normativa, determinando, por fim, o modo de incidência.

Malgrado a doutrina majoritária¹⁰ conceba a proporcionalidade como princípio propriamente dito, implícito no ordenamento jurídico brasileiro, decorrente de outros princípios expressos, o presente estudo perfilará da sua acepção enquanto regra constitucional, em razão de não estar submetida ao mecanismo de ponderação em face de outro princípio, senão objetiva orientar sua melhor aplicação e das demais regras jurídicas.

O que se vê, no entanto, é um uso desmesurado de categorias relacionadas à proporcionalidade tendentes a fragilizar a clareza científica, bem como a previsibilidade do Direito, o que reclama por uma tarefa de distinção não apenas terminológica, mas de transparência conceitual e ontológica (ÁVILA, 2004, p.17).

Não obstante a ausência de definição exata, delimitada e categórica, em virtude da não explicitação do seu conteúdo dentro do ordenamento jurídico, a proporcionalidade revela uma estrutura particular, sendo dotada de elementos específicos, capazes de lhe conferir forma, aplicabilidade e vida própria.

É dizer, a abrangência e a fungibilidade conceitual da proporcionalidade de que se utilizam doutrinadores e tribunais acabam por descaracterizar e desnaturar uma regra de essência privativa e com contornos singulares.

Nesse enalço, a aplicação da proporcionalidade não deve partir de um juízo acidental, mas deve encontrar amparo na motivação racional do estudo dos elementos que lhe são inerentes, quais sejam o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito, a seguir abordados.

¹⁰ Sobre a natureza da proporcionalidade enquanto princípio convergem os pensamentos de Willis Santiago Guerra Filho (2011, p.1), Paulo Bonavides (2004, p.399), Gilmar Ferreira Mendes (2001, p.13) etc.

2.2.2 Subregras da proporcionalidade

A aplicação da proporcionalidade não pode prescindir da observância das três subregras que lhes são inerentes, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, devendo proceder um exame gradativo e independente. Ao contrário do que se pensa, a análise dos subelementos da proporcionalidade não deve ser feita de forma conjunta, entrelaçada e desordenada, mas através de uma ordem predefinida em que as mesmas irão se relacionar de modo independente.

O que se quer dizer é que o juiz nem sempre realizará a análise de todos os subelementos, quando do controle do ato abusivo. A relação entre eles é de caráter subsidiário, de modo que a análise da necessidade só se mostrará devida se, e somente se, o caso já tiver sido resolvido com o exame da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só se revela indispensável, se o problema já tiver sido solucionado com as apreciações da adequação e da necessidade (SILVA, 2002, p.34).

Dessa forma, a aplicação da proporcionalidade pode se exaurir, em alguns casos, na simples análise da primeira subregra, a adequação, quando constatada a inadequação dos meios escolhidos para a promoção dos objetivos pretendidos. Tal análise já se mostra suficiente em tornar o ato estatal desproporcional, sem que se exija o exame dos próximos subelementos.

Com o fito de estabelecer as bases da correta aplicação da proporcionalidade, inarredável é o imperativo de examinar o conteúdo dos subelementos, explorando de forma sintética o conceito e características de cada um deles.

2.2.2.1 Adequação

A concepção geral e comum acerca da adequação gira em torno da escolha correta de um determinado meio para levar a cabo determinado fim. As medidas interventivas adotadas devem mostrar-se aptas a atingir os objetivos realmente pretendidos, numa perfeita relação entre meio e fim (MENDES, 2000, p.250).

Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p.36) vai além ao afirmar que este conceito de adequação não é o mais correto, pois a sub-regra em questão não se perfaz apenas com o alcance ou consecução do fim almejado, mas se concretiza quando o meio utilizado

fomenta, promove, de alguma forma, o objetivo, ainda que este não se encontre plenamente realizado.¹¹

Albergado por esta concepção originária, a adequação deve ser compreendida a partir da mera realização parcial do fim desejado, quando este se encontre minimamente promovido, sem que haja a configuração efetiva da sua consecução.

Sob a ótica de Alexy, o princípio em questão “exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir.” (ALEXY, 2011, p.110)

2.2.2.2 Necessidade

Em seguida, surge o subelemento da necessidade, o qual consiste na escolha de uma medida restritiva indispensável para a conservação do direito, de modo que a mesma represente o meio menos gravoso, mais suave na promoção do fim. Noutras palavras, o exame da necessidade recai sobre a possibilidade do objetivo ser promovido ou não por outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido (SILVA, 2002, p.38).

Tal qual a subregra anterior, busca-se a otimização das possibilidades fáticas, na medida em que “se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente idôneo, então, uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra.” (ALEXY, 2011, p.110)

Direcionado à produção da menor intervenção possível no campo dos direitos do indivíduo, havendo meio igualmente eficaz e menos gravoso, não se justifica a adoção da medida antes pensada, senão quando esta for a melhor e única possibilidade viável para o fomento da finalidade pretendida cidadão (SANTOS, 2004, p.63).

Daí surge o sacramento da expressão “princípio da menor ingerência possível”, amplamente utilizada pelos doutrinadores, a fim de demonstrar a busca da intervenção mínima na esfera de liberdade do indivíduo, devendo ocorrer apenas quando o ato se revelar estritamente necessário. (BARROSO, 1996, p.124).

¹¹ Esta idéia de promoção do fim encontra respaldo na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, quando da decisão judicial (BVerfGE 30, 292 [316]) foi empregado o termo “*fördern*”, o qual corresponde à idéia de fomento e não de alcance (Silva, 2002, p.36).

É de fácil percepção o caráter comparativo que abrange o exame da necessidade, ante a imperiosa verificação acerca da existência de medida igualmente eficaz, diferentemente do que ocorre com o subelemento anterior, o da adequação, por revelar um caráter absoluto, sem que se precise tomar como parâmetro outra providência.

2.2.2.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Por último, a subregra da proporcionalidade em sentido estrito se refere à equação entre meios e fins mediante um juízo de ponderação, a fim de examinar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim (CANOTILHO, 2003, p.457).

O exame da proporcionalidade *stricto sensu* é naturalmente ponderativo, uma vez que avalia a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pedra de toque é justamente a análise acerca das vantagens causadas pela promoção do fim em detrimento da restrição ao direito que se impõe pelo meio utilizado.

A “lei da ponderação” define que “quanto mais alto o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.” A partir desse enunciado, podem ser extraídos três passos a serem seguidos: o primeiro diz respeito à comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio; o segundo se refere à comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário e, por fim, o terceiro em que deverá ser aferida se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro. (ALEXY, 2011, p.111)

Encarado por Alexy como um mandado de ponderação, a proporcionalidade em seu sentido estrito exige do intérprete o profundo conhecimento do caso concreto, uma vez que o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e desvantagem decorre de uma avaliação fortemente subjetiva (ÁVILA, 2004, p.124).

Sob a ótica *stricto sensu*, a aplicação da proporcionalidade não objetiva uma solução correta, de índole abstrata e genérica, senão um resultado ajustado às particularidades e necessidades que se apresentam concretamente.

Em sintonia com a visão de Alexy (2008, p.118), a proporcionalidade em sentido estrito difere da adequação e da necessidade, na medida em que a primeira se relaciona ao

balanceamento de possibilidades jurídicas, ao passo que as segundas submetem-se ao exame das possibilidades fáticas.

Esmiuçados os subelementos que compõem a regra da proporcionalidade na sua perspectiva *lato sensu*, dar-se-á um passo adiante no estudo da mesma regra, a qual será analisada *an passant*, ainda neste capítulo, sob sua dupla acepção, refletida na vedação de medidas excessivas, bem como na proibição da tutela insuficiente do direito fundamental.

2.2.3 A proporcionalidade *stricto sensu* como proibição de excesso e insuficiência

Além do seu tradicional desdobramento, através dos seus subelementos apontados em linhas anteriores, a proporcionalidade apresenta dupla acepção necessária à orientação e cumprimento das atividades estatais desenvolvidas, qual seja a proibição de excesso e a proibição de insuficiência.

O que se pretende, em verdade, com a manifestação da dupla face da proporcionalidade é trazer à tona a concepção sobre o papel do Estado frente à sociedade, isto é definir o alcance interpretativo dado aos dispositivos constitucionais que garantem os direitos fundamentais, ponto crucial da nova dogmática constitucional.

Embora estejam posicionadas como dimensões distintas de um mesmo princípio, isto não significa que cada uma delas exerça função contrária e concorrente em relação à outra, senão desempenham atividades complementares, conjugando esforços na consecução de um objetivo comum, qual seja a efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Neste primeiro momento, o trabalho se reservará ao tratamento da dupla acepção da proporcionalidade – proibição de excesso e proibição de insuficiência- apenas sob um ponto de vista amplo e genérico, destacando, especialmente, o contexto em que ambas foram desenvolvidas, suas principais características e finalidades traçadas.

Mais adiante, no capítulo seguinte, será procedido um exame mais detalhado acerca da incidência da proporcionalidade, tanto por meio dos seus subelementos quanto através da sua dupla face, no âmbito penal, tendo em vista a íntima relação que guarda a matéria com a tutela e concretização dos direitos fundamentais.

2.2.3.1 Da proibição de excesso

Abordar a proporcionalidade sob a ótica da proibição de excesso é remontar, necessariamente, aos ideais básicos do liberalismo, no qual o Estado era visto como um inimigo, um agente invasor e violador da liberdade individual, cuja atuação deveria estar pautada no abstencionismo.

Imanente à concepção clássica do garantismo negativo, a proibição de excesso tem como fundamento principal limitar o poder do Estado e maximizar a proteção das liberdades, obrigando-o a abster-se de praticar condutas aviltantes aos direitos fundamentais, aqui entendidos meramente como direitos de defesa.

Nessa vertente, a proibição de excesso vai ser encarada como uma ferramenta de extrema importância na análise de uma possível imposição de sacrifício excessivo aos direitos fundamentais, sendo ela um dos principais obstáculos às limitações de tais direitos, segundo a Teoria dos limites imanes dos direitos fundamentais. (MENDES, 2007, p.323)

Isto quer dizer que a norma legal deve trazer em seu âmago uma intervenção de natureza proporcional frente às liberdades individuais, de modo que constatada sua ingerência excessiva na adoção de determinada medida restritiva em face da esfera de garantias fundamentais, restará eivada da mácula da inconstitucionalidade.

Quando se fala em adoção de medidas excessivas está querendo referir-se ao emprego de meios que ultrapassam o permitido, o legal, o normal. A fim de atingir-se determinado objetivo, são utilizados instrumentos desnecessários, de intensidade desmandada, através de uma conduta inicialmente justificada.

Limites são necessários para que o indivíduo atue de acordo com a ordem legal vigente a qual encontra-se submetido. Mais que isso, a proibição de excesso se destina à estruturação legal dos limites a serem impostos ao respeito entre a liberdade dos cidadãos que vivem numa mesma sociedade.

Através dessa justa proporção, na qual os meios são empregados dentro dos limites permitidos legalmente na realização de certo fim, os direitos individuais são resguardados, tendo seu exercício plenamente assegurado, objeto principal da materialização da faceta garantista negativa da proporcionalidade.

No entanto, a estrutura da regra de proporcionalidade não se esgota tão somente na perspectiva liberal, no garantismo negativo, em que são visados meios de proteção contra os excessos praticados pelo poder estatal, mas é composto também pelo viés do garantismo positivo, segundo o qual cabe ao Estado dar respostas à efetividade dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, aos direitos fundamentais não cabe apenas a tutela do Estado, a partir de um poder limitado, contra a opressão e abusos, senão merecem ser objeto de prestação positiva face ao poder estatal, numa franca tradução daquilo que foi denominado pela doutrina alemã de “proibição de proteção deficiente”.

Demonstrada a estreita e inafastável relação entre a dupla face da regra da proporcionalidade, esta só poderá ser compreendida a partir do estudo de ambos os viés, tarefa que restará cumprida no próximo tópico.

2.2.3.2 Da proibição de insuficiência

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito, a Constituição adquiriu novos contornos, passando a ser detentora de uma força normativa de natureza dirigente, programática e compromissária, mediante a qual o processo interpretativo constitucional se voltou para sua otimização. (STRECK, 2005, p.172)

Nesse contexto, o papel do Estado não estava mais cingido ao aspecto negativo e abstencionista, ao contrário, de inimigo, o Estado passa a ser amigo dos direitos fundamentais, de modo que recai sobre seu comportamento uma feição ativa na concretização das garantias constitucionais, ligando-se à idéia do garantismo positivo.

Alinhado ao dever de proteção negativa, contra os abusos cometidos pelo poder estatal e por terceiros, emerge a obrigação destinada à atividade estatal em garantir uma proteção minimamente eficaz dos direitos fundamentais, promovendo não apenas sua segurança, mas especialmente sua concretização.

O Estado, então, adota uma posição de garante frente aos cidadãos, porquanto à luz do dever de proteção dos direitos fundamentais deve observar os limites de restrição, bem como os limites suficientes à tutela de tais garantias constitucionais.

A noção do dever de proteção aos direitos fundamentais assumido pelo Estado decorre justamente do reconhecimento de uma ordem objetiva de valores em tais direitos garantidos pela Constituição, por meio da qual é exigida uma atuação positiva do poder estatal, a fim de que sejam devidamente efetivados¹².

Ao afirmar que a proibição de proteção deficiente advém de uma postura ativa do Estado, quer-se dizer com isso que o controle de insuficiência deve partir das instituições que compõem o quadro estatal, seja através da elaboração de leis, da tomada de decisões judiciais, estando as atividades sempre referidas à verificação da efetividade das medidas na consecução dos direitos e garantias fundamentais que devem concretizar.

Descumprida a exigência de prestação à mínima efetividade do direito fundamental, ou seja, não tendo o Estado protegido suficientemente determinado direito fundamental, restará configurada a violação da regra da proporcionalidade sob a ótica da proteção deficiente, o que faz incidir sobre tal medida o vício da inconstitucionalidade.

Ao contrário do que ocorre com a faceta da proibição de excesso, na qual é refletida a adoção de uma providência desmedida, além dos limites justificáveis, a inconstitucionalidade por insuficiência é gerada pela deficiência do conjunto das atividades estatais estabelecidas para a realização de determinado direito fundamental.

Adverte Mariana Figueiredo (2011, p.18-19) que na qualidade de vedação de insuficiência, o princípio da proporcionalidade serve à fundamentação de juízos de inconstitucionalidade dos atos que, sob o pretexto de densificarem direitos e garantias fundamentais, dão cumprimento excessivamente incompleto aos deveres de proteção, de organização e procedimento e de prestação, normativa e material, que deles provém.

Portanto, compreender a regra da proporcionalidade em seu duplo viés, proibição de excesso e de vedação à proteção deficiente, é conceber uma dimensão material à Constituição, cujo objeto principal é o respeito e efetividade aos direitos fundamentais previstos ao longo do corpo constitucional.

¹² De acordo com o ensinamento de Ingo Sarlet (2005, p.185ss), os direitos fundamentais não se limitam tão somente a sua espécie negativa, enquanto direitos de defesa que reclamam por obrigações de abstenção, próprios de uma concepção subjetiva, mas assumem uma feição objetiva, por meio da qual são exigidas prestações fáticas e jurídicas.

Feitas estas primeiras considerações acerca da estrutura e composição da proporcionalidade, passa-se ao capítulo subsequente, no qual será abordada sua aplicação prática na seara do Direito Penal, sendo estabelecidas as possíveis relações entre seus elementos e os institutos inerentes à matéria repressiva.

3. A PROPORCIONALIDADE E O DIREITO PENAL

3.1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

O sistema jurídico não é formado por normas jurídicas de um mesmo plano. Isto é, a ordem jurídica está organizada de maneira escalonada, ocupando as normas jurídicas patamares distintos. A constituição, por sua vez, representa o escalão de Direito positivo mais elevado. (KELSEN, 2009, p.247) Nada mais é que a Lei Fundamental do Estado, a Lei Maior que ordena e disciplina os elementos inerentes à existência estatal. “Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”. (SILVA, 2005, p.38)

O espaço privilegiado conferido às normas constitucionais lhes rende uma supremacia em face às demais normas do ordenamento jurídico.¹³ A imperatividade da Constituição assume feição particular, sob o ponto de vista de exigir das demais normas conformidade quanto ao modo de sua elaboração (conformação formal), bem como quanto à matéria de que tratam (conformidade material). (CUNHA JÚNIOR, 2008, p.100)

Posicionada agora no centro do sistema jurídico, a Constituição desfruta não apenas da supremacia formal, mas, sobretudo, da supremacia de natureza material e axiológica, dada especialmente pela abertura do ordenamento e pela normatividade de seus princípios, circunstância que lhe conferiu uma força normativa sem precedente, protagonizando a paisagem jurídica do país e o discurso dos seus operadores. (BARROSO, 2007, p.20)

Nessa perspectiva, a nova ordem jurídica vai de encontro ao paradigma juspositivista clássico representado exclusivamente pelo respeito à mera estrutura da legalidade, ao puro aspecto formal, conferindo igual estima à validade substancial, relativa ao conteúdo e coerência das normas. A Constituição não desempenha mais o papel de mero fundamento à existência (vigência), mas também de validade da lei, quanto ao teor do produto legislativo. (FELDENS, 2005, p.34)

¹³ Saliente-se que a superioridade constitucional aplica-se àquelas Constituições de natureza rígida, tal qual a Carta Magna brasileira, a qual ordena sua devida subordinação às normas jurídicas infraconstitucionais.

É dizer que tanto o plano da existência (aspecto formal) como o da validade (aspecto substancial) das normas encontram-se condicionados pelo Estado Constitucional de Direito, em razão de este possuir um núcleo imperativo intangível de valores, princípios e direitos fundamentais, os quais configuram a chamada realidade teleológica-axiológica da Constituição. (GOMES, 1997, p.48)

Por ostentar o binômio da superioridade e subordinação, a Constituição representa o fundamento de validade, em sua dupla perspectiva, de todas as demais fontes do sistema, as quais lhe devem necessariamente consonância formal e material, sob pena de se formar uma ordem normativa desordenada, incompatível e incoerente.

Sob esse ângulo, é forçoso afirmar que a Carta Constitucional não representa tão somente um sistema em si, com sua ordem, unidade e harmonia, senão também como uma maneira de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. É o que se chama, por parte da doutrina, de filtragem constitucional, mediante a qual toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida pela lente da Constituição, a fim de que os valores nela consagrados sejam plenamente realizados. (BARROSO, 2007, p.20)

Por ser a Constituição uma expressão dos princípios fundamentais que inspiram todo o ordenamento jurídico, incorre afirmar que na base de todo o texto constitucional se encontra latente uma concepção de Direito que orienta todas as normas que compõem o sistema jurídico, sem que se possa negar sua tangência direta às esferas infraconstitucionais. (CORREA, 1999, p.31)

Por força do texto constitucional é infundida a concepção da interpretação sistemática, a qual tem como premissa maior a unidade do Direito, na medida em que o intérprete é obrigado a partir sempre das normas constitucionais, adequando, sempre que necessário, as normas infraconstitucionais ao conteúdo próprio da Constituição. (TAVARES, 2007, p. 78)

Dito com outras palavras, o fenômeno da constitucionalização do direito infraconstitucional não consiste apenas na mera inclusão da Lei Maior perante as normas próprias de outros domínios, mas a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucionalista. Pode-se dizer, então, que toda interpretação jurídica, em verdade, é também uma interpretação constitucional, pois qualquer operação de

realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. (BARROSO, 2007, p.20-21)

O Direito Penal, por sua vez, não excetua o princípio da constitucionalidade¹⁴. Além da exigência formal, a posição hierarquicamente superior da Constituição impõe ao Direito Penal a observância funcional e axiológica, à medida que suas disposições somente guardarão validade quando se prestarem à realidade dos fins constitucionais e prestigiarem os valores mais caros, dado certo contexto histórico cultural. (QUEIROZ, 2005, p.23)

“Nesse sentido, é premente a compreensão de que não é possível construir-se um Direito Penal legítimo, de bases democráticas, sem recorrência e vinculação ao texto constitucional, em toda a sua essência, seu sentir, seu espírito, em respeito aos seus comandos, vinculantes, sem dúvida e merecedores de absoluto respeito.” (COELHO, 2009, p.68)

Nesta ordem de idéias, o sistema penal, como qualquer outro subsistema infraconstitucional, deriva da Constituição. Esta, por sua vez, irradia seus efeitos na construção normativa-axiológica das normas penais, sob uma perspectiva garantista, através da qual os valores constitucionais deverão ser inteiramente observados, a fim de, não apenas, limitar a atuação repressiva do Direito Penal, mas, sobretudo, torná-lo um instrumento de proteção legítimo às garantias individuais do cidadão.

Mister salientar que as disposições penais não esgotam sua função no que determina seu próprio conteúdo. Mais que isso, a norma penal serve à cumprir sua função constitucional, de maneira que sua validade estará condicionada à observância da Lei Maior, exercendo funcionalmente os mandamentos, princípios e normas constitucionais. (QUEIROZ, 1998, p.24)

Adverte Francesco Palazzo (1989, p.16) que as relações entre Direito Penal e Constituição são absolutamente estreitas, em razão do Direito Penal encontrar-se no centro do conflito principiológico entre a liberdade individual e a intervenção estatal, pois se, por um lado, o crime em regra, representa o mais grave ataque perpetrado pelo indivíduo contra os bens jurídicos máximos tutelados pelo Estado, por outro, a sanção

¹⁴ Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior (2012, p.35), o princípio da constitucionalidade perfaz-se com a indeclinável e necessária compatibilidade vertical entre as leis e atos normativos com a Constituição, de modo que todos os atos normativos dos poderes públicos só são válidos e, conseqüentemente, constitucionais, na medida em que se compatibilizem, formal e materialmente, com o texto supremo.

penal se mostra a mais aguda e penetrante forma de ingerência do Estado na esfera do sujeito.

A zona de intersecção entre o Direito Penal e a Constituição, portanto, é inevitável. Justamente porque, de um lado surge o direito de punir estatal e de outro lado encontra-se a liberdade individual do homem. Diante deste conflito, busca-se um equilíbrio na atuação estatal, devendo estar moderada nos princípios e garantias constitucionais.

Ainda que historicamente anterior, o Direito Penal não pode furtar-se à convocação dos preceitos respeitantes aos direitos, liberdades e garantias do cidadão, dotados de carácter constitucional de superioridade e anterioridade normativa, haja vista que neste espaço normativo se determina a possibilidade de aplicação de medidas de privação da liberdade das pessoas. (VIEIRA DE ANDRADE, 2006, p.35)

Inconcebível é a compreensão do Direito Penal como sistema jurídico independente e autossuficiente, uma vez que seu fundamento se encontra nas normas constitucionais. Existe, portanto, uma relação de simbiose entre o Direito Penal e a Constituição, na qual restarão definidos os limites da intervenção penal, bem como as bases legitimadoras de sua operacionalização. Surge, enfim, a noção de Constituição Penal, enquanto “conjunto de diretrizes normativas estabelecidas à organização e ao funcionamento do sistema jurídico-penal requerido pela Constituição [...]”. (FELDENS, 2005, p.23)

A Constituição vai representar, no dizer de Pietro Nuovolone (1981, p.38), a estrutura fundante do Direito Penal, na medida em que contém os princípios fundamentais de carácter penal, através dos quais restarão determinados os limites negativos asseguradores da liberdade, cuja intervenção pelo Estado só será cabível quando violados aqueles bens jurídicos assegurados pela própria Constituição.

Sem prejuízo de outros papéis que a Constituição assume perante o Direito Penal¹⁵, cumpre, aqui, avivar sua função de limite material deste subsistema, de sorte que estabelece barreiras ao processo criminalizador, por meio de princípios constitucionais

¹⁵ “[...] poderemos assentar que a Constituição e o Direito Penal compartilham, entre si, uma relação axiológico-normativa por meio da qual a Constituição funciona como: (a) *limite material* do Direito Penal (erigindo barreiras ao processo criminalizador); (b) *fonte valorativa* do Direito Penal (funcionando como paradigma na escolha de bens jurídicos suscetíveis de proteção jurídico-penal), e (c) *fundamento normativo* do Direito Penal (apontando zonas de obrigatória intervenção do legislador penal)”. (FELDENS, 2008, p.34)

balizadores, tal qual a proporcionalidade e seus desdobramentos, objetivando o banimento de intervenções indevidas, desnecessárias e desproporcionais.

Ainda nessa trilha, Günther Jakobs (1997, p.44) sustenta a idéia de que o Direito Penal sequer possui um conteúdo genuíno, mas decorre exclusivamente de outras regulações, pertencentes às realidades da vida social assim como às normas, especialmente as cunho jurídico-constitucionais.

Em sendo assim, não se pode pensar num Direito Penal alheio ao espírito, aos objetivos e fundamentos da Constituição e do Estado Democrático de Direito por ela constituído. Os reclamos constitucionais dependem diretamente para sua realização da legislação ordinária, a qual necessita, a todo tempo, revitalizar-se em seus dogmas, num contínuo processo de mudança, distante do enclausuramento reducionista dogmático. (CARVALHO, 1992, p.28-29)

De mais a mais, a Constituição é marcada pelo seu aspecto fático, isto é, encontra-se condicionada pela realidade histórica, vinculada a realidade concreta do seu tempo¹⁶ (HESSE, 1991, p. 24). Admitir, por conseguinte, um sistema jurídico penal, enquanto produto dos anseios constitucionais, como um mero conjunto de regras postas e acabadas é dar continuidade a uma dogmática fechada, incompatível com os objetivos e valores da Constituição, os quais exigem a presença efetiva de normas de ação, capazes de promover a transformação social e a justiça. (CARVALHO, 1992, p.29)

Respeitados os limites impostos pelas normas constitucionais, o Direito Penal pode sim tornar-se um instrumento hábil ao desenvolvimento de uma maior justiça social, desde que seja encarado sob um viés concreto, realista e não meramente formal, no qual restará coadunado com a hierarquia de valores constitucionais do instituído Estado Democrático de Direito.

O entrelaçamento do Direito Penal com as diretrizes constitucionais exige do sistema repressivo o respeito às garantias e aos direitos fundamentais do indivíduo, numa marcante congruência entre os fins reais do estado e os fins a serem promovidos pelo Direito Penal (BATISTA, 2007, p.22-23), observando, para tanto, seu papel no controle

¹⁶ A Carta Constitucional não figura mais como um instrumento puramente formal, como um ente disperso no mundo, senão representa uma verdadeira obra aberta, a qual deve ser construída e reconstruída a todo o momento, dentro de um ambiente cultural-político-histórico. (GUERRA FILHO, 2009, p.184)

social, traduzido na garantia aos cidadãos de uma existência pacífica, livre e socialmente segura, desde que não haja alternativa político-social que afete em menor medida a sua liberdade. (ROXIN, 2006, p.16-17)

Ao legislador criminal, portanto, não é dada absoluta liberdade para definir os tipos legais de crime, senão deve respeitar os valores constitucionais e, especificamente, as regras e os princípios constitucionais que regem a restrição dos direitos, liberdades e garantias, precisamente porque tal definição justifica a privação de liberdade individual. (VIEIRA DE ANDRADE, 2006, p.35)

Vistos e apurados os laços que ligam o Direito Constitucional à matéria penal, pode-se inferir, em cotejo com a estruturação ordenada dos princípios e regras constitucionais, que tal aliança se dá de acordo com três linhas diretivas de influxo, a seguir apresentadas.

3.2 LINHAS DIRETIVAS DO INFLUXO CONSTITUCIONAL

3.2.1 Influxo dos princípios estruturantes

Princípios estruturantes são aqueles que instituem diretrizes básicas de todo o ordenamento jurídico, interferindo em todos os ramos do Direito, num grau maior ou menor. No que toca ao Direito Penal, esta exigência subsiste, de sorte que seus princípios e regras deverão estar adstritos aos limites inerentes às determinações básicas de ordem constitucional.

Em razão de conferirem unidade ao ordenamento jurídico, os princípios estruturantes devem surgir como fonte de pauta valorativa aos subsistemas integrantes do ordenamento jurídico, tal qual o Direito Penal, tendo em vista sua necessária subordinação hierárquica, lógica, axiológica e teleológica. (MELLO, 2004, p.103)

Isto é, nos princípios estruturantes estão vertidos os valores superiores, basilares e informadores de todo o ordenamento jurídico, reveladores da identidade e alma da Constituição, de modo que as produções infraconstitucionais não podem dela se afastar, devendo guardar necessária coerência ao conteúdo constitucional. (TAVARES, 2007, p.112-113)

Na qualidade de pautas diretivas de valoração, os princípios estruturantes irão revelar uma tríplice eficácia normativa: a negativa (ou limitadora), ao limitar, formal e

materialmente, o conteúdo dos princípios e regras do Direito Penal; a positiva (ou ordenadora), ao condicionar o legislador a concretizar seu conteúdo em Direito Penal; e, por fim, a função hermenêutica, a qual requer que a interpretação das normas penais encontre respaldo em seu conteúdo axiológico. (MELLO, 2004, p.103)

Dessa forma, a compreensão dirigida ao conteúdo do Direito do Penal vê-se atrelada ao intermédio das interpretações sistemáticas e teleológicas, adequadas ao padrão valorativo já consagrado nos princípios.

3.2.2 Delimitação dos bens jurídicos dignos de proteção penal

Partindo da ideia de que os princípios estruturantes figuram como catálogo de referência normativa, bem como critério regulativo da atividade punitiva do Estado – em face dos seus ângulos negativo e positivo-, se impõe a exigência de que o bem jurídico tutelado pela norma penal tenha caráter constitucional, de modo que a proteção de um bem jurídico infraconstitucional não deve prevalecer sobre o sacrifício de um bem jurídico albergado pela Constituição. (MELLO, 2004, p.105)

Com isso, a materialização do bem jurídico-penal não foge à inelutável vinculação ao catálogo constitucional. Aliando-se a noção de bem jurídico externada por Régis Prado (2009, p.73-74), enquanto “realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”, a escolha do bem jurídico a ser penalmente tutelado não pode prescindir da orientação dos valores constitucionais, a fim de firmar seu suporte material no quadro axiológico constitucional, sob pena de tornar a construção legislativa ilegítima. (COELHO, 2003, p.96)

O bem jurídico espelha essencialmente um dado valorativo de orientação constitucional, cuja função primordial reside na delimitação do exercício do poder punitivo, constituindo garantia da pessoa humana, razão última da ordem jurídica, porquanto somente dados essenciais ao desenvolvimento individual gozem de chancela penal. (MELO, 2009, p.45-46)

É sustentado, então, o ofício da Constituição como fonte valorativa do Direito Penal, porquanto posiciona-se como parâmetro à atividade legislativa. (FELDENS, 2008, p.40). O que propõe a teoria constitucional é exatamente um processo de constitucionalização dos bens jurídicos penais. Isto é, o Direito Penal deverá recorrer ao

cerne constitucional para que sejam encontrados os bens que lhe cabe proteger com suas intervenções. (LUISI, 2003, p.172)

O exercício da atividade legiferante, nesse sentido, estará condicionado ao crivo da proteção constitucional, donde o bem jurídico alheio à pauta de valoração não poderá ser considerado fundamental a ponto de justificar uma intervenção na liberdade individual constitucionalmente assegurada. (MELLO, 2004, p.105)

“A criminalização há de fazer-se tendo por fonte principal os bens constitucionais, ou seja, aqueles que, passados pela filtragem valorativa do legislador constitucional, são postos como base e estrutura jurídica da comunidade. E, embora o legislador criminal possa tutelar com suas sanções bens não previstos constitucionalmente, só o pode fazer desde que não viole os princípios básicos da constituição.” (LUISI, 1998, p.105)

Não será toda e qualquer conduta que será submetida à ingerência penal. A intervenção criminalizadora do Estado somente se legitimará quando considerados os bens jurídicos fundamentais, detentores de conformação constitucional, capazes de relativizar os princípios vetores da liberdade e da dignidade da pessoa humana, ante sua forte representatividade. (COELHO, 2003, p.105)

Ao bem jurídico, protegido pela norma penal, recairá um processo de avaliação perante o amplo leque de valores preconizados pela Carta Magna, mediante o qual irão ser aferidos aqueles de relevância maior, sem deixar que o Direito Penal dela se divorcie. (CARVALHO, 1992, p.34) Não se quer dizer com isso, entretanto, que a carta constitucional deva fornecer exaustivamente aqueles valores fundamentais a serem tutelados pelo Direito Penal. Apenas de forma indicativa, sob uma ordem axiológica, determinará a eleição dos valores constitucionais mercedores de proteção penal, erigindo-os à condição de bem jurídico-penal. (COELHO, 2003, p.106)

Em face da ausência ordenada, definida e esgotante do rol de bens jurídicos previsto pela Constituição, ao legislador penal atribuir-se-á a tarefa de seleção, dentre os bens constitucionais, daqueles que deve proteger com suas sanções, utilizando, para tanto, critérios balizados no princípio constitucional da *ultima ratio*. (LUISI, 2003, p.175)

À evidência, a abertura axiológica e pluralista ofertada pela Constituição permite ao legislador, em primeiro plano, e ao intérprete, logo em seguida, de uma forma mais ou menos remota, conectar o bem jurídico penalmente protegido a algum valor constitucional, numa busca indisponível pela referência constitucional. (FELDENS, 2005, p.53)

Sem muito esforço, resta inequívoco que a idoneidade do bem jurídico repousa no seu valor social. Sua dimensão sociocultural orienta todo o processo de criminalização/descriminalização, subordinando-se às regras axiológicas de indicação constitucional, inerentes ao mundo concreto. A criação dos tipos penais não pode se proceder apartada da experiência social da sua época. (PRADO, 2009, p.85)

Sob essa perspectiva, o Direito Penal vigente vincula-se às concepções morais, sociais, econômicas, critérios de valor e pautas de conduta e de cultura encartadas na Constituição, de maneira que o legislador destes limites não pode afastar-se, uma vez que sua atuação deve estar legitimada além da mera legalidade, é dizer, na idéia de justiça material. (COPETTI, 2000, p.102)

A marcha pela identificação do bem jurídico não deve ficar estranha ao espírito da Constituição, senão encontrar nesta última a gênese e função social que lhe é ínsita. Valendo-se do ensinamento de Konrad Hesse (1991, p.16), a Constituição está necessariamente amarrada a uma situação histórica concreta, afinada aos interesses da estrutura social, o que resulta numa fatal exigência ao bem jurídico em refletir a relação social fática. (CARVALHO, 1992, p.37)

É, pois, a realidade social a responsável pela emergência dos valores, presentes na comunidade, em determinada época, os quais constituirão fundamento à sua elevação à categoria de bem jurídico, pelo legislador, estando este limitado a proclamá-los e dar-lhes especial tratamento jurídico. A par desta circunstância, o conceito material de bem jurídico ganha um caráter relativo e valorado, já que goza de validade dentro de um específico sistema social, em determinado momento histórico-cultural (PRADO, 2009, p.83-88).

Na elaboração do tipo penal, a estima social garante importância irrenunciável, uma vez que o bem jurídico espelha o ponto de concentração de valores, dignos da proteção penal. Com isso, ao descrever uma lesão ao bem jurídico, a previsão legal deve estar sempre envolta pela concretização de um valor socialmente relevante, situando aquele na condição de elo entre as instituições penais do Estado e o ordenamento social no qual está inserido. (CANTON FILHO, 2012, p.13)

Sendo instituída à Constituição uma função compromissória e dirigente, não há que se conceber um processo de eleição de bens jurídicos penalmente tuteláveis em um âmbito

puramente individualista, distante dos preceitos e princípios formadores do Estado Democrático de Direito, senão deitado nas diretrizes valorativas constitucionais. (STRECK, 2009, p.41)

Por conta disso, é instituído ao legislador o dever de reconhecimento social dos bens, a serem juridicamente protegidos, anterior à recepção normativa. Num primeiro momento, extrairá da consciência social, conforme seus costumes e realidade, os bens e valores mais relevantes para, em seguida, absorvê-los e protegê-los, através de sua positivação, sem que haja qualquer ato de criação desses interesses. (FELDENS, 2005, p.50)

Em termos mais claros, a alegada refração à possibilidade de criação de bens jurídicos não inspira uma relação de coincidência entre bens jurídicos penais e constitucionais¹⁷, senão de coerência, posto que a norma constitucional ofereça parâmetros indispensáveis à delimitação do conceito de bem jurídico, obrigando o legislador a observá-los. (FELDENS, 2007, p.847)

O cerne constitucional traz um caráter limitador das leis penais, por conta da regulação dos direitos e liberdades fundamentais, oportunidade que devem ser contemplados os princípios informadores do direito repressivo, de modo a não se proceder a uma atuação legislativa fora dos limites permitidos pela Constituição. (CARVALHO, 1992, p.37-38)

Intrínseca à tipificação penal de uma conduta está o rigor da medida, a qual implica inevitavelmente em uma vulneração de algum direito fundamental do indivíduo. Isto porque, o foco do Direito Penal deve estar voltado ao combate de crimes que impedem a concretização dos direitos e garantias fundamentais, resguardando, para tanto, os bens jurídicos apontados pela Constituição, tendo em contrapartida a necessidade de serem relativizados outros direitos fundamentais, conforme as diretivas constitucionais. (STRECK, 2009, p.46)

Pensar em bens jurídicos é pensar em direitos fundamentais. É justamente no conteúdo dos direitos fundamentais que se assentam as fronteiras materiais impostas ao

¹⁷ Em comunhão de pensamento, Sebastián Mello (2004, p.106) esclarece: “Se todo bem jurídico-penal tem que ter relevância constitucional, não se pode dizer que a recíproca seja verdadeira, isto é, que todo bem jurídico-constitucional demande tutela penal. Isto equivaleria a uma equiparação conteudística entre o Direito Constitucional e o Direito Penal, de modo que estaria violado, no plano lógico, o princípio da identidade, e do ponto de vista sistêmico, o princípio da ordenação”.

legislador, de modo que a lei penal deverá observá-las atentamente, a fim de não adentrar na seara da inconstitucionalidade.

Mas, o que são os direitos fundamentais? Em que pese a ampla gama conceitual traçada pelos doutrinadores, a este trabalho importa observar a concepção dos direitos fundamentais, enquanto “posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas”. (CUNHA JÚNIOR, 2008, p.522)

Nessa esteira, a constitucionalização dos direitos fundamentais volta-se à proteção dos interesses mais fundamentais da pessoa humana, de modo que tais direitos operam como verdadeiros limites e vínculos à produção normativa, porquanto a validade das leis infraconstitucionais não é confiada unicamente ao respeito das formas, mas, também, ao aspecto substancial, retratado na compatibilidade dos seus significados com aqueles expressos pela constituição. (FERRAJOLI, 2011, p.109)

Sem a limitação material representada pela observância dos direitos fundamentais, a escolha dos bens jurídicos penais carecerá de validade, ante a falta de abrigo constitucional. A lei penal deve figurar como medida adotada pelo Estado à tutela dos direitos fundamentais, sendo estes materializados pelos bens jurídicos. (STRECK, 2009, p.59)

Há que se dizer, ainda, que a idéia de deferência aos direitos fundamentais não mais pode ser encarada apenas sob o prisma negativo, próprio de um modelo liberal individualista. Sendo este Estado de Direito de natureza democrática, sua atuação omissiva não se revela mais suficiente e coerente com suas diretrizes, senão deve proporcionar o pleno exercício, satisfação e efetividade aos direitos fundamentais, através de uma conduta prestativa.

A seleção dos bens jurídicos penalmente tuteláveis, destarte, deve se prestar a não apenas preservar direitos e garantias fundamentais do indivíduo frente a um Estado “mau”, característico de um modelo liberal, mas torná-lo um Estado “amigo”, comprometido com a promoção dos interesses essenciais ao pleno desenvolvimento do ser humano, nos moldes da sua feição democrática.

Se antes o Estado era visto como o principal agressor dos direitos fundamentais, chamado apenas à sua tutela sob uma perspectiva negativa, abstendo-se de qualquer ato

interventivo, agora seu dever de proteção situa-se sob uma perspectiva positiva, valendo-se, não raro, da intervenção penal para a maximização do exercício de tais direitos. (FELDENS, 2008, p.58-60)

Floresce, aqui, o encargo recaído à Constituição como fundamento normativo do Direito Penal. Não basta apenas que o texto constitucional atue como limite material ou fonte valorativa, mas, em determinadas situações, a intervenção penal é regulada diretamente pela Constituição, mediante a qual impõe ao legislador ordinário uma zona obrigatória de ingerência penal¹⁸. (FELDENS, 2008, p.42)

Ao contrário do que possam parecer, as indicações criminalizadoras feitas pelo constituinte não visam o engessamento da atividade legislativa infraconstitucional, mas demonstrar a relevância dada ao bem que se pretende tutelar, sem que retire completamente do legislador sua liberdade seletiva quanto à necessidade de criminalização, definição de condutas puníveis e as correspondentes sanções penais, sempre em conformidade com a ordem de valores constitucionais. (PRADO, 2009, p.87)

Impossibilitada de regular com a especificidade que a matéria penal exige, a Constituição apenas cristaliza o desejo de ver tutelados determinados bens jurídicos, considerados merecedores de incorporação constitucional, ante seu aspecto fundamental ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade.

Perceba que o mandado constitucional de criminalização não traz em seu bojo a definição exata da conduta incriminada, menos ainda são fixadas as sanções correspondentes, mas tão-somente indica a conduta por incriminar. Embora imposta uma obrigação de caráter positivo ao legislador, em que se pugna pela edificação da norma incriminadora, tal circunstância não lhe retira inteiramente seu terreno de liberdade, onde poderá transitar entre a função delimitadora e fundante do Direito Penal. (FELDENS, 2005, p.75)

A tarefa legislativa ordinária persiste sendo irrenunciável, muito embora se note uma margem de limitação conferida à liberdade de configuração do legislador, em razão dos mandados constitucionais de penalização. Estes têm o poder de exigir simplesmente a

¹⁸ O autor traz à baila alguns exemplos capazes de demonstrar que a intervenção penal está constitucionalmente exigida à tutela dos direitos e liberdade fundamentais, como o art. 5º, inc. XLII; art. 5º, inc. XLIII; art. 5º, inc. LIV; art.7º, inc.X; art. 225, §3º; art. 227, §4º. (FELDENS, 2008, p.42 ss)

atuação do legislador, sem que possam estabelecer punições com base exclusiva no texto constitucional. (FELDENS, 2005, p.77)

Pensar de forma inversa seria admitir a taxatividade dos deveres de proteção jurídico-penal, atrelando a intervenção penal apenas aos mandados explícitos de penalização, situando a Constituição unicamente como ponto de partida e não de chegada. Por isso, não há como negar a existência de mandados implícitos de tutela penal, os quais decorrem da interpretação e compreensão do aplicador do Direito, ainda que sua atuação se encontre limitada ao referencial constitucional.

Os mandados de criminalização¹⁹ não podem ser vistos como parte integrante de um rol exaustivo e restritivo, senão como frutos colhidos de uma análise sistemático-axiológica da Constituição, tendo como base as próprias funções do Estado Democrático de Direito e os direitos por ele garantidos.

Por fim, calha alertar que ante a vulnerabilidade da consciência social à influência de novos rumos, novas necessidades e novos valores, a concepção de bem jurídico não pode permanecer sob uma concepção hermética, definitiva e imutável. A natureza fluida e dinâmica que marcam os dias atuais clamam por uma constante reformulação do Direito Penal para que este não perca eficácia nos seus objetivos ligados a regulação social. (CANTON FILHO, 2012, p.8-11)

3.2.3 Princípios de Direito Penal Constitucional

Além de definir os princípios fundamentais e estruturantes do ordenamento jurídico e limitar os bens jurídicos dignos de proteção, a Constituição é capaz de traçar os princípios gerais do subsistema jurídico-penal, que se encontram no texto constitucional e são concretizados pela parte geral do Código Penal. (MELLO, 2004, p.107-108)

Recai sobre os princípios de Direito Penal Constitucional, portanto, o dever de concretizar os princípios estruturantes, constituindo-se nas diretrizes básicas de todo o

¹⁹ A diferente classificação quanto à natureza dos mandados constitucionais, se explícitos ou implícitos, pouco agregariam ao estudo, neste momento, tendo em vista que os efeitos deles decorrentes são idênticos, havendo que se ressaltar, apenas, a imprescindibilidade, ainda que limitada, da atuação legislativa, ante a proteção penal de bens jurídicos.

Direito Penal, a fim de dispor sobre a eficácia da lei penal, distinguindo-o dos outros subsistemas jurídico-constitucionais.

Em prol de uma unidade sistemática e teleológica, é preciso que o subsistema jurídico-penal seja formado por princípios básicos de Direito Penal presentes na Constituição e no Código Penal, como concretizações dos princípios que norteiam toda a ordem jurídica, uma vez que não basta a pura fundamentação das normas penais nos princípios constitucionais estruturantes, mas que estas atendam aos princípios definidores do Direito Penal. (MELLO, 2004, p.108)

Dentre a extensa gama de princípios estruturantes que incidem sobre toda a fisionomia do sistema, merece destaque, neste particular, o princípio da proporcionalidade, a ser concretizado, dentro do subsistema jurídico-penal, pelos princípios penais constitucionais da adequação social, da intervenção mínima, da insignificância, etc, os quais terão o condão de conferir ao Direito Penal unidade e estrutura sistemática.

Compreendido como um princípio regulativo geral, próprio da essência do Estado de Direito e aplicável a todo o ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade será devidamente concretizado em todo o tipo de intervenção estatal que implique numa restrição de direitos e liberdades. Concebido como pauta orientadora e fundante do Direito Penal, estará impregnado em todas e em cada uma de suas normas, dotando-as de coerência e lógica sistemática.

Sem perder de vista seu afinco constitucional, em seu sentido mais genuíno, a proporcionalidade da norma penal adquirirá um conteúdo definidor do que é o Direito Penal e limitador naquilo que se refere ao seu âmbito de atuação, revelando um caráter absolutamente vinculante à interpretação da norma penal. (BARRANCO, 2007, p.62)

A proporcionalidade desempenha, por esta razão, uma função primordial na esfera criminal, ao orientar as atividades legislativa e judicial, as quais devem completa e absoluta observância ao seu conteúdo, enquanto fundamento à diferenciação nos tratamentos jurídico-penais dispensados às modalidades delitivas.

Associada, por muitos autores, diretamente ao estudo da pena como consequência da infração penal, a proporcionalidade será tratada, neste estudo, sob um espectro mais amplo, como um dos princípios básicos do Direito Penal que o informa, o constitui e

representa um dos pilares sobre os quais descansam as instituições jurídico-penais e os critérios que inspiram as exigências político-criminais, (BARRANCO, 2007, p.63)

Nisso, a análise da proporcionalidade não restará cingida ao puro aspecto estrito, como uma forma de interdição à pena excessiva em relação ao seu fim, senão também que resulte desnecessária para alcançá-lo quando se fizerem possíveis outras medidas. Esta é a orientação de um Estado colocado como instrumento ao serviço da liberdade da pessoa, que condiciona sua intervenção a resultados de melhoras sociais de liberdade, traz o cotejo de antes de depois da intervenção real e o de outras intervenções possíveis em busca do mesmo fim. (BARRANCO, 2007, p.138)

Na sua concepção mais abrangente, portanto, a proporcionalidade vai além da simples relação entre pena prevista e fim perseguido pela norma, senão revela a necessidade de ser apurada a funcionalidade da medida por meio do atendimento aos demais elementos que a integram, a seguir revelados.

3.3 SUBREGRAS DA PROPORCIONALIDADE E SUA MANIFESTAÇÃO NO DIREITO PENAL

Mais uma vez, a Constituição revela-se a fonte válida de todo ordenamento. O Direito Penal, por seu turno, deverá buscar seus limites e objetivos a serem alcançados na própria Carta Magna, tendo em vista que lá se encontram os pilares do sistema jurídico. (COELHO, 2009, p.77)

A partir daí, os princípios aplicados ao Direito Penal necessariamente deverão guardar estreita correlação aos princípios consagrados constitucionalmente, de modo a informar sua atuação, impondo funções e limites ao poder de punir do Estado. Os princípios básicos reconhecidos e assimilados pelo Direito Penal formarão “a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o Direito Penal de um Estado de Direito Democrático”. (BATISTA, 2007, p.61-62)

Os princípios acolhidos pelo Direito Penal terão como função primordial assumir sua condição de pautas valorativas a serem concretizadas pelas demais normas jurídico-penais, de maneira a produzir uma interferência direta no conteúdo das regras jurídicas do sistema penal como um todo. Numa definição concisa, os princípios de Direito Penal nada mais são do que uma adequação racional de valores constitucionais. (MELLO, 2005, p.159-166)

Classificar um princípio como constitucional penal é fazer referência a um princípio de natureza geral, não exclusiva do Direito Penal, mas pertencente a todo o sistema jurídico, ao contrário do que acontece com os princípios penais constitucionais, os quais, retirados do corpo da Constituição, tratam unicamente da matéria penal. (COELHO, 2009, p.77)

A despeito da distinta classificação, os princípios mantêm conservadas indistintamente sua aplicação e subordinação, atribuindo às normas infraconstitucionais o seu respeito e atendimento, a fim de conformar os valores constitucionais à seara penal. É cediço a determinação de uma zona de convergência entre a Constituição e o Direito Penal, de modo que os fundamentos e limites da atividade estatal repressiva deverão naquela estar contidos. (RIVACOBÁ, 2000, p. 41)

Eleito, por Paulo Queiroz (2005, p.32-33), como o princípio mais importante de todo o Direito, a proporcionalidade revela especial relação com o Direito Penal, pois está intrinsecamente imergida na aplicação dos seus institutos, como a legítima defesa, a responsabilidade penal, erro de tipo e outros conceitos que albergam o estudo dos subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Não pairam dúvidas quanto à indispensabilidade na aplicação da proporcionalidade ao Direito Penal sedimentado nas bases de um Estado Democrático de Direito. Outra razão não há, senão a de que o Direito Penal carrega em seu bojo um conflito entre a liberdade do sujeito e a intervenção estatal, sendo essencialmente um instrumento de vulneração dos direitos fundamentais. (MELLO, 2007, p.207)

E como tal, a intervenção penal deve assumir caráter excepcional, encontrando respaldo exatamente na observância da regra da proporcionalidade em suas três dimensões, de maneira que o emprego das medidas penais atinja o mínimo possível os direitos dos cidadãos.

Ao contrário do que se convencionou a afirmar que somente aquilo que é adequado pode ser considerado necessário, mas o necessário terá de ser necessariamente adequado, estabelecendo uma ordem lógica para aplicação dos subelementos da proporcionalidade, o Direito Penal não obedece tal regra, por deter níveis diversos de aferição do mandamento constitucional. (GOMES, 2003, p.80)

Nesse sentido, interessa destacar que o ajuizamento dos diferentes requisitos da proporcionalidade não é um processo limitado, repartido em seções estanques, de sorte que admite interferências. Simplificando, uma pena será idônea para prevenir um delito em função de sua relevância; será necessária em função da sua relevância; será proporcional em sentido estrito em função da sua relevância, importância esta que será razoável em função do que se pretenda proteger e em função do quanto e como seja necessário fazê-lo, numa completa interação de juízos. (BARRANCO, 2007, p.147)

A despeito do foco do presente trabalho ser a aplicação da proporcionalidade pelo julgador, não se pode olvidar que a regra constitucional em questão se faz presente durante todas as fases de desenvolvimento do Direito Penal, de maneira que se não opera tão somente no momento de sua concreção judicial, mas também ao longo da produção legislativa.

Ou seja, se é quase uma obviedade insistir no importante papel que deve cumprir a proporcionalidade no momento da aplicação da lei, oportunidade em que serão respeitados os parâmetros e contornos normativos, não se pode negar que sua força vinculante recai igualmente sobre a atividade do legislador em suas decisões de incriminação, marcos necessariamente observados na concreção legal. (BARRANCO, 2007, p.128-129)

3.3.1 Necessidade e princípio da intervenção mínima

Dentre os níveis de avaliação da regra da proporcionalidade dirigidos às normas penais, o primeiro deles é a necessidade. Através do presente subelemento será valorado se a conduta a ser incriminada preenche os requisitos constitucionais essenciais a ser elevada à categoria de ilícito penal. (GOMES, 2003, p.80)

Ora, o cotejo da necessidade se volta primariamente à atuação do legislador penal, porquanto atinge diretamente o processo de criminalização de condutas e definição dos tipos penais, num momento em que a atuação legislativa não poderá prescindir da compreensão do texto constitucional, enquanto ordem de valores a serem concretizados pelo Direito Penal. (COELHO, 2009, p.82)

O princípio da intervenção mínima enfrenta a missão de orientar e limitar o poder incriminador do Estado, apregoando que o processo de criminalização de uma conduta apenas se mostrará legítimo se constituir meio necessário para a proteção de

determinado bem jurídico, pois se a existência de outros meios de controle social forem suficientes à tutela deste bem, a incidência penal se tornará inadequada e não recomendável. (BITTENCOURT, 1996, p.82)

A dimensão da necessidade consiste basicamente na escolha do meio menos gravoso, ou seja, “diante de dois meios igualmente eficazes para se atingir determinado fim, deve ser escolhido aquele que tenha a menor interferência possível nos direitos fundamentais”. (MELLO, 2007, p.208)

Sob esse aspecto, a intervenção penal será necessária se a consecução do fim almejado não poderia ser alcançada por meio de outra medida, igualmente eficaz, menos restritiva, como aquelas de natureza civil ou administrativa (FELDENS, 2005, p.163). A medida penal só deverá ser aplicada quando manifesta a sua absoluta necessidade ante as circunstâncias concretas do caso apresentado, numa visível correlação com o que determina o princípio da intervenção mínima²⁰.

“Surgia o princípio da necessidade, ou da intervenção mínima, preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.” (LUISI, 2003, p.39)

É de toda ciência que a tutela penal constitui medida extrema, não devendo incidir sobre toda e qualquer lesão de bem jurídico. Assis Toledo (1991, p.17) esclarece que o Direito Penal reserva sua atuação apenas à proteção especial de bens jurídicos, quando insuficientes as garantias extrapenais oferecidas pela ordem jurídica vigente, tornando a intervenção penal subsidiária, fragmentária e *ultima ratio*.

Em reforço a este coro intelectualivo, cumpre afirmar categoricamente que a intervenção punitiva representa a técnica de controle social mais gravosa, lesiva e violenta frente à liberdade e dignidade do indivíduo, devendo-se invocá-la tão somente como remédio extremo, constatada a sua efetiva necessidade.

Mais que isso, para que uma norma seja funcional no contexto axiológico na qual repousa, deverá se mostrar suficiente em comparação com outras normas possíveis que pretendam similares objetivos. No entanto, para se comprovar tal eficácia similar mister

²⁰ Mesmo entendimento é aquele revelado por Norberto Barranco (2007, p.164) ao asseverar que as concretas circunstâncias que rodeiam cada fato permitem analisar com maior detalhe a possível existência de medidas alternativas menos gravosas para a consecução da finalidade perseguida.

se faz uma avaliação global dos custos e benefícios, a partir do racionalmente previsto e das circunstâncias que a experiência tenha aportado, compreendendo todas as funções de cada norma, todas as consequências desejadas ou não, reconhecidas ou não, os custos econômicos da medida, etc. (BARRANCO, 2007, p.155)

Através de uma valoração de eficiência, pode-se inferir a atuação do Estado contrária à proporcionalidade, no seu aspecto necessidade, quando recorre ao Direito Penal mesmo que medidas de outras naturezas possam outorgar ao bem jurídico merecedor de tutela igual ou maior proteção. (AGUADO CORREA, 1999, p.233)

Em outro dizer, a intervenção penal apenas será legítima quando esgotados todos os recursos e alternativas possíveis de controle social de que dispõe o Estado e a ordem jurídica. Fracassadas ou insuficientes as formas disponíveis à contenção das condutas desviantes, restará justificado o apelo à atuação penal na solução do conflito.

Toda a prioridade conferida ao uso dos meios extrapenais não é acidental. A arma do Direito Penal que dispõe o Estado é o meio menos recomendável para a proteção do indivíduo, em razão dos custos sociais que implica, alcançando os conflitos sociais em nível já avançado. Sua atuação é tardia e inapta a neutralizar as causas geradoras das desordens sociais, sem falar na sua falta de capacidade de restaurar a condição anterior que se encontrava o bem jurídico tutelado. (QUEIROZ, 1998, p.24-25)

Pertinente a observação feita por Fábio Roque de Araújo (2011, p.152) ao destacar que a intervenção penal por si só é revestida de tamanha violência, que a mera deflagração da persecução criminal traz consigo um fardo estigmatizante e cruel, devendo ser, por conta disto, excepcional, em que reste demonstrada a inequívoca necessidade da medida adotada.

As marcas do sistema repressivo costumam permanecer com o indivíduo durante toda sua vida, tal qual uma cicatriz, tamanha a violência que lhe é inerente, muitas vezes impondo ao cidadão condição análoga a de um animal de zoológico, trancafiado nas jaulas dos tribunais, em situação humilhante, sendo assistido por outras pessoas que dificilmente o verá como ser humano. (CARNELUTTI, 2010, p.14)

Por esta razão, em face da inevitável vulneração dos direitos fundamentais do indivíduo, é que se encontra o fundamento basilar do princípio da intervenção mínima, mediante o

qual a chancela penal deverá assumir qualidade subsidiária, quando não haja qualquer outra forma de debelar a lesão ao bem jurídico.

É possível colher alguns exemplos da legislação pátria, nos quais se pode verificar o manifesto desatendimento ao princípio da intervenção mínima, derivado do subelemento da necessidade, tornando a medida penal, por sua vez, desproporcional.

A título de ilustração, o Código Penal Brasileiro traz no seu art. 330 o crime de desobediência. No entanto, tal ilícito é igualmente previsto em outros âmbitos do Direito, havendo cominação de sanções civis, administrativas e processuais para este tipo de ato, eivando a sanção penal da mácula da desproporcionalidade, já que existem meios menos gravosos para a proteção do bem jurídico ali representado.

É nessa linha de raciocínio que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento pacífico no que se refere a não configuração da tipicidade penal do art. 330 do CP, se a inexecução de determinada ordem, emanada de servidor público, revelar-se passível de sanção de caráter administrativo prevista em lei, porquanto desproporcional, à luz da subregra da necessidade, a ingerência drástica do Direito Penal²¹.

Nesta senda, a legislação penal carece de sentido, já que o restante do ordenamento jurídico anteriormente previu a conduta punível e lhe atribuiu sanções de natureza extrapenal, o que afasta a necessidade da intervenção repressiva, utilizada, não raro, de forma equivocada como *prima ratio*. (MARQUES, 1964, p.09)

É preciso que o Estado lance mão da enorme gama de recursos disponíveis no sistema jurídico vigente, a fim de proteger os interesses da sociedade, sem que arrogue unicamente ao Direito Penal a função de tutelar os bens jurídicos fundamentais, de

²¹ Eis os arquetipos jurisprudenciais ajustáveis à hipótese, *sub examine*:

“HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE. MOTORISTA QUE SE RECUSA A ENTREGAR DOCUMENTOS À AUTORIDADE DE TRÂNSITO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA.

A jurisprudência deste Corte firmou-se no sentido de que não há crime de desobediência quando a inexecução da ordem emanada de servidor público estiver sujeita à punição administrativa, sem ressalva de sanção penal. hipótese em que o paciente, abordado por agente de trânsito, se recusou a exibir documentos pessoais e do veículo, conduta prevista no Código de Trânsito Brasileiro como infração gravíssima, punível com multa e apreensão do veículo (CTB, artigo 238).

(HC 88.452-1/RS – Rel. Min. Eros Grau)

“Não se reveste de tipicidade penal- descaracterizando-se, desse modo, o delito de desobediência (CP, art. 330)- a conduta do agente, que, embora não atendendo a ordem judicial que lhe foi dirigida, expõe-se, por efeito de tal insubmissão, ao pagamento de multa diária (‘astreinte’) fixada pelo magistrado com a finalidade específica de compelir, legitimamente, o devedor a cumprir o preceito.”

(HC 86.254/RS, Rel. Min. Celso de Mello)

modo que seu emprego se revele necessário apenas naqueles casos em que os meios utilizados se mostraram insuficientes à solução do conflito.

A respeito da característica subsidiária própria do Direito Penal, Mariângela Gomes (2003, p.85) chama atenção para o duplo aspecto que reveste o instrumento repressivo, o negativo e o positivo, sendo eles compatíveis e complementares. O primeiro consiste na vedação ao Estado em estabelecer tutela penal ao bem jurídico, quando este último poderia receber a mesma proteção através de outros meios, ao passo que o segundo impõe ao Estado a obrigatoriedade em adotar todas as medidas não penais que evitem a utilização do recurso ao Direito Penal.

A proteção penal voltada apenas às formas de agressão mais intoleráveis aos bens jurídicos fundamentais descreve uma forma racional, adequada e eficaz à resolução dos conflitos, na medida em que confere não apenas menor extensão ao exercício do Direito Penal, mas o torna minimamente intenso, menos ofensivo aos bens jurídicos fundamentais do cidadão.

O que se vê, contudo, é um aumento abusivo das normas penais criminalizadoras, com o fito de fazer cumprir outras leis, quando deveriam ocupar-se com a punição de condutas violadoras aos bens essenciais da sociedade. As normas de natureza penal não podem prescindir do seu elemento essencial: a objetividade jurídica, a qual consiste na finalidade de proteção dos bens fundamentais, de modo que sua ausência retira da norma penal seu prisma substancial, conferindo-lhe apenas uma roupagem aparentemente penal. (OLIVEIRA, 1997, p.149)

Isto é, acreditar que a edição de normas penais cumpre a função de regular toda e qualquer espécie de conflito da sociedade, de forma satisfatória, é converter um Direito Penal instrumental apenas em simbólico, de modo a promover seu desgaste, sem que haja a necessária utilidade do seu emprego, enquanto forma extremamente gravosa ao cidadão. (COELHO, 2003, p.114)

Daí ser digna de destaque a atuação do hermeneuta. Situada em fase posterior à elaboração legislativa dos tipos penais, a atividade interpretativa possui fundamental importância na verificação do atendimento aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, necessidades mínimas à intervenção penal, os quais devem guiar o legislador infraconstitucional. (MINAHIM, 1999, p.46)

Enfim, presentes e disponíveis outros meios à salvaguarda dos bens jurídicos fundamentais, não assiste razão àquele que opta pela intervenção mais radical na liberdade do indivíduo, qual seja a de natureza penal, causando-lhe desnecessariamente aflições e suplícios evitáveis se utilizadas outras formas de controle social, igualmente eficazes.

3.3.2 Adequação e princípio da adequação social

Semelhante ao critério acima delineado, a observância da adequação penal voltada não só ao legislador penal, como ao aplicador do Direito, é determinada pela análise da probabilidade de determinada incriminação vir a cumprir a finalidade preventiva a que se propõe o Direito Penal. Isto é, constitui uma análise entre meios e fins, de modo que a proporcionalidade da norma restará configurada quando se mostra idônea à prevenção de práticas já valoradas, anteriormente, como necessitadas de ameaça penal. (GOMES, 2003, p.80)

Tem-se como ponto de partida ao exame da adequação penal o escopo precípua do Direito Penal, o qual consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais. Isto é, considera-se a medida penal adequada, quando o meio empregado possa atingir, ao menos fomentar, o resultado pretendido, que, no caso, é a tutela dos bens jurídicos. Na hipótese da criminalização da conduta não alcançar o fim penal de proteção ao bem jurídico fundamental, configurado estará o abuso legislativo. (ARAÚJO, 2011, p. 149-150)

O alcance do fim da incriminação (tutela do bem jurídico) é o fundamento do exercício da intervenção penal. Ao revés do que possa parecer, a questão central que se coloca na aferição do subprincípio da adequação não é simplesmente o objetivo da tutela, mas gira em torno do instrumento utilizado, numa relação entre meio-fim. Ou seja, toca à “idoneidade do tipo penal e aparato sancionatório para perseguir o resultado de tutela tido como legítimo”. (GOMES, 2003, p.131)

O Direito Penal absorveu ao seu corpo o princípio da adequação social, enquanto princípio corolário da proporcionalidade/adequação. Desenvolvida por Hans Welzel, a teoria da adequação social parte do pressuposto que os tipos penais indicam formas de conduta que supõe uma infração grave dentro da ordem social. Entretanto, ainda que presentes no universo dos tipos penais, determinadas condutas não serão tidas como

criminosas se estiverem em conformidade com a ordem social. Condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, mas que se mantém dentro dos limites da liberdade de ação social. (WELZEL, 2004, p.87-88)

Nesse rumo, determinados comportamentos carecem de relevância, muito embora objetos de tipificação penal, por conta das suas repetidas ocorrências no meio social, circunstância que os torna socialmente permitidos ou tolerados, imunes à reprovação social. (BITTENCOURT, 1996, p.86)

Se a sociedade figura como destinatária final da ordem jurídica, nada mais justo que caiba especialmente a ela determinar qual conduta seja ter como criminosa. “De nada adianta ao legislador tipificar essa ou aquela conduta, tipificando-a de criminosa, se o meio social, ainda que informalmente, acolhe com naturalidade o infrator dessas normas”. (CARVALHO, 1997, p.70)

Através do princípio da adequação social, a tipicidade da conduta socialmente adequada será afastada. A desnecessidade da intervenção penal se dá em razão da tolerância e aceitação social em face da conduta praticada, conduzindo-a a licitude, em que pese a literalidade do código repressivo a qualifique como um injusto típico.

O crime de adultério²² tinha como objeto de tutela penal a organização familiar e a preservação do instituto do casamento. Entretanto, como bem assevera Welzel, a obrigação de levar uma vida conjugal somente deve dizer respeito ao casal, de modo que a infração a este dever trará conseqüências somente ao seio matrimonial. Não cabe à tutela penal impor o seu cumprimento, pois o abandono da vida conjugal é considerado uma conduta socialmente adequada, que se mantém dentro dos limites da liberdade de ação social. (WELZEL, 2004, p.87)

O que se pretende com a adoção de uma medida adequada é que seu emprego alcance ou promova a consecução da finalidade traçada. Não sendo verificada essa perfeita ligação entre meio e fim, não há que se falar em proporcionalidade/adequação.

A tipificação de condutas criminosas, por conseguinte, deve demonstrar a capacidade em tutelar o bem jurídico pretendido, de maneira que devem ser afastadas, de plano,

²² Antes da sua revogação, instituída pela Lei 11.106/2005, o crime de adultério estava preconizado no art.240 do Código Penal Brasileiro. Art.240 – Cometer adultério: Pena: detenção, de quinze dias a seis meses.

aquelas ações legalmente enquadradas como delituosas, desprovidas do propósito basilar do Direito Penal, qual seja a proteção do bem jurídico.

3.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito e princípio da insignificância

Derivada do pensamento encampado por Cesare Beccaria²³, a aplicação do subelemento da proporcionalidade em sentido estrito é verificada especialmente no momento de atuação do intérprete, foco do presente trabalho, o qual deverá exercer um juízo de valoração concreto entre a quantidade e qualidade da sanção imposta ao delito e sua gravidade. (GOMES, 2003, p.81)

Consoante a ordem lógica do princípio da proporcionalidade, deverá ser formulada a seguinte interrogativa, com o fito de aferir a proporcionalidade em sentido estrito: “a pena criminal cominada e/ou aplicada (considerada meio adequado e necessário, ao nível da realidade) é proporcional em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico?”. (SANTOS, 2008, p.28)

Exige para sua incidência que os meios de atuação estatal, idôneos e necessários, guardem relação com o fim perseguido, ou seja, que restem enquadrados nesta relação de meio e fim que também preside a análise dos elementos de ajuizamento da proporcionalidade, em sentido amplo, anteriormente referidos. (BARRANCO, 2007, p.166)

No sentir de Luciano Feldens (2005, p.166), a pena se mostra desproporcional em seu sentido estrito quando resta detectado um desequilíbrio patente e excessivo entre a sanção e a finalidade da norma, tendo como referência o bem atingido em face da sua incidência.

Caberá ao intérprete, portanto, desempenhar constante juízo de ponderação, a fim de valorar o castigo a ser aplicado e a gravidade do crime praticado, de modo que a carga

²³ Profundamente influenciado pelo pensamento iluminista de Montesquieu, Cesare Beccaria sistematizou, na sua obra “*Dei delitti e delle pene*” (Dos delitos e das Penas), as idéias e críticas voltadas ao tenebroso direito penal vigente no Estado absolutista, erigindo-a a condição de verdadeiro paradigma na humanização do Direito Penal. Traz como pedra de toque a noção de proporcionalidade entre infração e sanção penal. Com isso, sustenta-se a pretensão de livrar o indivíduo do uso arbitrário do *ius puniendi* pelo Estado, de modo a serem estabelecidos os limites dentro dos quais esse poder poderá ser exercido. (BECCARIA, 2011, p.42)

de privação ou restrição de direito imposta pela pena guarde a devida proporção com o fim perseguido com a incriminação e com as penas cominadas. (QUEIROZ, 2005, p.36)

O juízo da proporcionalidade em sentido estrito traduz exatamente a análise específica da proporção, do equilíbrio e da ponderação que deve existir entre a medida efetivada e o interesse que pretende tutelar ou, de um modo mais completo, entre as vantagens e os prejuízos que gravitam sobre a limitação de um direito para a proteção de outro. (BARRANCO, 2007, p.168)

Sob uma análise dos prós e contras, a incriminação de condutas deve estar balizada nas mazelas oriundas da aplicação e execução da pena prevista em abstrato em face da pacificação social que se pretende, enquanto bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Se a violência inerente a intervenção penal se denuncia mais danosa à sociedade que a imposição da pena ao acusado, a medida será considerada manifestamente desproporcional. (ARAÚJO, 2011, p.155)

O subelemento da proporcionalidade *stricto sensu* funda-se num juízo de “valoração comparativa” entre o interventivo punitivo essencialmente incisivo e a finalidade perseguida com sua imposição. Noutro dizer, deve-se apurar a existência da proporcionalidade a partir da ponderação entre a carga coativa da medida penal e a gravidade do crime praticado. (GOMES, 2003, p. 170)

A este respeito, por constituir uma regra de procedimento vinculada ao mecanismo da ponderação, não se pode falar em uma única solução válida para cada caso, senão que simplesmente promove uma forma de argumentação. Admite, então, variados enfoques que não se esgotam em simples enunciados, o que exige do seu operador um esforço de concreção, inserido numa perspectiva real, fática e causal. (AGUADO CORREA, 1999, p.285)

Paralelo ao subelemento em questão surge o princípio da insignificância, na medida em que é imposta ao Direito Penal a obrigação de atuar apenas onde houver manifesta necessidade para a proteção do bem jurídico, não lhe cabendo intervir frente às condutas de pouca importância, que não causem efetivamente danos que justifiquem uma resposta sancionatória.

Se a lesão ao bem jurídico é ínfima, a intervenção penal se revela desproporcional, haja vista a máxima vulneração dos direitos fundamentais por parte desta atuação estatal,

ante a natureza violenta que lhe é intrínseca, em confronto com a lesão mínima ao bem jurídico. (MELLO, 2007, p.216)

Calha trazer à baila o escólio de Bittencourt e Prado (1996, p.87) em que aponta o caráter irrelevante da conduta não apenas no tocante à importância do bem jurídico, mas principalmente no que se refere ao grau de intensidade da lesão que lhe foi produzida. Trocando em miúdos, a tipicidade penal exige não somente a mera ofensa ao bem jurídico tutelado, mas que esta violação seja grave o suficiente para legitimar a drástica intervenção estatal.

Sob este prisma, o princípio da insignificância incidirá naqueles casos em que a aplicação da pena, a ingerência penal trará maiores prejuízos, maior perturbação social que a mera lesão provocada ao bem jurídico tutelado, ante sua natureza bagatelar. (COELHO, 2009, p.111)

É o caso, por exemplo, dos crimes contra o patrimônio praticados sem violência ou grave ameaça, nos quais os Tribunais Superiores Pátrios vêm consolidando entendimento no sentido de afastar a tipicidade material do delito perpetrado, em razão da mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado, numa tentativa de construção garantista do Direito Penal.²⁴

“A aplicação do princípio da insignificância é uma imposição decorrente da sistemática penal moderna, que não pode somente se basear no desvalor da ação para entender como típico um fato, mas, sim, que deve observar o desvalor do resultado, ou seja, o grau de significância da lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.” (COELHO, 2003, p.120)

O Direito Penal não deve ocupar-se com condutas irrelevantes, mas concentrar seus esforços na tutela dos bens jurídicos fundamentais, essenciais ao desenvolvimento do ambiente social, de forma que a restrição penal de direitos do indivíduo face ao seu comportamento, ainda que típico, de natureza insignificante, infimamente danoso, não se mostra proporcional.

Imperioso esclarecer que os princípios acima pormenorizados não incidem no subsistema penal de forma independente e aleatória, senão de maneira conjunta e lógica, aliados, ainda, ao duplo aspecto da regra de proporcionalidade, enquanto parâmetros

²⁴ Precedentes jurisprudenciais: HC 108872/RS; HC 106510/MG; HC 94549/RS

balizadores do cumprimento da função primordial do Direito Penal, qual seja a tutela dos bens jurídicos fundamentais.

3.4 A DUPLA FACE DA PROPORCIONALIDADE E SUA MANIFESTAÇÃO NO DIREITO PENAL

Sob o contexto de um Direito Penal cada vez mais inserido e influenciado por uma polarização social e econômica aguda, geradora de extremismos, conforme já demonstrado alhures, faz-se indispensável a invocação da regra da proporcionalidade, em sua dupla face como proibição de excesso e proibição de insuficiência, a fim de atuar na concretização legítima dos deveres de proteção que vinculam os poderes estatais no âmbito da tutela dos direitos fundamentais. (SARLET, 2004, p.61)

Um Direito Penal marcadamente extremista, como o atual, tende a macular sua finalidade precípua de proteção aos bens jurídicos fundamentais, na medida em que viola frontalmente a proporcionalidade ao empregar uma tipificação penal de natureza excessiva ou insuficiente, distante do equilíbrio possível e necessário à sua formulação garantista, própria de um Estado Democrático de Direito.

Nesse aspecto, o dever de proteção do Estado não se limita ao sentido clássico, de ordem negativa, destinado meramente a imposição de limites ao sistema punitivo e abstenção da prática de condutas violadoras aos direitos de defesa, senão vai além, quando assume a feição de um garantismo positivo, com o condão de competir um comportamento ativo na concretização das garantias constitucionais.

Não se pretende, com isso, que o dever de proteção às garantias do indivíduo se dê de forma compartimentalizada, tal qual uma mera superação de fases, mas que o papel do Estado na tutela dos direitos fundamentais se concretize de maneira agregada, por meio de uma “política integral de proteção dos direitos fundamentais”²⁵.

Restringir a função do Direito Penal à proteção contra os abusos estatais é conceber a regra da proporcionalidade apenas sob o prisma unilateral, alheia a sua noção traçada por Ingo Sarlet (2004, 63-64), a qual refuta uma concepção exaurida na categoria da

²⁵ Expressão criada por Alessandro Baratta (2000, p.47), a qual visa definir o garantismo não apenas no seu aspecto negativo como limite do sistema positivo, senão também como garantismo positivo. “La relación existente entre garantismo negativo y garantismo positivo equivale a la relación que existe entre la política de derecho penal e la política integral de protección de los derechos. el todo se sirve de cada uno de los elementos que cada vez lo conforman, pero cada uno de estos elementos necesita del todo.”

proibição de excesso, já que encontra igualmente um dever de proteção por parte do Estado, diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal.

Sem que seja abandonado o modelo clássico de garantismo negativo, próprio da visão liberal, a missão estatal, no plano do Direito Penal, deve ser compreendida a partir de uma nova perspectiva, posicionando o Estado não mais como “inimigo” do cidadão, senão como implementador e protetor dos seus direitos fundamentais, conformando a regra da proporcionalidade, em sua dupla face, ao modelo do Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2007, p. 98-99)

Alterando-se a feição absentéista do Estado, necessariamente será modificada a feição do Direito. Isto é, supera-se o cunho ordenador do Direito, passando a ser encarado como instrumento de transformação, ante o papel dirigente da Constituição. Se antes o Estado mostrava-se preocupado tão somente em dar respostas imediatas, através do Direito, às agressões aos direitos e garantias individuais, agora não foge à sua alçada o dever prestacional, o qual exige que sua atuação esteja pautada em níveis mínimos de proteção, em consonância com a perspectiva compromissória adotada pela Carta Magna.

Esta é, pois, a determinação constitucional a ser aplicada na busca pelo equilíbrio da atividade estatal ante a tutela dos bens jurídicos fundamentais. Patrocinada pela regra da proporcionalidade, em seu duplo aspecto, “a Constituição determina – explícita ou implicitamente – que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: a uma, protege o cidadão *frente ao Estado*; a duas, *através do Estado* [...]”. (STRECK, 2007, p.98)

3.4.1 Da proibição à proteção excessiva

Não raro, a doutrina, muitas vezes, se vale da idéia de proibição de excesso como termo equivalente a regra da proporcionalidade. No entanto, não se pode perder de vista que a proibição de excesso nada mais é que uma faceta da proporcionalidade, de modo que igualar tais institutos consiste numa incoerência sistêmica.

Seu campo de atuação, por seu turno, revela o liame indisfarçável com a concepção liberal de Estado, em que o grande objetivo do Direito era atuar na defesa das garantias

fundamentais do indivíduo, operando como elemento legitimador da intervenção estatal. Exige-se do Estado uma obrigação de não fazer, uma conduta meramente negativa em favor da liberdade individual. (STRECK, 2009, p.88)

Numa definição breve, a proibição de excesso traduz a impossibilidade de o Estado agir de maneira excessiva ou abusiva na consecução de suas finalidades, de modo que ao exercer suas atividades deverá observar os direitos e garantias individuais, procurando estabelecer uma relação de equilíbrio entre os atos do Poder Público e a correspondente limitação aos direitos fundamentais do cidadão.

Os limites de legitimação da intervenção Estatal na liberdade de atuação da sociedade possuem íntima relação com o valor de um bem jurídico. Isto é, não se pretende que toda conduta relativa ao bem jurídico específico seja criminalizada, senão apenas quando tal comportamento se mostre lesivo ou o coloque em perigo, numa proteção tipicamente negativa.

Acerca da dimensão negativa da proporcionalidade, Mariângela Gomes (2003, p.74-75) ressalta que:

“[...] para que as possibilidades de intervenção estatal na esfera de liberdade dos indivíduos resem efetivamente limitadas, não basta a existência de limites apenas formais, mas impõe-se uma garantia material perante o risco de que a maioria parlamentar escolha criminalizar de forma antiliberal. É neste sentido, então, que o princípio da proporcionalidade assume especial papel de garantia, de caráter negativo, cumprindo a finalidade de frear a degeneração do poder punitivo, impedindo-o de expandir-se ilimitadamente.”

Em seguida, esclarece que esta garantia encontra-se relacionada à técnica de legitimação interna das normas, própria do Direito Penal, consistente em vínculos negativos, não apenas dirigidos ao legislador, mas também ao juiz, quando deverão observar o momento e a forma de atuação. Pretende, com isso, impor a tutela de determinado direito ou liberdade fundamental, vinculando para tanto as normas de natureza sancionatória e restritiva, de nível inferior. (GOMES, 2003, p.75)

Partilha desse entendimento Maria Luiza Streck (2009, p.89), de sorte que identifica a proibição de excesso não apenas no momento da criação do Direito, por meio da atividade legislativa, senão salienta sua presença no momento de sua aplicação, feita por juízes e tribunais. Ou seja, a proibição de excesso assume papel relevante no processo de penalização, ao longo de três fases: na primeira delas, a extensão de determinada figura delitiva pode afetar a proibição de excesso; na segunda, o marco penal abstrato

pode não estar em harmonia com a matéria do injusto delimitada no tipo legal; por último, o excesso pode restar configurado nas decisões proferidas pelos aplicadores do Direito.

Sem dúvida alguma, as limitações de ordem constitucional impostas às intromissões penais constituem a maior garantia que o Direito Penal estabeleceu a partir do iluminismo. A preocupação central com a coibição de excessos praticados pelo “inimigo”, o Estado, servirá de fundamentação ao poder punitivo, no interesse da proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

Desse modo, a proporcionalidade, no seu viés negativo, representado pela proibição de excesso, constitui uma ferramenta de fundamental importância na verificação da carga restritiva que recai sobre os direitos fundamentais por meio da lei penal, a qual poderá ser objeto de controle de constitucionalidade, se demonstrada sua natureza excessiva e desmesurada.

A constatação da inconstitucionalidade de determinada medida restritiva de direito, por violação à regra da proporcionalidade como proibição de excesso, pode ser verificada nas seguintes parciais: (a) adequação; (b) necessidade e (c) proporcionalidade em sentido estrito. Nelas, será procedido um juízo negativo, com o fito de analisar a ausência de ofensividade da conduta, o que afastaria a dignidade penal. (FELDENS, 2008, p.86)

Há, ainda, situações em que a proibição de excesso pode ser caracterizada, quando o legislador promove uma manifesta incoerência endonormativa no sistema jurídico-penal, ao apenar mais gravemente uma conduta que, ao lado de outra, ajustadamente penalizada, não se apresenta assim como um tanto mais grave. E, nesta seara acerca do valor das penas, Feldens (2008, p.88) traz à baila o escólio de Hirsch, batizada como a teoria proporcionalista.

Tem como ponto de partida a distinção entre a proporcionalidade ordinal e a cardinal. A primeira se refere a uma escala relativa na qual, comparativamente, condutas mais graves merecem uma reprovação penal mais severa. A segunda trata da proporcionalidade não relativa, a qual permite calibrar a gravidade da pena em relação à conduta sem que haja necessidade de estabelecer comparações com outras penas.

A proporcionalidade ordinal, por sua vez, comporta três subcritérios: (a) paridade da penas, na qual delitos de gravidade semelhante mecerem penas de severidade similar; (b) escalonamento das penas, o qual advoga pela ordenação das penas em escala de forma tal que sua maior ou menor severidade reflita o nível de gravidade dos delitos implicados e; (c) distanciamento das penas, em que se defende a idéia de haver distância específicas das penas, conforme a gravidade de cada delito. (FELDENS, 2008, p.88)

Muito embora a teoria criada por Hirsch venha trazer elucidações acerca da proibição de excesso, é preciso ter em mente que sua aplicação não é de toda absoluta, de modo que o magistrado jamais deverá furtar-se da análise concreta, já que uma aparente desproporção pode estar justificada, em determinados casos, por questões alinhadas à política criminal, a fim de conter uma conduta específica.

É o caso, por exemplo, do homicídio culposo. A teor do que dispõe o Código Penal, a pena cominada para o art.121, § 3º é de 01 (um) a 03 (três) anos de detenção, ao passo que o art.302 da Lei nº 9.503/97 prevê uma pena de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, nas hipóteses de homicídio culposo de trânsito. Numa primeira impressão, pode-se dizer que o tratamento dispensado pela lei especial revela-se excessivo, se tomada como parâmetro a previsão da lei geral. Entretanto, com base em dados empíricos, pode-se perceber que os casos de homicídio culposo ocorridos no trânsito decorrem de condutas imprudentes na condução do veículo automotor, de maneira que a diferença entre as sanções apontadas parece estar justificada por motivos político-criminais, a fim de frear a recorrência da conduta lesiva, afastando qualquer caráter desproporcional. (FELDENS, 2008, p.90)

Portanto, a dimensão negativa da proporcionalidade, a proibição de excesso, não será apurada sob bases abstratas, mas encontrará suas balizas *casu in casu*, de modo que a resposta penal deverá adequar-se às peculiaridades de certo fato, a fim de guardar a coerência e proporção necessária com o fim colimado, sob pena do Direito Penal experimentar o descrédito.

Superado o exame desta faceta da proporcionalidade, não se pode desconhecer o estudo acerca da outra dimensão, qual seja a positiva, representada pela proibição à tutela insuficiente, indispensável à composição plena da regra da proporcionalidade, enquanto sustentáculo da atuação estatal na tutela dos direitos fundamentais do indivíduo.

3.4.2 Da proibição à proteção insuficiente

Tratar da feição positiva da proporcionalidade, a proibição de insuficiência, é ter como referência não mais os direitos fundamentais de defesa, próprios da primeira dimensão, mas aqueles de segunda e terceira dimensões, os quais possuem alcance positivo. Isto é, por não ocuparem posição contrária ao Estado, passam a exigir-lhe ações capazes de efetivar o exercício das garantias previstas constitucionalmente, numa imposição de dever de tutela a ser cumprido.

Os deveres de proteção jurídico-fundamentais voltados ao Estado revelam o rompimento com o modelo clássico de proibição, como os direitos unicamente de defesa. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais reflete a nova fase assumida pelo Estado Democrático de Direito, na qual implicou-se um novo processo de proteção aos direitos, de ordem prestacional, em razão da complexidade social instalada no decorrer do século XX. (STRECK, 2009, p.94)

Fixar os limites do dever de proteção estatal, por sua vez, não se mostrava um trabalho simples. Em meio a polêmicas doutrinárias, o Tribunal Alemão, em 1975, decidiu, no corpo do julgado BVerfG 88, 1993, qual o sentido a ser dado à proibição de infraproteção. Passa a ser considerada, portanto, como a antagonista da tradicional proibição de excesso, representando o limite inferior da liberdade de valoração do legislador. (STAECHELIN, 2000, p.289)

Lênio Streck (2011, p.6-7) traz em sua obra trechos da referida jurisprudência alemã, destinada ao julgamento da descriminalização do aborto, a qual revela o uso efetivo da proibição de tutela insuficiente, destacando seu papel e características:

“O Estado, para cumprir com o seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que permitam alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos- uma proteção adequada, e como tal, efetiva (*Untermassverbot*). (...) É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. (...)”.

Malgrado existam posicionamentos doutrinários tendentes a fixar uma compatibilidade entre a proibição de excesso e a proibição de proteção insuficiente²⁶, o presente trabalho liga-se a tese de que ambas constituem categorias autônomas, detentoras de características próprias, embora estejam intimamente relacionadas²⁷. (FELDENS, 2008, p.92)

Considerar a proibição de excesso e a proibição da infraproteção como uma só face da moeda é ignorar o campo de liberdade deixado ao legislador para a concretização do dever de proteção, tendo em vista que o dever de tutela definitivo não começa onde termina o direito de defesa, de modo que este limite representa tão somente a área de conformação da atividade legislativa ordinária. (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p.59)

Justamente em razão do indissociável vínculo entre a proibição de insuficiência e a proteção dos bens jurídicos fundamentais é que se pugna pelo espaço de liberdade do legislador, aonde irá se valer não apenas do critério normativo, mas político, sociológico, criminológico para adotar sua decisão incriminadora, a fim de que a afetação a determinado interesse seja objeto de uma proibição penal apta a promover o seu desenvolvimento. (STAECHELIN, 2000, p.301-2)

A proibição de proteção insuficiente equivale à exigência da adoção de medidas tutelares para cumprimento do dever prestacional do Estado no campo dos direitos fundamentais, o qual deve ser feito de modo suficiente para seja oportunizada uma tutela adequada e eficaz, fundada em padrões mínimos capazes de oferecer o regular desenvolvimento e desfrute do bem jurídico fundamental. (FELDENS, 2005, p.108-109)

²⁶ Sustentada por Hain, a tese da congruência ou convergência nega a autonomia da proibição de insuficiência, de modo que esta seria apenas um reflexo da proibição de excesso. Isto é, a proibição de proteção deficiente seria incapaz de gerar quaisquer resultados diversos daqueles oriundos da proibição da tutela excessiva, o que conduziria a uma coincidência entre os limites impostos à atuação legislativa. Aquilo que é “maximamente necessário” seria, simultaneamente, o “minimamente necessário”, tendo em vista que a proibição de excesso incluiria os postulados da proibição de proteção deficiente, refutando desta última qualquer condição autônoma. (FELDENS, 2005, p.111ss)

²⁷ Partilha-se, nesse sentido, do entendimento advogado por Dietlein, no qual a equação de equivalência entre a proibição de excesso e de insuficiência se mostra indevida. Tal equívoco poderá ser constatado a partir da distinção dos planos normativos que envolvem os institutos, uma vez que a proibição de excesso se dá em relação a um ato legislativo concreto, de caráter interno, ao passo que a proibição de infraproteção é verificada sob o prisma externo ao da lei em concreto, pois o que está em questão é a imprescindibilidade da lei ou de seu aprimoramento para o objetivo traçado pela Constituição, e não a sua adequação aos fins pretendidos pelo legislador ordinário. Em síntese, a proibição de insuficiência está direcionada à omissão indevida do legislador, enquanto que a proibição de excesso à sua atuação concreta ou positiva. (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p.57)

Estreitamente ligado à omissão estatal, o dever de proteção ao bem jurídico pode restar frustrado não apenas a partir da ausência de sua atuação, mas também quando verificado níveis aquém do mínimo necessário a uma tutela constitucionalmente adequada, em manifesta inobservância ao garantismo positivo, mediante o qual o Estado não poderá se furtar à aplicação dos mecanismos de tutela, inclusive o Direito Penal, para assegurar a proteção dos bens fundamentais. (GOMES, 2009, p.1)

Na lição de Ingo Sarlet (2004, p.99), a proibição de insuficiência, embora esteja habitualmente representada pela conduta omissiva do Poder Público face ao cumprimento de um imperativo constitucional de tutela, não pode ser reduzida tão somente a esta dimensão, tendo em vista a existência de hipóteses em que é aferida sua configuração, ainda que não seja na perfeita acepção do comportamento omissivo, como a descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal. Com base nestas situações, o autor atenta para a inadequação terminológica da “proibição de omissão”, considerando mais apropriada, em que pese não ideal, a terminologia proposta por Canotilho, a chamada “proibição por defeito”.

Deixando de lado possíveis discussões de ordem terminológica, interessa saber acerca da vedação à infraproteção a necessidade em ser estabelecido um grau suficientemente adequado de tutela ao direito fundamental, seja no plano legislativo ou jurisdicional, capaz de permitir a seu titular o seu desenvolvimento em maior escala. (FELDENS, 2005, p.110)

O dever de efetivar e cumprir a proteção dos direitos fundamentais não se exaure num único momento, mas transita em igual importância pelas atividades desenvolvidas pelo legislador e julgador. Assim, o legislador estará obrigado por força constitucional a adotar medidas eficazes e suficientes à proteção de um bem jurídico, de modo que o julgador, em fase posterior, avaliará se o ato empregado pelo Estado tem o condão de violar o direito fundamental tutelado, podendo afastar, nesses casos, a incidência legal, ante a inconstitucionalidade que lhe macula, fundada no descumprimento do dever de atuação positivo estatal. (STRECK, 2009, p.101)

Dito de outro modo, Baltazar Junior (2010, p.64) reforça a idéia de vinculação da proibição de insuficiência aos poderes públicos, não restringindo a atribuição desta obrigação apenas ao legislador, senão note-se:

“[...] o dever de proteção não se esgota na publicação da lei, mas abrange a sua aplicação, âmbito no qual o Judiciário e o Executivo têm decisivo espaço para a concretização do dever de proteção. Nessa linha, para Robbers: ‘Ademais, a proteção não é garantida apenas mediante meras normas vigentes. Os regramentos necessários devem ser impostos, e, quando falharem, a administração e os tribunais devem deter, pelo menos, uma competência residual’.”

Tanto a edição de normas quanto a atividade voltada à sua aplicação devem estar focadas num só objetivo, qual seja a salvaguarda dos direitos fundamentais, sem que isto signifique uma redução ao aspecto negativo, senão reflita a ótica positiva, porquanto o Estado encontra-se necessariamente vinculado a dupla face da proporcionalidade ante as garantias constitucionalmente asseguradas.

Com o surgimento deste novo paradigma, no qual os direitos fundamentais deixam de ser apenas direitos subjetivos e passam a figurar como valores objetivos – imperativos de tutela-, o Estado se vê obrigado pela Constituição a proteger de maneira ativa determinados interesses, a partir de uma aplicação horizontal.

Ao revés do que ocorre com a proibição de intervenção excessiva, a função de imperativo de tutela revela uma operacionalização muito mais complexa e difícil, na medida em que pressupõe uma deliberação sobre o “se” e o “como” da proteção. Melhor dizendo, na proibição de excesso a legitimidade da ação estatal será examinada em face de uma medida específica adotada, enquanto que na outra face da proporcionalidade é exigida uma justificação baseada em um arsenal de medidas possíveis à proteção do direito fundamental. (FELDENS, 2008, p.90-91)

Na concepção de Baltazar Junior (2010, p.73) a dogmática da proibição de insuficiência ainda não alcançou o mesmo grau de desenvolvimento e precisão da proibição de excesso. Isto se deve, principalmente, ao fato de que na proibição de excesso há um ponto de referência claro e exato para que se proceda ao exame da proporcionalidade, em face de um ato concreto, ao contrário do que ocorre com a proibição de insuficiência, na qual não há um único comportamento possível, que possa desde o início ser submetido à prova, por estar associada especificamente à omissão estatal.

Não obstante as diversas controvérsias que abraçam a problemática da dupla face da proporcionalidade, cumpre sublinhar a existência de, ao menos, um ponto comum entre as categorias da proibição de excesso e de insuficiência, que é o critério da necessidade ou da exigibilidade da restrição ou do imperativo de tutela que incumbe o Poder

Público. Com isso, a concretização da regra da proporcionalidade se dá quando o Estado não age em demasia e, ao mesmo tempo, consegue estabelecer minimamente a proteção devida aos direitos fundamentais, num manejo adequado e equilibrado de suas ações. (SARLET, 2004, p.106)

Embora a dupla face da proporcionalidade funcione como garantia estatal em dois níveis diferentes, de aplicabilidade em momentos diversos, não há que se falar numa relação de exclusão, mas de complementariedade entre suas dimensões. A proteção dos direitos fundamentais não deve ser buscada em bases de conflito, senão de simbiose, capaz de proporcionar uma tutela multifuncional, adequada e completa. (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p.61)

A intervenção estatal, por conseguinte, deverá estar balizada em duas linhas: na proibição de excesso, a fim de que seja observada a medida máxima, bem como na proibição de proteção insuficiente, a qual exigirá o respeito à ordem constitucional no emprego de medidas mínimas à promoção dos bens fundamentais. A partir desses pilares se dará o exame da constitucionalidade sobre a medida estatal adotada (ou a ser adotada). (FELDENS, 2008, p.93-94)

Em meio à zona que separa a proibição de excesso da proibição de insuficiência, o legislador encontra um espaço de liberdade para a configuração da providência a ser tomada, desde que promova uma situação de equilíbrio entre as determinações constitucionais e a legislação ordinária, a fim de atingir satisfatoriamente a finalidade do sistema de tutela dos direitos fundamentais, longe de excessos e déficits de proteção. (FELDENS, 2008, p.95)

Nessa perspectiva, vertentes doutrinárias propensas à instauração de sistemas extremistas, a exemplo da “tolerância zero” e do minimalismo extremado, não se revelam adequadas em face deste Estado Democrático de Direito. Isto porque a regra da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendida na sua dupla dimensão, já que ambas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio.

Por esta razão, a sobrevivência do garantismo, enquanto produto do Estado Democrático de Direito se vê atrelada ao devido manejo da noção de proporcionalidade inclusive na esfera jurídico-penal e na capacidade de oferecer respostas aos avanços de

um fundamentalismo desagregador, intolerante, por meio da sua conexão aos princípios constitucionais. (SARLET, 2004, p.122)

No entanto, a gerência da proporcionalidade constitui um dos grandes desafios enfrentados pelo poder estatal, seja na fase legislativa ou na fase judicial, porquanto é imposto o dever de serem concretamente valorados os fatos delituosos, a fim de restar legitimada uma possível intervenção repressiva.

Na condição de objeto do presente estudo, os atos de corrupção, criminalizados pela legislação penal, passarão, antes de qualquer coisa, por uma análise contextual deste fenômeno no Brasil, a fim de ser extraída sua gravidade absoluta e relativa, em estágio posterior, enquanto requisito imprescindível à dimensão quantitativa e qualitativa da pena no seu aspecto abstrato e concreto.

4. CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Buscar uma definição precisa acerca do fenômeno da corrupção parece ser o primeiro passo para o estudo do tema. Entretanto, este não é um encargo ordinário, em razão de a prática corruptiva estar vestida de alta complexidade, envolta em diversos aspectos como o político, econômico, sociológico e jurídico²⁸.

São propostos, então, os mais diversos conceitos de corrupção sob os mais diversos pontos de vista, a fim de demonstrar suas múltiplas feições, transitando pelo aspecto social, em um dado momento e lugar, até passar pela perspectiva legal, chegando, muitas vezes, a ganhar definições exclusivamente econômicas. (GISBERT, 2011, p.388)

A verdade é que a conceituação do fenômeno corruptivo é alterada conforme a perspectiva do autor ou do ângulo científico em que é vista: pelo jurista, pelo teólogo, pelo sociólogo, cada um define de um modo. Este leque de possibilidades corrobora, então, o entendimento de que a corrupção não se exaure sob um único plano, mas deve ser analisada sob uma perspectiva multidisciplinar.

A amplitude conceitual se mostra como consequência natural deste processo intricado que é a corrupção, de modo que traduzi-la sob um único prisma é se valer de uma concepção manifestamente insatisfatória, obsoleta e inadequada. Nas palavras de Renato Silveira (2011, p.408), é justamente a visão monocular da corrupção que impossibilita a devida observação deste fenômeno global.

Sem temer o equívoco, pode-se dizer que enquanto fato social, a corrupção não pode ser compreendida a partir de um conceito absoluto e invariável, justamente por conta da sua constante alternância, imanente dinamicidade e o efetivo envolvimento com os mais diversos elementos.

Isto é, as distintas perspectivas que giram em torno da análise da corrupção dificultam o estabelecimento de uma acepção capaz de abranger todas as características possíveis deste fenômeno (LIVIANU, 2006, p.30). Inevitável, assim, que surjam a todo o momento novas concepções, numa busca sem fim.

²⁸ “La corrupción posee por tanto um carácter poliédrico, pues tiene dimensión política, econômica, o internacional.” (TORRE, 2009, p.9)

É o que afirma Fernando Filgueiras (2008, p.82) quando vincula o conceito de corrupção a uma ótica histórica, em virtude da necessidade de ser compreendido dentro de determinado contexto, de natureza propriamente cambiante, pois somente assim poderá ser estabelecido um estudo analítico sobre o problema, frente a seus dilemas conceituais.

Deixando de lado as diversas teorias políticas que traziam em seu núcleo a concepção do ato corruptivo²⁹, o presente trabalho reservará sua compreensão como “toda e qualquer vantagem obtida pelos agentes públicos no exercício das funções que cause prejuízo aos bens, serviços e dos interesses do Estado”, por aproximar-se do objeto principal deste estudo.³⁰ (LIVIANU, 2006, p.31)

Tomar-se-á como ponto de partida, dessa forma, o núcleo conceitual da corrupção como o “mercadejar com o cargo” a vulnerar, a despeito de o cidadão comum dar ao conceito de corrupção um entendimento nem sempre coincidente com a sua definição jurídica, ora lhe atribuindo com freqüência um sentido mais amplo ora lhe dando uma definição por vezes mais estreita. (SANTOS, 2009, p.99)

²⁹ Partindo de um sentido etimológico, o vocábulo corrupção, advindo do latim *corrumpere*, associa-se à idéia de degeneração, decomposição ou destruição. Entretanto, o termo sob análise tem sua primeira aparição entre os gregos, ocasião em que se relaciona primeiramente com os estudos sobre a natureza e, posteriormente, é utilizado como ferramenta à analogia do mundo físico com o mundo humano. Segundo Aristóteles, a corrupção é elemento inerente ao mundo natural, em razão da sua essência mutável, significando o movimento dos corpos que tendem a corromper a sua estabilidade conferindo a noção de degeneração. Ao trazer tal concepção para a ordem política, Aristóteles situa o fenômeno da corrupção como fato próprio à política, na medida em que compreende a manutenção do movimento do corpo político ao longo do tempo. Num outro momento, mais especificamente na era romana, a idéia de corrupção perpassa pelo plano dos valores de uma vida ética, em razão da forte influência provocada pelo surgimento do cristianismo, o qual elegia um ideal de virtudes a ser seguido pelo homem, em nome da sua decência moral. É na fase moderna, por sua vez, que o conceito de corrupção sofre uma virada, ao desvincular-se do problema moral das virtudes. Nesse contexto, as principais contribuições podem ser dedicadas a dois dos principais nomes do pensamento moderno: Montesquieu e Rousseau. O primeiro fornece uma inovação conceitual à prática da corrupção, ao tentar amalgamar o novo com o tradicional. Para ele a corrupção do governo ocorre quando o comportamento político se afasta de seus princípios, fazendo com que as instituições políticas não mais consigam efetuar suas responsabilidades, circunstância geradora de violência e usurpação, sem qualquer tipo de normatividade capaz de dar sustentação ao aparato institucional. Noutros termos, a corrupção se transpõe de um mal natural associado aos vícios, no plano moral, para o poder arbitrário do corpo político, que deve ser moderado através da tutela jurídica no plano formal das normas. Desse modo, a corrupção deixa de ser um problema meramente de cunho moral para ser um problema de natureza jurídica, fundado na questão da arbitrariedade do poder. Sob o mesmo trilho, Rousseau constrói seu entendimento, o qual finca-se não mais na idéia de corrupção como conceito de virtudes, mas do conceito de interesses como substrato material das leis. (FILGUEIRAS, 2008, p.29-81)

³⁰ Nessa mesma linha conceitual, Gianfranco Pasquino (2000, p.291) designa o fenômeno da corrupção aquele “pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa.”

Embora não se deva desconhecer a conexão da corrupção privada, o enfoque deste trabalho será a corrupção do segmento público, caracterizada especialmente por envolver diretamente agente públicos em condutas aptas a aviltar a função pública, seja em elevado ou baixo grau de prejudicialidade, de acordo com sua incidência. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.27-30)

Diante do próprio enredamento que reveste o tema da corrupção, mister destacar alguns de seus principais elementos causais, dentro tantos apontados pela doutrina, no intuito de construir um painel de referências capaz de oferecer uma compreensão aproximada da extensão do problema e seus efeitos. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.31).

Nesse aspecto, é quase unânime a indicação do desprezo pelos padrões éticos como circunstância causal às práticas corruptivas, na medida em que o comportamento assumido pelo agente público não se encontra balizado nos valores de natureza ética exigidos ao desempenho das funções públicas. (LIVIANU, 2006, p.32)

O desprezo pelas regras comportamentais éticas, traduzido na perversão do princípio da moralidade administrativa, se torna, então, algo recorrente, capaz de marcar, em definitivo, as pautas de conduta daqueles que se relacionam, direta ou indiretamente, com o Poder Público. (BACELLAR FILHO, 2008, p.352)

É justamente o amparo na falta de apreço às regras de decência nas relações estabelecidas entre Estado e sociedade que o indivíduo, neste caso o agente público, confere à ação corrupta uma noção habitual e “natural”, de modo a torná-la não mais como um ato isolado, senão marcado pela reiteração, apta a trazer reflexos altamente danosos ao ambiente social. (LIVIANU, 2006, p.32)

A feição sistêmica é, portanto, uma das mais latentes características do fenômeno da corrupção, de modo que a repetição de condutas desviantes intrinca-se ao perfil comportamental do agente público, ao ponto de tornar-se uma patologia, capaz de ser transmitida aos outros indivíduos como uma pauta cultural, como algo normal. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.31)

Noutras palavras, a repetição, constância e sistematicidade com que ocorrem os atos de corrupção tornam sua identificação e censura cada vez mais difícil, em virtude da aparência de legitimidade de tais condutas que envolvem grupos altamente organizados. (LIVIANU, 2006, p.32)

Por ostentar este caráter quase que orgânico, Fazzio Junior (2002, p.31) chega a afirmar que a corrupção acaba por ser absorvida e incorporada às vísceras do corpo social, de modo a ocasionar uma crescente fragilização dos mecanismos de controle do exercício público e na inversão da função estatal de cumprir e fazer cumprir a legislação.

Em que pese o aspecto legal seja tratado mais detalhadamente nos tópicos seguintes, cumpre afirmar de plano que a desconsideração e distorção das funções ditadas pelas normas jurídicas acabam por institucionalizar o comportamento corrupto, de modo a torná-lo um perigo concreto, em face da sua completa dominância na seara pública.

A presença do fenômeno da corrupção, por seu turno, não representa nenhuma novidade do tempo atual, porquanto sempre esteve presente nas páginas de história da humanidade, na sua origem histórica, assumindo, a toda hora, novos contornos, conforme as características próprias de cada realidade apresentada.

Interessa, por ora, abordar, ainda que sucintamente, os traços assumidos pela prática da corrupção dentro da sociedade brasileira, ao longo do tempo, a fim de que seja edificada uma base para a devida compreensão acerca da sua estrutura atual, como fruto do processo de formação do Estado pátrio.

4.1 ASPECTOS SÓCIO-HISTÓRICOS DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

Embora grande parcela das pessoas assimile como verdade absoluta a condição de corrupto do povo brasileiro, considerando a corrupção como algo que lhe é ínsito, é preciso atentar para o fato de que a mesma não decorre de um determinado tipo de raça, tal qual uma informação geneticamente transmitida ao indivíduo, mas advém justamente da postura histórica de um povo, numa construção de natureza essencialmente cultural.

Abordar o tema da corrupção sob o enfoque da realidade brasileira é remontar aos tempos mais incipientes de organização e constituição do Estado nacional, isto é, volver à época de colonização, responsável por dar a tônica à nossa história atual, numa clara manifestação de como o “jeitinho brasileiro” ganhou o seu presente formato. Perceba-se.

Em 22 de abril de 1500, desembarcava em terras brasileiras uma expedição marítima comandada pelo almirante português Pedro Álvares Cabral. Ainda movidos pela ambiciosa exploração das Índias, os portugueses mantiveram suas atenções para o

comércio oriental, deixando o Brasil, por três décadas, numa posição secundária, preocupando-se apenas em garantir a posse do território frente às investidas de outros países europeus. (VICENTINO, 1997, p.66)

Neste primeiro momento, o Brasil não representava muita importância aos portugueses, uma vez que estes não encontraram prontamente metais preciosos ou especiarias, peças essenciais à lucratividade das atividades comerciais européias. Mas, justamente durante este período é descoberto um produto de relativo valor econômico: o pau-brasil. Utilizado na construção de casas e navios e como tinta na manufatura têxtil, a exploração dessa madeira dava-se de maneira nômade e predatória, desenhando as primeiras feições do que seria a colonização portuguesa no Brasil. (CÁCERES, 1996, p.221)

Com o declínio do comércio oriental somado à ameaça ao domínio português sobre o Brasil, o rei D. João III tratou de instituir uma nova política colonizadora pautada no sistema de capitanias hereditárias, através da qual eram conferidos aos capitães-donatários amplos poderes para descobrir novas riquezas, combater estrangeiros, administrar e povoar as terras brasileiras, figurando como um dos fatores de estímulo à corrupção. (VICENTINO, 1997, p.69-71)

Comungando do mesmo entendimento, Roberto Livianu (2006, p.38) aponta os sistemas hereditários, enquanto os primeiros núcleos de colonização, como verdadeiros pólos geradores de corrupção³¹, uma vez que o arbítrio do donatário, aliado à ambição e ao espírito de aventura alimentado pela distância da metrópole, não ligava os homens portugueses do Brasil colonial a habituais limitações jurídicas e morais.

O que se via à época era não apenas o elevado número de casos de corrupção, mas, especialmente, a frequência com que essas situações ocorriam. Isto é, as condutas ilícitas na maioria das vezes se davam com a colaboração das autoridades locais, por meio de acordos, conchavos e apadrinhamentos, numa nítida troca de favores, própria da conduta conhecida como tráfico de influência.

³¹ O caso do governador da Capitania de Goiás, D. Álvaro Xavier Botelho de Távora, Conde de S. Miguel, representa um dos maiores escândalos sobre corrupção na fase colonial. Ao longo das investigações, constatou-se o envolvimento direto da grande maioria dos funcionários da Capitania aos atos de improbidade e de corrupção, sendo comuns os desvios de verbas públicas na obtenção de vantagens pessoais ou para amigos e parentes. (HABIB, 1994, p.5-7)

Episódios dessa natureza tornavam-se acontecimentos usuais, capazes de revelar o real objetivo almejado pelos colonizadores que aqui chegaram, qual seja a máxima extração das riquezas locais, sem que houvesse a menor preocupação, compromisso ou intenção em formar uma nação, um povo. (HABIB, 1994, p.10)

Desprovidos de quaisquer sentimentos coletivistas e patrióticos, os portugueses não tinham intento em edificar uma pátria brasileira, sequer pautavam sua condutas em algum tipo de código moral, valores ou princípios preestabelecidos, de maneira que ia-se, aos poucos, implantando à cultura brasileira a lei da vantagem, mediante a qual cada indivíduo desempenhava esforços visando tão somente o próprio lucro, desprezando a construção do estofo moral e intelectual do povo.

Com a chegada da família real ao Brasil, em 1808, operou-se uma profunda modificação no panorama da sociedade brasileira. Entretanto, os casos de corrupção continuavam a ocorrer com regularidade, ganhando apenas novos moldes, a fim de adaptar-se à realidade que se inaugurava, numa fase marcada pela modernidade e progresso.

O que antes era praticado longe dos olhos da Coroa passava a fazer parte do cotidiano da própria realeza. Se antes a forma clássica da corrupção se dava através do contrabando³², no período imperial as práticas ilícitas assumiram um caráter mais requintado, onde os atores principais pertenciam à classe nobre, de ministros e ocupantes do governo.³³

³² Com a descoberta de metais preciosos em terras brasileiras, no final do século XVII, iniciou-se a exploração mineradora, tornando-a a principal atividade econômica do sistema colonial. A grande retirada de ouro e o imediato enriquecimento de proprietários das minas despertaram na metrópole o interesse de regular e tomar as rédeas desta atividade que vinha se desenvolvendo a passos largos. Com isso, foi criada, em 1702, a Intendência das Minas, órgão responsável em controlar a exploração aurífera, em cada umas das capitanias de onde o ouro era extraído, por meio da distribuição de lotes a serem explorados, chamados de datas, e pela cobrança de 20% do ouro encontrado pelos mineradores, imposto conhecido como quinto. Em que pese a íntima fiscalização exercida pelas autoridades metropolitanas, o contrabando se mostrava intenso. Para coibi-lo, a Coroa decidiu proibir a circulação de ouro em pó e em pepitas, transformando-o em barras. Pouco adiantou, pois os mineradores trataram de criar uma forma capaz de burlar todo o sistema de controle imposto pela metrópole, de modo que se valiam das imagens devocionais para esconder seus objetos preciosos, como ouro e diamantes. Surge, então, a expressão popularmente conhecida “santo-do-pau-oco”, em referência àqueles envolvidos em práticas dissimuladas. (VICENTINO, 1997, p.135-136)

³³ “Ao retornar a Lisboa em abril de 1821, o rei D. João VI deixara para trás um Brasil profundamente transformado pelas decisões que havia tomado nos seus 13 anos de permanência no Rio de Janeiro, como se verá mais detalhes no próximo capítulo. [...] O rei mandara raspar os cofres do Banco do Brasil e encaixotar às pressas o ouro, os diamantes e outras pedras preciosas estocadas no Tesouro. Criado em 1808 para financiar as despesas da corte, o banco já vinha mal das pernas. Seu patrimônio cobria apenas

Valendo-se da elevada posição e cargo ocupado, os indivíduos praticavam negócios altamente escusos e imorais, com o fito de obter vantagens e lucro fácil, tendo como garantia para a livre prática de tais atos, o relacionamento que mantinham com a Corte, já que esta acobertaria qualquer irregularidade, em prol do atendimento dos interesses dos seus membros³⁴.

Dentre os tantos casos de corrupção que envolviam membros da Coroa, Lilia Schwarcz (2008, p. 229) aponta um dos episódios mais emblemáticos do final do Império, conhecido como “o roubo das jóias da coroa”, no qual se percebe claramente a ausência de vontade de se enfrentar os males de uma corrupção incrustada na história brasileira³⁵.

Fatos como o ora apontado se repetiam a todo o instante, estampavam páginas de folhetins e protagonizavam discursos de intelectuais da época, a exemplo de Ruy Barbosa. As constantes acusações de corrupção somadas às questões militares, religiosas e à franca decadência política faziam crescer a animosidade e o

um quinto dos títulos e papéis que emitira nesse período. Sem reservas, quebrou três meses depois da partida do rei. Entre julho de 1821, data em que deixou de honrar seus compromissos, e 1829, ano em que finalmente foi liquidado por D. Pedro I, funcionou como massa falida sem crédito algum na praça.” (GOMES, 2010, p.57)

³⁴ “Enquanto isso, depois de obter a rendição portuguesa em São Luís, Cochrane dedicava-se ao saque metódico da cidade, tomando posse de um patrimônio estimado em 100.000 libras esterlinas- cerca de quarenta milhões de reais atualmente. Incluía todo o dinheiro depositado no tesouro público, na alfândega, nos quartéis e outras repartições, além de propriedades particulares e mercadorias armazenadas a bordo de 120 navios e embarcações menores ancorados no porto. Na prática, o almirante tratou a capital do Maranhão como se fosse toda ela um território inimigo conquistado –e não um pedaço do Brasil libertado da ocupação portuguesa. [...] Apesar do comportamento brutal e mesquinho em São Luís, Cochrane foi recebido no Rio de Janeiro como herói nacional e agraciado por D. Pedro I com a recém-criada Ordem do Cruzeiro do Sul e o título de marquês do Maranhão – decisão que aos maranhenses soa até hoje como uma ofensa.” (GOMES, 2010, p.183); “As regalias e os privilégios se estenderam à família da amante. Seus irmãos e parentes receberam empregos, títulos e benesses de D. Pedro.” (GOMES, 2010, p.270)

³⁵ Em resumo, na madrugada do dia 18 de março de 1882, foram roubadas da residência da família imperial todas as jóias pertencentes à Imperatriz Teresa Cristina e de sua filha, a Princesa Isabel. Em meio às investigações, iniciadas naturalmente por interesses políticos, descobriu-se que o furto não teria sido obra de um larápio comum, mas de alguém ligado à própria Corte. Indicado como principal suspeito, o ex-empregado da família real, Manuel de Paiva, praticamente não sofreu qualquer punição, de sorte que apenas fora afastado formalmente do serviço do Paço, embora continuasse em pose das chaves do palácio, sob a proteção do monarca, residindo num terreno situado dentro da Quinta da Boa Vista. Como se não bastasse, outros três sujeitos envolvidos no ato criminoso foram imediatamente soltos com o consentimento prévio do imperador, bem como os dois policiais, que atuaram no caso, foram agraciados com ordens honoríficas, dando por encerrado o assunto. Ou seja, o crime de furto, propriamente dito, ocupava um plano secundário, uma vez que a importância maior dada ao caso se relacionava justamente às falácias morais do governo, amplamente marcado pelo favoritismo.

descontentamento com a Coroa, alimentando o fortalecimento de movimentos separatistas, de cunho libertário. (VICENTINO, 1997, p.253)

Era o movimento republicano. Em 1873, foi fundado o Partido Republicano Paulista, que contava com um grupo formado pelos principais cafeicultores paulistas, os quais descontentes com a centralização do poder e do imobilismo burocrático imposto pelo governo imperial, fatores que freavam a modernização paulista e, naturalmente, o incremento do seu poder econômico dos cafeicultores, abraçaram o ideal republicano, pautado na autonomia dos estados membros, exercendo um papel decisivo na queda da Monarquia e na conseqüente proclamação da República. (VICENTINO, 1997, p.262)

Ilusório é o pensamento de que a instituição do novo regime colocaria um ponto final à expansão das práticas corruptas. A era republicana, sob o ponto de vista de Sérgio Habib, foi o grande *habitat* para o recrescimento da corrupção. Uma vez implantada, aos poucos foi ela se afastando do verdadeiro programa a que deveria restringir-se. (HABIB, 1994, p.26-28)

O exemplo do restabelecimento do coronelismo ilustra o descortino da corrupção, tendo em vista que os coronéis travavam com os políticos e governantes uma relação de simbiose, na medida em que gozavam de certos privilégios econômicos e ampliação de poderes em troca do recrutamento de pessoas subordinadas que se alinhavam aos interesses do governo. (HABIB, 1994, p.28)

Deixada de lado, a moral republicana perdia cada vez mais espaço para os interesses de determinado grupo econômico, reduzidos, basicamente, a obtenção máxima de lucros e a permanência no poder. Com o controle da sociedade em suas mãos, os coronéis tinham o caminho livre e desimpedido para o exercício de atividades ilegais, corruptas, mas altamente lucrativas.

Em meio ao caos da política, rodeada de ilegalidades, o governo edificava-se em bases fraudulentas e falaciosas, em que o apadrinhamento se tornava a principal via para o preenchimento de cargos, favorecendo o cometimento de abusos e injustiças. Cada vez mais distante do ideário ético de seus defensores e idealizadores, a República apresentava seus primeiros sinais de fragilidade.

Despreocupados com as graves conseqüências advindas do inchaço do funcionalismo público, como a onerosidade das administrações, aumento da taxa da inflação,

inviabilidade governamental, os políticos continuavam a praticar condutas próprias do tráfico de influência, do clientelismo, do apadrinhamento, com a finalidade exclusiva de obter vantagens e fortalecer seu poder.

É nesta época que o preenchimento de cargos públicos, por meio da máquina governamental, atinge seu auge. Maculado pelos vícios do favoritismo, outro resultado não poderia sobrevir, senão a ausência de ética no desempenho das atividades públicas, distorções políticas, o agigantamento do funcionalismo público, a proliferação e o estímulo às práticas burocráticas e cartorárias. Era o panorama perfeito ao desenvolvimento da ilegalidade, tornando o ambiente moral da República impregnado de corrupção. (HABIB, 1994, p.32-33)

“Fraude eleitoral, malversação de verbas públicas, desvios de rendas, tráfico de influência, “apadrinhamento”, propinas e subornos, interesses políticos escusos, beneficiamento de oligarquias com isenções fiscais, com cargos e salários excessivamente elevados, “coronelismo” (com todo tipo de condescendência criminosa, acobertamento de criminosos, empreitadas sinistras, suborno de membros do poder judiciário, do ministério público, da polícia judiciária, perseguições políticas por interesses inconfessáveis etc), agenciamento de empréstimos em empresas públicas, enfim, numa só palavra: corrupção, eis no que se transformara a República.” (HABIB, 1994, p.37)

A corrupção desenfreada, ocupante nos vários governos, acrescida da vergonhosa transigência das administrações e dos olhares complacentes de um Poder Judiciário omissivo, fazia crescer o sentimento de insatisfação e indignação popular, o que levaria, inevitavelmente, a mudanças no regime governamental.

A alternância no poder se sucedera, embora o quadro da corrupção não demonstrasse indícios de que seria colocado um ponto final no assunto. Em que pese os candidatos utilizassem o tema do combate à corrupção como espinha dorsal de seus discursos, o que se via na prática era o completo esquecimento das promessas apregoadas nos palanques, abrindo espaço para a reiteração das práticas corruptas e antiéticas.

Motivados, justamente, pelo dito espírito revolucionário, de justiça e de ordem, em 1964, os militares projetam o golpe, tomam o poder e anunciam um governo fundado na expunção dos males que abatiam a nação brasileira: a subversão e a corrupção³⁶. No que

³⁶ De acordo com a lição de Heloisa Starling (2008, p.252), a noção de corrupção assimilada pela forças armadas sempre esteve associada à idéia de mau trato do dinheiro público, decorrente especialmente de comportamentos moralmente viciados. Na visão dos militares, a sociedade mostrava-se incapaz de solucionar tal problema, de modo que os políticos desonestos podiam trocar de cargos, mas continuavam os mesmos; a democracia não alcançava destituí-los. Foi sob este argumento que o golpe de 1964 justificou sua intervenção.

tange ao primeiro infortúnio, pode-se dizer que a luta se mostrou demasiadamente eficiente, ao revés do que ocorreu com o segundo mal apontado, tendo em vista que a corrupção era propalada a cada dia. (HABIB, 1994, p.42)

Considerada, teoricamente, como um problema a ser duramente enfrentado pela ditadura, na realidade a corrupção se revelou o alimento para o comportamento desviante do regime militar, ao degradar a lei em arbítrio, esvaziar o corpo político de seu significado público e espalhar o mal. (STARLING, 2008, p.257)

Segundo o entendimento de Sérgio Habib (1994, p.42), a partir do ano de 1964 o país ingressa no seu ciclo supremo de corrupção. Mais de duzentas instituições financeiras sofreram intervenção do Banco Central, o Estado alimentou o aumento excessivo do funcionalismo público, obras faraônicas e de custo elevadíssimo para a economia nacional foram executadas, sem esquecer-se da prestação de um serviço público burocratizante, altamente seletivo, engrenado pelos interesses escusos de determinada classe.

“Dito de outra forma: a corrupção fazia parte da essência do regime militar- e, em qualquer circunstância, representa uma ameaça à sobrevivência das sociedades democráticas- não apenas porque conduzia à perda de referenciais que levam os homens a agir em prol do interesse público, mas principalmente porque ela desata o processo da vida política que destrói a coisa pública.” (STARLING, 2008, p.257)

O traço particular deste período era justamente a imposição de obstáculos à fiscalização pelos órgãos de imprensa e comunicação das ilegalidades praticadas, o que se criava, de um lado, uma cortina de fumaça ou um biombo de impunidade para os corruptos, ao passo que, de outro lado, realçava a fragilidade do Direito num momento de exceção, em que o sujeito não tem em mãos instrumentos outros para coibir tais abusos. (HABIB, 1994, p.47)

Ou seja, a corrupção não encontrava limites. Uma vez instalada no poder, albergava-se no forte aparato militar. Muito embora os casos iam se multiplicando, pouco se tinha conhecimento acerca da sua extensão e dimensão, já que prevalecia uma administração camuflada, um governo secreto. Na lição de Gilberto Dimenstein, trazida por Sérgio Habib (1994, p.47), tais ações detentoras do vício da ilegalidade eram estimuladas exatamente por conta da concentração do poder, característica imanente ao governo ditatorial da época.

O que era para ser uma revolução inspirada em bases éticas, na realidade mostrou-se um movimento ávido pelo poder e privilégios, sem diferir, na sua essência, daqueles governos que o antecederam. Preocupado unicamente em garantir a dissipação da vida pública, o regime militar acaba por beber do próprio veneno, pois o único remédio contra a corrupção seria a democracia³⁷. (STARLING, 2008, p.259)

Fracassado o regime militar, a democracia gradativamente voltava a ocupar o centro da política brasileira. No entanto, com ela seguiam os casos de corrupção, as atitudes condescendentes e as investidas inescrupulosas contra o patrimônio público por parte daqueles que detinham justamente o dever e o compromisso de zelar pela saúde do Estado brasileiro: os governantes.

A despeito da repetição dos casos de corrupção, o povo brasileiro imbuído do sentimento de esperança e mudança levou à Presidência da República, mediante votação direta, o jovem promissor Fernando Collor de Mello, aquele que romperia definitivamente com a herança do longo passado oligárquico com vícios paternalistas. (VICENTINO, 1997, p.446)

Batizado como “caçador dos marajás”, lançou-se como um ferrenho combatente da corrupção. O falso juramento de resgate ao compromisso genuinamente republicano, no entanto, ia se perdendo no tempo e no espaço. Collor passou de “salvador da pátria” ao grande “marajá”, vivendo à custa do dinheiro público e de receitas ilícitas, provenientes de esquemas corruptos. (VICENTINO, 1997, p.449)

O governo Collor se notabilizou não apenas pelo emprego de providências despropositadas, mas, sobretudo, pela chaga da corrupção. A imprensa, agora livre de qualquer censura, dava publicidade aos seguidos fatos, nutrindo na população nacional o profundo sentimento de indignação, combustível necessário ao crescimento do movimento em favor da ética.

Cansados da “farra” com o dinheiro público, com o tráfico de interesses e a impunidade assoladora no país, os brasileiros saíram à rua, com as caras pintadas de verde e

³⁷ “En este mismo ámbito, constituye una auténtica equivocación presentar la dictadura como alternativa a la corrupción o, si se prefiere, vincular democracia y corrupción. La corrupción es mucho mas frecuente en los regímenes no democráticos, pero la ausencia de libertades civiles – muy especialmente, de La libertad de expresión- hace que no llegue a la opinión pública la corrupción de su Administración y de sus gobernantes, precisándose um cambio hacia la democracia para conocer la realidad.” (TORRE, 2009, p.13)

amarelo, com o fito de protestarem pela saída do Presidente. Através dos seus atos de protesto, os jovens escreveram um capítulo inédito na história brasileira. Era a primeira vez que um chefe de governo perdia o mandato em decorrência de processo de *impeachment*, por crime de responsabilidade. (HABIB, 1994, p.64-65)

Ao que tudo indicava uma postura ética inovadora estava sendo instituída na nação brasileira, a fim de dar um basta à corrupção. De fato, o caso “Collor” ficou marcado pela intensa mobilização social na luta contra a permanência de um Presidente comprovadamente corrupto³⁸, mas que não representou uma efetiva mudança no comportamento do brasileiro, na medida em que fatos da mesma natureza, de igual ou maior gravidade, se sucederam sob os olhares complacentes da sociedade.

Nepotismo, “dinheiro na cueca” e “mensalões” foram apenas alguns escândalos que marcaram a história recente do sistema político brasileiro. Relatar todos os acontecimentos ligados a corrupção, ao longo do processo de formação do Estado brasileiro, não constitui o objeto central deste trabalho, mas tão somente pontuar algumas situações historicamente mais relevantes, que trouxeram efetiva influência ao panorama atual.

Naturalmente diversos acontecimentos que envolvem o assunto não foram referidos, neste momento, exatamente por razões didáticas, de maneira que não se deixa de reconhecer a importância e a repercussão gerada por cada escândalo de corrupção presente na linha evolutiva da sociedade brasileira. O que se pretende é tão somente fornecer um marco referencial em cada período da história do Brasil, sem que se tenha a pretensão de esgotar o assunto.

Presente desde sempre na história do homem, Sérgio Habib (1994, p.26) chega a conclusão de que a corrupção não é sinal característico de nenhum regime específico ou

³⁸ De acordo com o teor do relatório da CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito), instalada com o objetivo de apurar todas as denúncias de corrupção do governo, restou comprovada a prática de vinte e dois crimes pelas pessoas envolvidas no esquema PC, a saber: advocacia administrativa (art.321); apropriação indébita (art.168); concussão (art.316); condescendência criminosa (art.320); corrupção passiva (art.317); corrupção ativa (art.333); duplicata simulada (art.172); estelionato (art.171); exploração de prestígio (art.332); falsa identidade (art.307); falsidade ideológica (art.299); falsificação de documento público (art.297); falso testemunho (art.342); formação de quadrilha ou bando (art.288); peculato (art.312); peculato culposo (art.312, §2º); perturbação de concorrência (art.335); prevaricação (art.319); subtração e inutilização de documento (art.337); tráfico de influência (associado ao crime de exploração de prestígio, art. 332); uso de documento falso (art.304), todos do Código Penal e sonegação fiscal (Lei nº4.729/65), lei especial. (HABIB, 1994, p.68)

de determinada forma de governo, senão uma decorrência natural do afrouxamento moral, da desordem e da degradação dos costumes, do sentimento de impunidade e da desenfreada cobiça por bens materiais, da preterição da ética e do exercício reiterado e persistente da virtude, substituindo-se pelas práticas consumistas e imediatistas tão caras ao hedonismo.

Em que pese o aspecto moral ganhe forçosa evidência, tratar da corrupção apenas sob tal viés é submeter o estudo ao fracasso, distante dos reais elementos motivadores da corrupção que se escondem por detrás do véu de discursos conservadores³⁹. Nessa linha, os próximos tópicos darão especial ênfase ao caráter jurídico-penal desta praga, atentando para o papel do Direito Penal, na condição de ferramenta de sustentação da estrutura de poder e de controle social partindo da idéia de que “toda corrupção se inicia e se exaure no Poder”. (HABIB, 1994, p. 98)

4.2 CRIME DE CORRUPÇÃO E DIREITO: OBSOLETISMO LEGAL

O fenômeno da corrupção na órbita da função pública é tão antigo quanto a própria humanidade. A venalidade pode ser considerada como fruto da avidez, do apego ao poder, do protecionismo dos apaniguados, do afrouxamento dos deveres cívicos por parte daqueles que detêm parcela do poder estatal, movidos pelos corruptores, que enfocam o Estado como mero instrumento colocado a serviço dos seus interesses pessoais. (PRADO, 2010, p.435)

Logicamente, as características e particularidades imanentes à corrupção pública sofreram alterações ao longo do tempo, de modo que o tratamento jurídico que lhe foi dispensado teve que adequar-se aos novos contornos, a fim de conferir ao assunto a atenção necessária.

³⁹ “Caracterizam-se, pois, duas maneiras de interpretação a corrupção: de um lado, por meio de uma leitura moralista, vendo nela a decadência das virtudes do indivíduo, o que gera conseqüências nefastas para a sociedade. De outro, entendendo a corrupção como algo resultante das regras próprias do mundo político, sem maiores correlações com a moralidade do indivíduo. Por essa segunda interpretação, as razões para a corrupção política de uma cidade estarão ligadas á fraqueza de suas leis e de suas instituições políticas, à falta de preocupação e ação do cidadão em relação às coisas públicas. Ora, esse modo de conceber a política tem se mostrado muito mais adequado para a explicação dos fenômenos de corrupção do que a visão moralista, pois consegue identificar melhor suas causas.” (MARTINS, 2008, p.23-24) Ainda arremata: “como já dissemos, os problemas maiores dos princípios morais e éticos aplicados à corrupção política são, de um lado, o seu ofuscamento das verdadeiras causas da corrupção e, de outro, a sua impotência para impedir totalmente a ação corrupta.” (MARTINS, 2008, p.42)

Tem-se notícia que as Ordenações Filipinas, vigente até o ano de 1830, no seu livro V previam diversas situações de punição aos atos corruptos praticados pelos funcionários e agentes do reino, como as penas de multa e perda do ofício, embora não houvesse qualquer limite claro e exposto do fato criminoso e da sanção a ser imposta. (BIDINO, 2009, p.156)

A ausência de uma definição precisa acerca da constituição do fato corrupto pode ser explicada pela preocupação do legislador em intimidar e coibir qualquer que fosse o prejuízo capaz de atingir à coroa. A respectiva pena, por sua vez, também não possuía contornos exatamente delineados, de modo que a crueldade a ser empregada ficava a critério do juiz, podendo valer-se, inclusive, da pena de morte por enforcamento. (LIVIANU, 2006, p.38)

A fim de ilustrar o contexto de vigência das Ordenações Filipinas, cumpre trazer alguns exemplos de condutas puníveis, consideradas de natureza corrupta. A primeira delas pode ser extraída do Título LXXI, sob a rubrica *Dos officiaes Del-Rey*, em que trata da proibição de recebimento de peitas e serviços não apenas pelos oficiais do rei, mas tal determinação alcançava também os filhos, bem como as pessoas sob a responsabilidade do governante. Qualquer que fosse o presente recebido, não sendo objeto de requerimento, configuraria a conduta descrita, devendo recair sobre o autor pena severa, inclusive, a de morte, dependendo o valor da peita. (PRADO, 2010, p.436)

Outro exemplo que merece ser citado é o crime previsto no Título LXXII praticado pelos oficiais de justiça, quando levassem dinheiro além do que lhe fora exigido e ordenado, recaindo sobre eles a pena de degredo para a África. Ainda neste mesmo dispositivo, fora estabelecida a proibição de avenças por almoxarifes, rendeiros e jurados, com penas de açoites públicos e degredo por um ano.

Com a independência do Brasil, sentiu-se a necessidade de ser implantada uma legislação própria, motivada pelos ideais liberais, de sorte que o art. 179, par. 18 da Constituição de 1824 revelava o clamor urgente pela organização de um “Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”. (LIVIANU, 2006, p.39)

Nesse rumo, sob a influência das ideias liberais europeias, foi aprovado, em 23 de outubro de 1830, o Código Penal do Império, tendo como fundamento as premissas expressas na Constituição vigente à época, como a não retroatividade da lei penal, o

princípio da igualdade de todos perante a lei e a individualidade das penas, balizas que serviriam às posteriores mudanças legais.

No que se refere aos crimes de corrupção, a exemplo da peita⁴⁰, suborno⁴¹ e concussão⁴², encontravam-se previstos no Título V, destinado aos crimes de boa ordem e administração pública. Já os crimes de prevaricação, abusos e omissões dos empregados públicos ocupavam lugar no capítulo I. (PRADO, 2010, p.436)

Esclarece Claudio Bidino (2009, p.157) que a distinção no tratamento jurídico dispensado ao crime de peita e suborno, residia no enquadramento típico da conduta do empregado público que recebesse dinheiro ou outro donativo (ou aceitasse sua promessa) para praticar um ato de ofício, independentemente de sua natureza lícita ou ilícita, ao passo que, para poder-se falar em suborno, dever-se-ia estar diante de comportamentos de corrupção, por influência ou peditório, que visassem o exercício de um ato ilícito ou a abstenção de um ato lícito. Sendo assim, na hipótese do comportamento de suborno pretender um ato legalmente permitido, não haveria preenchimento do tipo penal estipulado no art. 133 do referido diploma legal.

Em decorrência da proclamação da República, em 1890, foi elaborado um novo Código Penal Brasileiro. Apresentado em três meses, a celeridade com que foi feita a proposta trouxe sérios problemas ao novo diploma legal, especialmente no que se refere a ausência de sistematização, o que demandou sucessivas modificações e severas críticas. (LIVIANU, 2006, p.41)

⁴⁰ Legalmente previsto pelos artigos 130 e 131, da seção II, o crime de peita consistia em receber dinheiro ou algum outro donativo, aceitar promessas direta ou indiretamente, a fim de praticar ou deixar de praticar algum ato de ofício ou segundo a lei. As penas que recaiam sobre a conduta descrita podiam ser de grau máximo, médio ou mínimo, culminando com a perda do emprego, com inabilitação para qualquer outro, e multa.

⁴¹ O suborno, encontrado nos artigos 133 e 134, da seção III, nada mais era que a conduta de “deixar-se corromper por influência ou peditório de alguém, para obrar o que não dever ou deixar de obrar o que dever”. O crime, no entanto, não se resume apenas a esta modalidade descrita, de modo que o artigo ainda acrescenta: “decidir-se por dádiva ou promessa a eleger ou propor alguém para algum emprego, ainda que para elle tenha as qualidades requeridas”. Seja qual for o tipo da ação, as penas previstas são as mesmas cominadas ao crime de peita.

⁴² Constante nos artigos 135 e 136, da seção IV, o crime de concussão ganha destaque, uma vez que há a explicitação de todas as situações possíveis para o autor e o cúmplice, embora o Código Penal da época fosse marcado pela terminologia aberta, fator que levava a subjetivismos no momento da interpretação dos dispositivos legais.

Como produto da sua deficiência técnica, este diploma legal tratou de afastar a diferença, estabelecida pela codificação pretérita, entre os dois vocábulos de peita e suborno, sendo, então, condutas equiparadas, estando ambas reunidas em capitulação única. (BIDINO, 2009, p.159)

Naquilo que toca os crimes contra a administração pública, o Código tratou de prevê-los em um único capítulo dividido em várias seções. Dessa forma, no título V, os artigos 207 a 238 referiam-se “aos crimes contra a boa ordem e administração pública”, sendo a prevaricação o primeiro deles, fazendo parte do seu teor a previsão de dezessete parágrafos, cada um referente a uma situação particular, de modo a não permitir uma compreensão exata dos tipos penais ali contidos. (LIVIANU, 2006, p.41)

Note-se, ainda, que no Livro segundo, Título V, Seção III, artigos 214 a 219, o Código de 1890 ao disciplinar a corrupção passiva e ativa tratou de inserir, através dos seus reiterados erros, uma modalidade de concussão no art. 214, ao lado da peita⁴³. (PRADO, 2010, p.437)

O problema da abstração na descrição das condutas típicas tornou inviável a aplicação sistemática do Código, impulsionando a edição de inúmeras leis extravagantes e alterações das próprias leis penais, as quais tiveram vigência até 31 de dezembro de 1941.

Na vigência da carta política de 1937, legislação essencialmente autoritária, própria do Estado Novo, foi adotado o Projeto Alcântara Machado, o qual agregava ao seu conteúdo novas previsões legais, incluindo diversos tipos penais não albergados pelas legislações anteriores. (LIVIANU, 2006, p.42)

Era na parte especial, título XI (artigos 312 a 359-H) que os crimes contra a administração pública encontravam-se previstos, tendo eles sofrido inúmeras mudanças,

⁴³ “Art. 214. Receber para si, ou para outrem, directamente ou por interposta pessoa, em dinheiro ou outra utilidade, retribuição que não seja devida; aceitar, directa, ou indirectamente, promessa, dádiva ou recompensa para praticar ou deixar de praticar um acto do officio, ou cargo, embora de conformidade com a lei.

Exigir, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, ou consentir que outrem exija, recompensa ou gratificação por algum pagamento que tiver de fazer em razão do officio ou comissão de que for encarregado:

Penas – de prisão celllular por seis mezes a um anno e perda do emprego com inhabilitação para outro, além da multa igual ao triplo da somma, ou utilidade recebida.”

por meio de legislações extrapenais, a fim de que a inserção de novos tipos penais pudesse alcançar as modernas formas de criminalidade. (LIVIANU, 2006, p.43)

Nesse contexto, a ausência de um título específico e de amplo alcance, que pudesse prever as inúmeras condutas relacionadas às formas de corrupção, ensejou a proliferação de leis esparsas, resultando inevitavelmente no enfraquecimento do Código Penal, circunstância que dificulta sua aplicação e quebra a linha de coerência a que todo o sistema deve observar. (HABIB, 1994, p.146)

A partir de 1991, o decreto 325, de 1º de novembro de 1991, por exemplo, tratou do dever de comunicar ao Ministério Público Federal a ocorrência de crime funcional contra a ordem tributária (Lei 8.137/90), quando verificado o enriquecimento ilícito de agentes públicos no exercício do mandato, cargo, emprego ou função, seja a administração pública de natureza direta, indireta ou fundacional. (LIVIANU, 2006, p.43)

O mesmo diploma legal (Lei 8.137/90) prevê no corpo do art. 3º, inciso II⁴⁴, uma forma especial da prática corruptiva, praticada por funcionário público, em desfavor da Administração Pública, porquanto reúne na mesma capitulação os atos de exigir, solicitar ou receber vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente.

Muitas outras leis foram editadas com o fito de atingir situações que envolvessem atos praticados contra a administração pública, como é o caso, por exemplo, da lei 8.666/93, a qual tratou de regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública, tipificando os crimes relativos a matéria nos artigos 89 a 99. (LIVIANU, 2006, p.43)

É perceptível, portanto, a real preocupação da legislação brasileira em combater a corrupção, de sorte que a todo o momento são elaboradas novas leis, a fim de acompanhar a evolução das práticas corruptas, como é o caso da lei. 10.467/02, a qual incluiu no Código Penal Brasileiro um capítulo específico sobre os “crimes praticados

⁴⁴ “Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

[...]

II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.”

por particular contra a Administração Pública Estrangeira”, contendo em seu corpo os tipos penais de “corrupção ativa em transação internacional” e “tráfico de influência em transação comercial internacional”, além da inserção do artigo 337-D, o qual conceitua o funcionário público estrangeiro. (LIVIANU, 2006, p.44)

Em que pese se perceba a pretensão legislativa em enfrentar o problema da corrupção de forma contundente, a carência de um diploma legal eficaz é manifesta, uma vez que nem as legislações extravagantes, tampouco o Código Penal são capazes de esgotar o assunto, ante as céleres mudanças dos atos corruptivos. (HABIB, 1994, p.145)

O fenômeno da corrupção deixou de ser um problema local com características invariáveis, próprias de determinada sociedade. Tornou-se um fenômeno difuso, muitas vezes relacionado com o crime organizado, ultrapassando fronteiras, assumindo contornos altamente dinâmicos, mediante as sofisticadas técnicas empregadas a distribuição de funções que se adaptam às peculiaridades dos diversos sistemas jurídicos, o que dificulta sua definição precisa. (LIVIANU, 2006, p.46)

Obviamente, não se pode exigir que os diplomas legais prevejam de forma exaustiva todos os mecanismos possíveis de corrupção, uma vez que não é factível reduzi-los à tipicidade, ante sua natureza fluida e dinâmica. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.32)

A velocidade com que a criminalidade se desenvolve não é a mesma observada na previsão de tipos penais, o que os torna defasados, insatisfatórios e incompletos. Isto é, sem acompanhar o processo evolutivo da corrupção, a legislação brasileira tem mostrado sua fragilidade, ao oferecer zonas obscuras e lacunas acerca do tema, de modo que o apego ao tecnicismo jurídico favorece a fixação de empecilhos à solução final do problema. (LIVIANU, 2006, p.46)

Ainda que sejam constantemente acrescidas novas formas de delitos à legislação pátria, não se consegue debelar o déficit que assola a previsão legal no intuito de coibir o fenômeno da corrupção, pois as próprias inovações legais, na maioria das vezes, se mostram reduzidas, sem que atinjam amplamente os aspectos da corrupção⁴⁵. (HABIB, 1994, p.145)

⁴⁵ Com o advento da Lei nº 7.492/86, apostou-se que lacunas seriam preenchidas no que se refere aos delitos praticados contra o sistema financeiro nacional. No entanto, a nova lei tratou apenas da prática corruptiva associada aos aspectos financeiros, sem que fizesse qualquer referência a ordem econômica, enquanto sistema mais abrangente e completo. (HABIB, 1994, p.145)

Em razão da efetiva dificuldade em apreender os atos de corrupção, em todos os seus matizes, por meio dos preceitos jurídicos, que Fazzio Junior (2002, p.33) elege o obsolescência legal como uma das principais causas à expansão desta espécie de crime, senão note seu escólio:

“Por seu turno, as normas jurídicas permanecem inadaptadas à dinâmica evolução das práticas corruptivas, seja pela proliferação de condutas atípicas, que gera a viabilidade da impunidade, seja pela complexidade de redação das leis, que torna difícil sua aplicação, seja pela ausência de normas que ataquem o nascedouro da corrupção pública, quer dizer, pela espantosa facilidade para diluir responsabilidades no âmbito da Administração Pública, proporcional à concentração de poderes em pequenos grupos de interesses.”

Não é nenhuma novidade que a elaboração de leis obedece à lógica daqueles que detêm o poder. Ou seja, determinado grupo legisla inteiramente a seu favor, de modo a manter a coesão em sua lealdade, privilégios e obrigações, bem como legislam para os outros grupos com a finalidade única de controlá-los, impedindo a emergência de agrupamentos adversos, capazes de fragilizar o poder em mãos.

Ao legislador, portanto, caberá a especial tarefa de elaborar leis adequadas, no sentido de estarem ajustadas às aspirações sociais, bem como ao novo modelo mundial, de modo a seguir o constante progresso, estando sempre alerta para a dinâmica dos fatos, para que a lei não se torne reflexo de um só grupo, de um tempo que já passou ou ainda não existiu. A eficácia de sua aplicação ou a ineficácia de sua superação reside justamente na dose de atualidade que lhe é impregnada, a fim de torná-la sempre uma lei de hoje. (HABIB, 1994, p.84-85)

Entretanto, a mera edição de leis adequadas no tempo e no espaço não resolve o problema na sua totalidade. Isto porque, como já dito alhures, o aumento expressivo de leis extravagantes fez com que o Código Penal perdesse sua importância no que se refere à incriminação das espécies de corrupção e sua conseqüente aplicação. É preciso alimentar a idéia de formação de um diploma legal comum, devidamente revisado, elaborado e atualizado, de maneira a impedir a sucessão infundável de normas especiais, cada qual com uma técnica legislativa particular, sem obedecer um critério harmônico. (HABIB, 1994, p.146)

O fenômeno da corrupção é extremamente amplo, podendo apresentar-se nas mais variadas formas, o que demanda um tratamento cauteloso, criterioso e minucioso. Este

trabalho, por seu turno, irá reservar-se apenas a tratar das espécies corruptivas praticadas por funcionário público, em desfavor da própria Administração Pública.

4.3. A CORRUPÇÃO E O FUNCIONÁRIO PÚBLICO NO DIREITO PENAL

A corrupção pública não se configura através da mera ilicitude de uma conduta isolada. A corrupção não é solitária, isolada e independente. Seu poder de contágio promove a edificação de um sistema contra o interesse social, na medida em que o interesse do aparato (interesse público secundário) é submetido ao império do interesse privado. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.35)

A figura do “corrupto”, neste sentido, é aquela intimamente ligada ao agente que faz uso de sua função pública para atender finalidade distinta da do interesse público, estimulado pelo objetivo de alcançar vantagem pessoal, deteriorando a autoridade de que foi investido, em proveito próprio. (PRADO, 2010, p.435)

Quando se fala na prevalência da vontade particular, em detrimento do comunitário, está se referindo, neste trabalho, às pretensões dos agentes públicos, porquanto se utilizam do uso desviado da sua competência, com o intuito de atingir um conjunto de benefícios, solapando os quadros administrativos.

Tratar da corrupção pública desamarrada do agente público equivale à análise de uma doença sem o conhecimento do seu respectivo diagnóstico. Ou seja, o agente público, sem dúvida alguma, ocupa posição central ante o fenômeno da corrupção pública, uma vez que recai sobre o ele o dever do exercício da atividade administrativa de colocar em prática a finalidade legal, de remetê-la no sentido da realização da vontade social expressa na Constituição. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.51)

O Estado na qualidade de pessoa jurídica é desprovido de aptidão para a prática dos fins a que se propõe diretamente, servindo necessariamente de pessoas físicas que desenvolvam sua atividade no interesse comum, cujos deveres são previamente estabelecidos no reto funcionamento dos órgãos públicos. (PAGLIARO, 2009, p.7)

É frívola a idéia de atribuir o fenômeno da corrupção a determinada entidade abstrata, como, por exemplo, afirmar que “o Judiciário é corrupto”, quando, na verdade tal ente não pode figurar como autor da conduta corruptiva, senão seus membros, investidos da

função pública. Ou seja, quando se faz referência à corrupção, necessariamente está se falando de sujeitos capazes de realizarem tais atos. (MARTINS, 2008, p.39-41)

Não é outro autor, senão o agente público responsável por exteriorizar o sentido da atuação estatal, por desenvolver as tarefas necessárias à concretização da vontade pública, sendo o componente imprescindível à realização do normativo. Age em nome do Estado. Por isso, a conduta corrupta do agente público implica necessariamente numa ofensa ao próprio Estado, aos administrados e a todo o espectro da ordem jurídica, desviando a atividade pública de seu rumo natural, qual seja o atendimento do interesse social. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.51-52)

Tendo como referência o titular da competência, o presente trabalho restringirá sua análise acerca do agente público enquanto sujeito ativo dos crimes praticados contra a Administração Pública⁴⁶, delitos de natureza própria funcional, os quais só podem ser cometidos por determinadas pessoas, em razão de uma característica ou situação particular, que neste caso, se refere àquelas pessoas que exercem funções públicas⁴⁷.

Para tanto, imperativo se faz identificar o agente público, de modo a afastar a imprecisão conceitual de alguns diplomas legais, tendo em vista que estes não conseguiram alcançar a uniformidade na definição do titular do exercício da atividade pública, requisito essencial à configuração dos crimes previstos, em face do princípio da tipicidade penal.

Pois bem. A teor do que reza o art. 327 do Código Penal⁴⁸, funcionário público é aquele que, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função

⁴⁶ A Administração Pública, para fins penais, não dispõe do mesmo significado que possui no direito constitucional e no direito administrativo. O Código Penal não entende apenas a atividade administrativa em sentido estrito, distinta da atividade legislativa ou jurisdicional, senão toda a atividade estatal, nem sentido subjetivo e noutro objetivo. Ou seja, configura a Administração Pública em sentido subjetivo o conjunto de entes que desempenham funções públicas e no aspecto objetivo é caracterizada como toda e qualquer atividade desenvolvida para satisfação do bem comum. (PAGLIARO, 2009, p.9)

⁴⁷ Em que pese o foco do presente trabalho se concentre na atuação indevida do agente público, não há como negar que o fenômeno da corrupção não esteja mais adstrito ao mero exercício do poder público em benefício próprio, pelo funcionário público, mas incorpora novas formas, novos perfis e novos sujeitos, a exemplo da corrupção privada. (TORRE, 2009, p.12)

⁴⁸ “Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.
§ 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

pública. Com isso, não se exige o exercício profissional ou permanente da função pública, o que confere ao conceito de funcionário público, para fins penais, um caráter mais elástico e extensivo à definição traçada pelo Direito Administrativo⁴⁹. (BITENCOURT, 2007, p.148)

Sem o devido rigor técnico, o Direito Penal se vale das expressões peculiares do Direito Administrativo, de modo a sinonimizar as locuções adotadas, provocando quase sempre dissonância doutrinária na interpretação e aplicação do Direito.

Interessa saber, por ora, que a idéia de funcionário público encampada pelo código repressivo corresponde à expressão “agente público”, porquanto se revela mais ampla e genérica⁵⁰, não se confundindo com algumas de sua mais conhecidas espécies, como “servidor público” e “empregado público”, de forma a englobar todos aqueles que possuem atribuição a manifestar parcela da vontade do Estado, sendo a ele ligados por variados vínculos jurídicos⁵¹. (ALEXANDRINO, 2009, p.123)

Por tal razão, o enquadramento de funcionário público não decorrerá do tipo de cargo desempenhado pelo sujeito, senão por um critério objetivo, qual seja o tipo de atividade por ele exercida, sendo esta uma função pública legislativa, administrativa, judiciária ou de governo.

O acolhimento da concepção abrangente de funcionário público parte essencialmente da pretensão legislativa em assegurar o interesse da Administração Pública, tendo em vista

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.”

⁴⁹ “A Constituição vigente abandonou a antes consagrada expressão **funcionário público**. Na seara do direito penal, todavia, ela ainda é empregada abarcando todos os agentes que, embora transitoriamente ou sem remuneração, pratiquem crime contra a administração pública, no exercício de cargo, emprego ou função públicos (CP, art. 327). Como se vê, para fins penais, a abrangência do conceito de funcionário público é a mais ampla possível, correspondendo à da expressão “agente público”, consagrada no âmbito do direito administrativo.” (ALEXANDRINO, 2009, p.124)

⁵⁰ O termo “agentes públicos” envolve diversas espécies, de forma que uma variedade de sujeitos podem ser compreendidos sob tal rótulo. Por isso, vale indicar as categorias em que se agrupam, a saber: a) agentes políticos; b) servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado; e c) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público. (BANDEIRA DE MELO, 2009, p.246)

⁵¹ “Esta expressão – *agentes públicos* – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.” (BANDEIRA DE MELO, 2009, p.243)

as múltiplas atividades do Estado contemporâneo que acarretaram na descentralização do serviço público, desencadeando, por conseguinte, o aparecimento de autarquias, fundações públicas e entidades paraestatais, que são inseridas no âmbito da Administração indireta. (PRADO, 2010, p.495)

Nesse contexto, o §1º do art. 327 do Código Penal equipara a funcionários públicos aqueles indivíduos pertencentes aos quadros de sociedades de economia mista, de empresas públicas e de fundações instituídas pelo poder público, quando desenvolvidas atividades disciplinadas por normas de Direito Público, mas não quando sua atividade estiver regida pelo Direito Privado⁵². (PAGLIARO, 2009, p.20)

Muito embora se tenha adotado uma noção profundamente extensa, capaz de abarcar atividades públicas de índoles distintas, tal circunstância não justifica a confusão ante a atividade estatal, própria do agente público, e o mero desempenho de um determinado *múnus* público. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.56)

Isto quer dizer que ficam excluídos da categoria de agente públicos – ou de funcionários públicos, conforme definição jurídico-penal- aqueles que exercem tão somente um *múnus* público, como, por exemplo, os curadores e tutores dativos, os inventariantes judiciais, os leiloeiros dativos etc, uma vez que sua atuação encontra-se voltada à prevalência do interesse privado. (BITENCOURT, 2007, p.149)

Elemento basilar, a noção de função pública é que irá determinar o enquadramento na definição de funcionário público, utilizada pelo Código Penal. Aquele que desempenha funções ou atribuições de interesse público, recebendo e executando ordens emanadas de uma autoridade, restará caracterizado como funcionário público, na forma da lei penal estabelecida. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.56)

O uso da locução “para fins penais” pelo legislador ordinário não se faz de modo ocasional, senão revela a necessidade de serem extraídos os critérios contidos no art. 327 do Código Penal para determinar aqueles que devem ser classificados como

⁵² “Assim, para fins penais, são considerados funcionários públicos, independentemente da forma de admissão, regime jurídico ou remuneração, aqueles que exerçam cargos ou funções, em caráter permanente ou transitório, na Administração direta ou indireta, que são as autarquias ou as entidades paraestatais. Também são considerados funcionários os empregados das empresas privadas, permissionárias ou concessionárias, prestadoras de serviços contratados ou participantes de convênio, para a execução de atividade típica da Administração Pública.” (PAGLIARO, 2009, p.21)

funcionário público quando a lei penal fizer tal referência, seja na qualidade de sujeito ativo ou passivo. (PAGLIARO, 2009, p.14)

Nesta ordem de idéias, praticará atos de corrupção pública o indivíduo que, de qualquer modo, realizar atividades próprias do Estado, ou seja, aquele que detém determinada grau de potestades administrativas, enquanto poderes de ação destinados à satisfação dos interesses públicos. Também o praticam as pessoas que com elas concorrem (por indução ou concurso material) na prática de condutas ilícitas, ainda que não figurem legalmente como agentes públicos, de acordo com a regra penal inserta no art. 30 do CP⁵³, bem como no art. 3º da Lei nº 8.429/92, na dimensão civil⁵⁴. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.61)

Importa agregar, outrossim, que o acolhimento da noção extensiva de funcionário público, pelo legislador, mediante a qual não é exigido do agente nem mesmo o exercício profissional ou permanente da função pública, bastando que esse exercício seja transitório, ou mesmo sem remuneração, atinente a cargo, emprego ou função pública, visa essencialmente assegurar o pleno interesse da Administração Pública, não subsistindo dúvidas acerca do seu alcance normativo, nos casos de crimes funcionais corruptivos em face do Estado. (PRADO, 2010, p.494)

O cuidado com a definição conceitual capaz de determinar o sujeito ativo dos crimes funcionais foi manifestamente abraçado pelo anteprojeto do novo Código Penal, haja vista o art. 282 trazer a locução abrangente de servidor público para representar aqueles que se ligam ao poder público e, nesta condição, podem figurar nos polos ativo e passivo dos delitos próprios⁵⁵.

⁵³ “Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.”

⁵⁴ “Art. 3º - As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”

⁵⁵ Tipo penal trazido pelo anteprojeto do novo Código Penal: “Art. 282 – Considera-se servidor público quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo.

§1º - Equipara-se a servidor público quem exerce cargo, emprego ou função em autarquia, empresa pública e sociedade de economia mista e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública ou dos Poderes Legislativo e Judiciário;

§2º - Equipara-se também a servidor público o responsável de organização as sociedade civil ou não-governamental, no manejo de recursos públicos;

Uma vez definida a figura do funcionário público, para fins penais, passa-se ao problema da fixação do conceito jurídico de corrupção pública, a fim de estabelecer aquilo que configura a conduta ilícita, aviltante aos interesses da coletividade.

Partindo de uma noção formal, estritamente legal, o ato de corrupção seria aquele previsto nos artigos 317 e 333 do Código Penal, quais sejam a corrupção passiva e a corrupção ativa, respectivamente. Entretanto, esta compreensão se evidencia medíocre, na medida em que o ato de corrupção deve ser encarado sob um espectro muito mais amplo, capaz de envolver outras figuras delitivas.

“Considerar corrupção apenas o que o Código Penal define como tal significa perder de vista a própria razão de ser dos crimes contra a Administração Pública praticados por agentes públicos e o fundamento de sua punibilidade. A noção de corrupção pública não se limita à timidez da nomenclatura jurídica positiva.” (FAZZIO JUNIOR, 2002, p37)

Pensar a corrupção pública apenas na forma do Código Penal é ignorar a existência de outros delitos conexos, que não podem ser reduzidos às etiquetas do Direito Penal tradicional, em razão da sua complexidade e indeterminação.

A amplitude conceitual do fenômeno da corrupção se impõe como dever fundamental, em virtude da sua essência versátil e dinâmica, incompatível com a simplicidade dos tipos penais já apontados. A conduta corruptiva vai muito além da relação corruptor e corrompido, de uma suposta violação de deveres de cargo, pois nega, sobretudo, os valores que sustentam todo o sistema político-administrativo democrático baseado no Estado de Direito. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.36)

Daí a importância em serem ultrapassados os lindes estreitos da corrupção passiva (art.317 do CP), valendo-se de um conceito amplo e genérico de corrupção pública, para que todas as espécies de desvirtuamento da função pública sejam devidamente enquadradas como corruptivas e alcançadas pela legislação que lhes compete.

Falar de corrupção pública é falar do desvio do agente público em relação à atividade do Estado, com o fito de obter vantagens pessoais. Em outros termos, a corrupção nada mais é que a substituição, pelo agente público, da finalidade pública de sua atuação, pelo interesse privado em obter vantagem indevida para si ou para outrem. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p. 40)

§3º - O conceito de servidor público aplica-se tanto ao sujeito ativo, quanto ao sujeito passivo dos crimes.”

Com isso, a corrupção pública sintetiza as diversas atitudes ensejadoras da disfunção pública absoluta promovidas por agentes públicos, compreendendo toda conduta comissiva ou omissiva no desvio de poderes e deveres, a fim de colher benefícios de ordem pessoal, não estando adstrita ao que prevê o art. 317 do Código Penal.

4.4 CRIMES DE CORRUPÇÃO: DOS CRIMES FUNCIONAIS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Código Penal traz expressamente no seu art. 317 a forma passiva da corrupção, sendo esta praticada pelo funcionário público. Entretanto, a natureza do crime de corrupção não está cingida apenas a tal formato, mas envolve um sentido muito mais abrangente, capaz de atingir outras condutas funcionais de cunho ilícito.

O elo que liga o delito de corrupção propriamente dito, estampado no art. 317 do CP, aos outros delitos funcionais praticados contra a Administração Pública funda-se justamente na concepção encampada neste estudo acerca do fenômeno da corrupção, cujo cerne está assentado na idéia do “mercadejar com o cargo” em detrimento da consecução do bem comum.

Noutro dizer, a natureza corruptiva inerente ao crime do art. 317 do CP será igualmente identificada na essência dos crimes dos artigos 312, 316, 319 e 321, todos do CP, à medida que a noção de corrupção reside no comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estatal, favorecendo interesses particulares em troca ou recompensa. (CAVALCANTE, 2006, p.19)

Nesse sentido, o presente trabalho se limitará a fazer uma abordagem crítica acerca dos crimes contra a administração pública, praticados por funcionários públicos, na forma da lei penal, os quais detêm uma natureza corruptiva, própria do desvio de finalidade pública, solidificando a concepção ampla do fenômeno da corrupção.

Ciente da limitação e insuficiência do Código Repressivo na previsão de figuras características do fenômeno da corrupção, o tópico seguinte trará à baila apenas cinco tipos penais associados à prática de ilicitudes em desfavor da administração pública por agentes públicos, quais sejam o peculato, a concussão, a corrupção passiva, a prevaricação e a advocacia administrativa.

Não se pretende com isso olvidar o tratamento jurídico dispensado ao tema por legislações extravagantes, senão demonstrar que tais espécies corruptivas se colocam como matrizes, modelos e núcleos sintetizadores para a definição de outros comportamentos desviantes da função pública. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p. 87-88)

A partir de uma análise mais atenta de todas as figuras penais relativas ao fenômeno da corrupção, irá se perceber que estas não possuem natureza pura e independente, de maneira que os ilícitos indicados acima dão origem a outros tipos penais e com eles se embaralham, preservando um substrato comum à todas as expressões penais da corrupção pública.

Este conjunto de crimes, portanto, se liga pelo objeto jurídico da tutela, qual seja o prestígio e o funcionamento da Administração Pública, de modo a preservar a moralidade e a probidade do fiel exercício da função pública, uma vez que a corrupção pública representa uma via de efetiva ameaça à eficiência do serviço público e, sobretudo, à segurança do Estado Democrático de Direito. (COSTA, 2010, p.37)

Feitas essas considerações preliminares, cumpre percorrer, um a um, os delitos mais expressivos das condutas corruptas dos agentes públicos.

4.4.1 Peculato (art. 312 do Código Penal)

O crime funcional de peculato admite, na forma dos artigos 312 e 313 do Código Penal, cinco modalidades, sendo quatro de natureza dolosa e uma de ordem culposa, a saber⁵⁶:
a) peculato por apropriação (art.312, *caput*, primeira parte); b) peculato por desvio

⁵⁶ “Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Peculato Culposo

§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

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

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

Peculato Mediante Erro de Outrem

Art. 313 - Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem:

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

(art.312, *caput*, segunda parte); c) peculato por furto (art.312, §1º); d) peculato mediante erro de outrem (art.313); e e) peculato culposo (art. 312, §2º).

Muito embora haja previsão acerca do delito em questão, sob a modalidade culposa (art.312, §2º), tal espécie não integrará o objeto de estudo do presente trabalho, uma vez que a corrupção pública está associada aos comportamentos essencialmente dolosos, evitados de má-fé, de modo que não há lugar para a culpa estrita nesta seara. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.94)

Ter-se-á como objeto, então, a conduta funcional intencionalmente voltada ao enriquecimento ilícito ou a mera satisfação pessoal ou de outrem, por meio do abuso do exercício da função pública, capaz de gerar um descrédito institucional perante os cidadãos.

Dentre as varias expressões penais da corrupção pública, o peculato ganha destaque em razão da sua extensa lesividade, não apenas no aspecto material, senão seu dano moral, porquanto não atinge somente o patrimônio público, mas coloca em risco toda a integridade da função pública, por desviá-la de sua meta coletiva. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.92)

Tal realce, por sua vez, não se dá em vão, pois o agente do delito do peculato tem a capacidade de trair a confiança pública e os deveres do seu cargo, desprestigiando a Administração e a função que desempenha, apropriando-se, ao final, de parte do patrimônio público, que pertence a toda a sociedade. (PRADO, 2010, p.393)

Por consistir no fato do funcionário público apropriar-se de uma coisa alheia móvel que ele possui em razão do seu cargo, o crime de peculato se assemelha estruturalmente ao delito de apropriação indébita, sendo, porém, de natureza mais grave justamente porque o crime do art.168 do CP ofende apenas o patrimônio, ao passo que aqui, além da ofensa patrimonial, necessária à existência do crime, verifica-se também a ofensa contra os interesses da Administração Pública. (PAGLIARO, 2009, p.31)

Em que pese o delito seja marcado pela lesividade material, não se trata de um crime patrimonial, no sentido tradicional adotado pelo Código Penal, enquanto conjunto de bens de pessoas naturais e jurídicas, mas se refere a uma ofensa ao erário, aos bens materiais da sociedade, o que fortalece a censurabilidade do ato praticado. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.92)

Cumpra esclarecer, nos termos de Luiz Régis Prado (2010, p.393), que:

“[...] embora não se possa discrepar do entendimento que enaltece a relevância da tutela da probidade administrativa, dissente-se, no entanto, da tese que admite a prática do peculato sem a correspondente lesão patrimonial, já que o tipo de injusto a que se refere o artigo 312 requer necessariamente um dano patrimonial à Administração Pública [...]”

O que de fato figura como alvo constante é a integridade da função pública estatal, inclusive e, sobretudo sua finalidade social. A defesa dos bens públicos, enquanto prisma material da lesão está engastado ao interesse do Estado em seu enfoque geral, configurando um delito pluriofensivo, que atinge não só o patrimônio público, mas o bom andamento da função administrativa.

Não se trata, pois, de mero desfalque material, mas a conduta peculatória demonstra uma afronta direta às mínimas exigências de moralidade e imparcialidade numa incontornável substituição do interesse público pelos desígnios particulares de quem deveria cuidá-lo. Ou seja, o agente público é movido por um intento deliberado, porque consciente, de interromper o desenvolvimento da atividade administrativa para locupletar-se. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.92-93)

Condiciona-se o crime de peculato, pois, ao exercício funcional, de modo que o agente público somente desfruta da posse da coisa em razão da facilidade que lhe é promovida pelo ofício que exerce. A apropriação do bem possuído se dá com o abuso do cargo que compete ao agente público, com o fito de locupletar-se indevidamente, ou em benefício de terceiros.

Com isso, na hipótese do particular vir a atuar no crime como autor ou partícipe, sabendo da circunstância especial que envolve seu cúmplice, o agente público, responderá na forma da regra contida no artigo 30 do CP, na medida em que a circunstância de cunho pessoal relativa à função pública é elementar do delito e, portanto, se comunica. Em hipótese de desconhecimento quanto à condição especial de funcionário público que recai sobre o sujeito ativo, o *extraneus* responderá na forma do instituto da cooperação dolosamente distinta, capitulada no art. 29, §2º, do CP.

Obviamente, a condição de funcionário público constitui elemento indispensável à tipificação do crime em apreço, a fim de demonstrar a prática da subversão funcional, em que o agente público assume o papel de guardião infiel, mediante abuso de confiança.

4.4.2 Concussão (art. 316 do Código Penal)

O crime de concussão é tradicionalmente qualificado como uma extorsão praticada pelo funcionário público que atua com abuso de autoridade, contra um particular atemorizado, obtendo dele uma vantagem indevida⁵⁷. Embora sejam estabelecidos paralelos entre tais figuras delitivas, as mesmas se distanciam em alguns aspectos que merecem ser tratados de imediato, a fim de dirimir qualquer confusão conceitual.

A primeira diferença entre as duas figuras delitivas reside na sua natureza, de modo que a extorsão é de cunho patrimonial (material), que se consuma com a obtenção da vantagem econômica, ao passo que a concussão revela-se um delito pluriofensivo, que agride primeiramente a normalidade da função pública e, em segundo plano, o patrimônio particular do administrado, sendo, então, um delito de natureza formal, que se consuma com a mera exigência da vantagem indevida. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.134-135)

O modo como os crimes são praticados constitui, de plano, um linha manifestamente diferenciadora entre eles. Na extorsão, a vítima, é constrangida, mediante violência ou grave ameaça, a entregar a indevida vantagem econômica ao agente, enquanto na concussão o funcionário público o faz sem o uso da violência ou da grave ameaça. (GRECO, 2011, p.67)

Em suma, enquanto na extorsão o *modus operandi* se dá mediante violência e ameaça, a concussão se caracteriza apenas pela exigência, pela mera intimidação e constrangimento, sem que haja uma coação explícita e contundente. O conteúdo da ameaça, por seu turno, também constitui traço de diferenciação entre os dois crimes em apreço, uma vez que o sujeito passivo do crime de concussão cede à exigência do agente

⁵⁷“Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Excesso de Exação

§ 1º - Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 2º - Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”

público, em razão do temor de não ver o ato administrativo ser devidamente cumprido, na forma da lei.

Nas palavras de Fazzio Junior (2002, p.133), a concussão é o desvio da função pública para esbulhar, à medida que se impõe uma exigência de vantagem ilícita formulada pelo agente público, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, em razão da função, ainda que fora dela ou antes de assumi-la.

Pode-se, ainda, associar a prática da concussão ao constrangimento ilegal praticado pelo agente do poder público, quando exige ao sujeito passivo o fornecimento de vantagem indevida, valendo-se, para tanto, do cargo ou da parcela de poder que detém em mãos, mandatário que é da Administração. (HABIB, 1994, p.185)

É justamente sob este aspecto que reside a reprovação do ato concutivo, porquanto o agente público substitui um valor maior, qual seja a promoção do bem comum, a finalidade coletiva, por um interesse menor, seu ou de terceiro. Ao desviar os poderes que lhes competem, afasta-se da pauta constitucional que deve guiar sua atuação e, conseqüentemente, aparta-se da busca do interesse geral. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.133)

“Tipifica a concussão, a violência moral subjacente que impõe o temor, como expediente destinado a canalizar a atividade administrativa para fim diverso do previsto na norma. É o veículo dessa espécie de corrupção pública. Não há indução, mas constrição calcada no peso da condição pessoal do agente público. Nela repousa a idoneidade do ato coercitivo.” (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.134)

Ínsita ao crime em destaque, a coerção psicológica exercida pelo agente, por força do seu cargo ou com o império da sua função, provoca na vítima certo temor em não ver o interesse devido ser satisfeito caso não haja a prestação da vantagem indevida, o que a obriga a satisfazer a imposição do sujeito ativo, sob pena de futura retaliação. (HABIB, 1994, p.186)

Foge da tipificação penal se o mal prometido for alheio ao cargo ocupado pelo agente público concussionário, ou seja, é necessário que a ameaça de mal decorra da própria função exercida pelo funcionário. (HABIB, 1994, p.186) Nessa linha, Fazzio Junior (2002, p.138) pondera que a lei penal brasileira refere-se à exigência em razão da função, de maneira que não é suficiente para a configuração do delito a mera qualidade

genérica de agente público, mas impõe-se que este esteja apto a usar dos poderes inerentes à função que exerce ou vai exercer⁵⁸.

É natural, ante sua natureza clandestina, que o crime de concussão seja praticado em concurso, de modo que o extorsionário serve-se de um parente ou amigo, que vai em seu nome reclamar da vítima a desejada vantagem. Neste caso, a exemplo do que ocorre nos demais crimes próprios, o particular, ainda que desprovido da condição de agente público, figurará como co-autor ou partícipe do delito do art. 316, uma vez ciente da circunstância elementar que reveste o agente público. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.140)

Ao administrado só deve ser imposta determinada obrigação, se prevista em lei, não cabendo ao agente público fixá-la por deliberação própria. Isto é, em virtude do exercício de suas atividades, o funcionário público não há que exigir qualquer vantagem, independentemente da sua natureza, podendo ser compreendida como qualquer enriquecimento ilícito, sendo ele dinheiro ou qualquer outra vantagem.

Aqui, não há que se falar em restituição daquilo auferido pela vantagem indevida, como mecanismo de desconstituição do crime de concussão, pelo simples fato de não se tratar de um delito de natureza patrimonial, de modo que a ausência de lesão material do administrado não exerce qualquer influência na configuração do tipo penal, sendo este de cunho formal, bastando para sua consumação a simples exigência da vantagem indevida. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.154)

Sua gravidade recai exatamente na turbação da autoridade do Estado, a qual se transforma em meio de violência contra os cidadãos para a satisfação de interesses privados, sendo aviltados o prestígio e a boa reputação da Administração Pública. (PAGLIARO, 2009, p.84)

4.4.3 Corrupção passiva (art. 317 do Código Penal)

O conteúdo do art. 317 do Código Penal revela a noção estrita, tradicional e limitada daquilo que se chama de corrupção. Nada mais é que a prática do agente público em solicitar, receber ou aceitar vantagem de qualquer natureza, como paga por conduta

⁵⁸ “Bem por isso, não se caracteriza o delito de concussão na conduta do mero assessor da prefeitura desapropriante, que se vale dessa qualidade para obter do expropriado determinada pecúnia, atemorizando de converter em judicial o procedimento expropriatório amigável, posto não ter agido em razão da função, revelando-se totalmente inócua a exigência, já que ao agente faltava o poder de decidir a respeito de desapropriações.” (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.139)

funcional indevida⁵⁹. O agente público busca ou consente ser retribuído por outrem, que não o Estado, para desviar sua função, a fim de atender interesse diverso do coletivo. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.167)

Constituí, por sua vez, um manifesto descumprimento ao que estabelecem as regras de conduta ética destinadas aos servidores públicos civis federais, por exemplo, contidas no Decreto nº 1.171/94, o qual regula o dever fundamental de exercer a atividade administrativa sempre em prol do bem comum, sem que haja prevalência de qualquer interesse de outra natureza distinta da coletiva.

É a representação de mais uma afronta aos valores basilares da boa Administração, uma vez que o desvio de poder doloso dirigido à garantia de vantagem particular despreza por completo os deveres/poderes da competência administrativa, ao retratar uma deformação ética e, conseqüentemente, infringir a imparcialidade necessária na relação entre agente público e cidadão.

A feição corruptiva do delito do art. 317 revela-se essencialmente no abuso da função pública que foi competida ao funcionário público, de modo que a exerce irregularmente, desviando-a da sua finalidade legal, qual seja o interesse comum. É criada uma disfunção, na medida em que o ato por ele praticado, objeto do comportamento ilícito, se relaciona irremediavelmente com o exercício do seu cargo, emprego ou função.

Preciosa a lição de Fazzio Junior (2002, p.171):

“Claro que a configuração do tipo não reivindica a precisão de um ato de ofício, mas apenas que o agente público recebe vantagem em razão da função; qualquer comportamento que traduza o desvio de poder pode traduzir ato de corrupção, se derivado da retribuição particular.”

Praticada a função pública, nos moldes da lei, a retribuição deve advir do Estado. Feita por particulares, perfaz-se a figura da vantagem indevida, a qual pode ser configurada como dinheiro ou qualquer outra utilidade. De fato, o que se pretende com a tipificação

⁵⁹ “Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em conseqüência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.”

dos crimes de corrupção é justamente impedir que os atos funcionais, contrários ou conforme a seus deveres, sejam objeto de uma compra e venda privada. (PAGLIARO, 2009, p.106)

4.4.4. Prevaricação (art. 319 do Código Penal)

Delito integrante do fenômeno da corrupção pública, a noção de prevaricação é manifestamente distinta dos crimes tratados até aqui, no que tange ao aspecto objetivo, de modo que não há suborno, sequer apropriação de bens públicos ou qualquer ato intimidatório. Ocorre a mera disfunção da atividade administrativa pública em prol do atendimento de um interesse ou sentimento pessoal⁶⁰. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.197)

Consiste basicamente em não exercitar o poder, quando deveria ser exercitado; ou em exercitá-lo segundo critérios diversos daqueles impostos em lei, como uma espécie de “autocorrupção própria”, uma vez que o funcionário se deixa levar por alguma vantagem indevida que pretende obter para si, violando, por isso, seus próprios deveres funcionais. (PAGLIARO, 2009, p.135)

O móvel da conduta ilícita, qual seja o desvio de poder, reside justamente no injusto subjetivo, na medida em que o agente público desgarrá-se do sentido da finalidade pública para dirigir seus atos em seu benefício. Coloca, portanto, a satisfação do seu interesse ou sentimento acima do interesse coletivo.

Embora não haja o desfrute de qualquer vantagem material, a conduta descrita recebe tratamento penal, em virtude da necessária tutela à função pública, já que a regularidade da atividade administrativa revela-se incompatível com a omissão funcional, bem como com a violação expressa da lei por ato administrativo. É um delito caracterizado pela negação da função pública, pela infidelidade ao dever funcional e pela parcialidade em seu desempenho. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.199)

Em face da conduta vacilante do funcionário público, movido pelo sentimento íntimo, alheio ao dever de lealdade e fidelidade ao Poder Público que gravitam em torno da

⁶⁰ “Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.”

função que exerce, busca-se a tutela do normal funcionamento da Administração Pública, no que tange à consecução dos seus fins. (PRADO, 2010, p.453)

O sujeito ativo age necessariamente de má-fé no descumprimento do dever funcional, de modo que o erro ou a negligência não integram o tipo penal. Não há que se falar em ocorrência do crime do art. 319 se ausente a intenção de satisfazer a interesse egoístico, em vez de cumprir os ditames legais que orientam a atividade administrativa. (FAZZIO JUNIOR, 2002, p.205)

Por isso, se o agente público age de forma indolente ou desleixada, sem que esteja motivado pela intenção de satisfazer seu próprio interesse ou sentimento, afasta-se qualquer possibilidade de configuração deste delito, uma vez inexistente a previsão legal da modalidade culposa, restando apenas, neste caso, uma possível sanção disciplinar. (GRECO, 2011, p.70)

4.4.5. Advocacia administrativa (art. 321 do Código Penal)

Revelado como inovação do Código Penal de 1940, o crime de advocacia administrativa deixa de ser mera infração administrativa e passa a receber tratamento repressivo, porquanto assim como os delitos apontados em linhas anteriores, atinge diretamente a probidade da função pública. (BITENCOURT, 2007, p.115)

Isto porque a ação incriminada consiste em patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, valendo-se da qualidade de funcionário, de modo que tal conduta retira a imparcialidade e a isenção necessária que o agente público deve manter no exercício de suas atividades, em benéfico do interesse coletivo⁶¹.

Mais do que o patrocínio do interesse, a essência do ilícito reside no abuso da qualidade de funcionário, sendo esta prevalecente, ainda que indiretamente, junto à Administração da qual se espera providência. O que se espera do funcionário público é que se valha da sua condição especial para assegurar o melhor exercício de sua função e não que a cumpra de forma indevida, com o fito de prevaricar ou alterar em sua vantagem a

⁶¹ “Art. 321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Parágrafo único - Se o interesse é ilegítimo:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da multa.”

condição de paridade que deveria existir entre os cidadãos diante da Administração Pública. (PAGLIARO, 2009, p.152)

Ao contrário de outros crimes, o patrocínio do interesse privado não requer em contrapartida uma vantagem econômica ou de qualquer outra natureza, sendo usado tão somente para satisfazê-lo. Pouco importa, para tanto, a motivação da conduta, bem como a legitimidade ou ilegitimidade do interesse patrocinado, embora a feição ilegítima renda a qualificação do crime do art. 321.

O caráter da má-fé que envolve o comportamento delitivo aqui descrito demonstra o elemento subjetivo doloso inafastável para sua configuração, refutando a ocorrência da advocacia administrativa se o agente público não age pela vontade consciente de patrocinar o interesse privado perante a Administração Pública.

Em que pese os aspectos dos crimes funcionais, contra a Administração Pública, tenham sido abordados, sob a perspectiva do tratamento jurídico dado pelo Código Penal, é preciso dirigir a atenção, nesta próxima oportunidade, para o tratamento legal que lhes é dispensado pelas legislações extravagantes, como produtos de um novo Direito Penal.

4.5 COMBATE À CORRUPÇÃO E FUNÇÕES INSTRUMENTAIS E SIMBÓLICAS DO DIREITO PENAL NA PÓS-MODERNIDADE

Facilmente notada é a complexidade que abraça o fenômeno da corrupção, sendo passível de análise sob múltiplas perspectivas. De modo geral, a corrupção, materializada a partir de uma diversidade de condutas, representa um fenômeno a ser coibido, seja por estratégias repressivas ou mecanismos preventivos, na medida em que é percebida como ato portador de grande nocividade, afetando não apenas o Estado, mas numerosos setores da vida social. (LUZ, 2011, p.431)

Naquilo que tange à necessidade de repressão aos atos ímprobos e corruptos não parece haver dissenso, senão especificamente naquilo que toca ao modo de fazê-lo. Isto porque, a adoção de um tipo de regulação em detrimento de outro é capaz de gerar efeitos não somente sobre a efetividade do controle estatal sobre tal fenômeno, mas também sobre a liberdade dos cidadãos vigiados, acusados e condenados por este tipo de conduta.

Dá a importância de ser avaliado o papel do Direito Penal contemporâneo e seu âmbito de atuação na luta contra a corrupção, sob uma perspectiva ampla, tendo em vista ser

este o principal instrumento utilizado como resposta jurídica frente a tal problema, justamente por conta da insegurança que causa este tipo de criminalidade.

No entanto, a dogmática jurídico-penal, na conjuntura atual, enfrenta sérias dificuldades para o seu efetivo exercício, não apenas preventivo, como, principalmente, repressivo, contra as ações corruptas, em razão da própria natureza complexa do fenômeno, caracterizada a partir de pontos problemáticos como a delimitação do bem jurídico a ser protegido, a função do Direito Penal e a função da pena na denominada sociedade de risco. (LIVIANU, 2006, p.162-163)

Ao bem jurídico fora atribuída, como já assinalado, a função estruturante no âmbito do Direito Penal, porquanto lhe confere um conteúdo fundamental que o orienta, limita e legitima, sendo o norte de seu *telos* punitivo. (CANTON FILHO, p.03)

Exatamente por conta desta posição de primazia dentro do Direito Penal, a proteção do bem jurídico tem sido utilizada indiscriminadamente como argumento legitimador da expansão do punitivismo, tornando seu discurso um verdadeiro instrumento de manipulação a uma intervenção penal irracional, destituída de fundamentação constitucional e em descompasso com a realidade. (ARAÚJO, 2011, p.164)

A pretexto de uma falsa proteção aos bens jurídicos fundamentais é robustecida a tendência dominante da legislação penal moderna, marcada basicamente pela inserção de novos tipos penais, agravamento dos já existentes, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, numa clara expansão do Direito Penal. (SILVA SANCHEZ, 2002, p.21)

O surgimento de novas necessidades à tutela penal não pode ser compreendido apartado da realidade atual em que está inserida a sociedade. Entender as bases que se finca determinado modelo social parece ser o caminho mais adequado à solução dos problemas dela emergentes, especialmente no que toca às expectativas depositadas no papel exercido pelo Direito Penal, quando se demanda, cada vez mais, o aparato estatal à proteção dos bens jurídicos mais fundamentais do indivíduo.

Independentemente da denominação que se dê à conjuntura social atual, seja ela “sociedade de risco”⁶², “modernidade líquida”⁶³ ou “sociedade da insegurança”⁶⁴, certo é que os tempos atuais sofrem substanciais mudanças, sobretudo, no que tange à dinâmica das relações humanas e o funcionamento da sociedade perante o Estado, resultando no aparecimento de novos paradigmas.

Marco central de toda essa transformação, a globalização entra em cena como o principal fator desencadeador de toda a insegurança que ronda a sociedade moderna, marcada, sobretudo, pela imprevisibilidade e aparição de novos riscos⁶⁵. Se a idéia vendida à sociedade acerca do processo de globalização era de libertação, quebra de fronteiras e autodeterminação, os efeitos desta promessa, aparentemente sedutora, na prática, materializaram-se às avessas. A “abertura” material e intelectual favorecida, em tese, à sociedade, em verdade, tornou-lhe refém de uma globalização seletiva, fomentadora dos sentimentos de ansiedade, impotência e vulnerabilidade (BAUMAN, 2007, p.13). Daí, defluiu o medo.

De fato, as incertezas geradas pelo mundo globalizado fazem do mundo moderno um verdadeiro palco na luta contra o medo, sentimento, hoje, indissociável do ser humano. Se antes, o avanço tecnológico estava destinado à segurança e desenvolvimento da humanidade, hoje, passa a ser utilizado no incremento de formas delitivas, expondo os

⁶² A concepção de “sociedade de riscos” elaborada por Ulrich Beck (1998, p.19 e 25) está estreitamente ligada à modernização advinda da sociedade industrial, facilmente identificada pelos problemas e conflitos decorrentes da produção técnico-científica. O impulso na geração de riquezas, o crescimento econômico e o fortalecimento do modelo capitalista formam um conjunto de fatores responsáveis à nova formação social, que se vê constantemente sob a ameaça de novos riscos, debilidades e incertezas.

⁶³ A idéia de liquidez cunhada por Zygmunt Bauman (2007, p.9) sobrevém da facilidade atual em organizações sociais serem dissolvidas e decompostas, justamente em razão dos laços interpessoais e valores se tornarem cada vez mais frágeis, temporários e aleatórios. A sociedade moderna promove a divisão em detrimento da unidade, incentiva a competição ao rebaixar a colaboração e estimula orientações laterais às verticais.

⁶⁴ Sob o ponto de vista de Silva Sanchez, as características que revestem a sociedade pós-industrial vão além dos riscos apontados inicialmente por Beck. Classificada como “sociedade da insegurança”, tanto pelo prisma objetivo quanto subjetivo, seu sinal mais forte gira em torno da incerteza na vida social, na qual radica não apenas na criação dos riscos, mas na sua distribuição. (SILVA SANCHEZ, 2002, p.30-33)

⁶⁵ Acerca da globalização, Gracia Martin (2005, p.66-67) analisa o fenômeno como fomentador do incremento e fluidez das atividades e transações econômicas internacionais, que, via de regra, escapa ao controle político e jurídico. A partir daí, são criadas condições específicas à prática de uma nova delinquência associada à globalização, a exemplo das novas fraudes. No mesmo rumo, André Copetti (2000, p.71) aponta a globalização como fator de aumento da criminalidade, que se processo paralelamente à incapacidade estatal de combater as atividades criminosas. Da mesma forma, Francis Beck (2004, p.41 ss) impõe ao processo globalizador as mudanças ocorridas no sistema de controle penal.

indivíduos à denominada “síndrome do Titanic”⁶⁶. O ambiente movido pelo sentimento de medo não interfere unicamente nas relações interpessoais, conforme demonstrado em linhas anteriores, mas cria novas situações ao Direito, ganhando destaque aqui, o subsistema de natureza penal, o qual ganha nova feição ante as transformações sociais.

Até então, o Direito Penal clássico preocupava-se essencialmente à proteção de bens jurídicos individuais, fundamentais ao desenvolvimento do sujeito, promovendo sua intervenção quando verificada a lesão a tais direitos, sob o amparo de princípios vetores, como a proporcionalidade, ofensividade e intervenção mínima.

Esse modelo tradicional, no entanto, não se mostra suficiente dentro do contexto moderno. O progresso tecnológico aplicado a nova criminalidade gera novas demandas e produz resultados capazes de ultrapassar fronteiras, atingir número indeterminado de vítimas e perpetuar os riscos, em face da alta complexidade que envolve as novas formas delitivas.

Por trás do mero aparecimento de tipos penais inéditos existe uma seqüência de elementos justificadores ao surgimento de novos bens jurídicos. O primeiro deles diz respeito à conformação de novas realidades que antes não existiam. Em seguida, faz-se alusão à deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, mas que começam a manifestar-se como bens escassos, sendo-lhes atribuído valor que antes não lhes correspondiam, a exemplo do meio ambiente. Por último, vale pontuar o incremento essencial de valor que esses novos interesses passam a experimentar, como conseqüência de evolução social e cultural. (SILVA SANCHEZ, 2002, p.27)

Em face deste cenário, o novo Direito Penal se apresenta como um instrumento qualificado à contenção, prevenção e gestão desses novos riscos⁶⁷ oriundos das atividades geradoras de perigo (GRACIA MARTIN, 2005, p.48). Atento às variações sociais, o Direito Penal irá ocupar-se com a tutela de bens jurídicos fundamentais não

⁶⁶ Denominada pelo sociólogo Zygmunt Bauman (2008, p.27-28), a “síndrome do Titanic” retrata a inquietude do indivíduo decorrente da sua condição de impotência frente aos riscos e catástrofes do mundo moderno. A idéia de que podem surgir a qualquer momento e atingir qualquer sujeito, aleatória e inexplicavelmente, torna a sociedade despreparada e indefesa, incapaz de reagir às surpresas e incertezas que a vida reserva.

⁶⁷ No intuito de prevenir novos riscos, a intervenção penal é intensificada às custas de mudanças importantes na estrutura e nas garantias do direito penal. o que se vê é um exagero na utilização do direito penal, de maneira a comprometer seu funcionamento e, com isso, provocar um déficit de operacionalidade marcante, oriundo da incapacidade de o sistema recolher e dar soluções a todos os problemas que se lhe apresentam. (BECK, 2004, p.43)

apenas ao desenlace do cidadão, mas àqueles de caráter relevante ao crescimento da humanidade, quais sejam os de feição supra-individual.

Paralelo à mudança de titularidade do bem jurídico, em que prevalece a de cunho difuso, o conteúdo material do delito se altera, dando lugar aos crimes de perigo, o qual basta a exposição do bem jurídico a perigo para que se configure completamente, sem que seja exigida a sua efetiva lesão, conforme se vê nos crimes de dano, modelos dominantes no Direito Penal clássico.

Com a inserção de tipos penais destinados à tutela de bens jurídicos supra-individuais, vê-se uma evidente flexibilização do princípio penal da ofensividade, tendo em vista a antecipação da tutela penal, a fim de que o Direito Penal atue de forma imperativa no controle dos riscos, antes mesmo que haja qualquer produção de dano. (MACHADO, 2009, p.50)

A transição do modelo de “delito de lesão de bens individuais” ao modelo de “delito de perigo (presumido) para bens supra-individuais”, em face de contextos cada vez mais genéricos, conduz o Direito Penal a relacionar-se com fenômenos de cunho estrutural, global ou sistêmico, numa clara atividade de gestão punitiva dos riscos gerais, que o torna “administrativizado”. (SILVA SANCHEZ, 2002, p.114)

Melhor dizendo, transfere-se à ingerência penal aqueles fatos que deveriam ser monopólio do Direito Administrativo sancionador, em virtude da ausência de elementos de lesividade e periculosidade geral, quando praticados isoladamente⁶⁸. Nessa perspectiva, ao Direito Penal moderno cabe não somente regular comportamentos lesivos aos bens jurídicos, mas especialmente comportamentos de perigo à ordenação de setores da atividade. (GRACIA MARTIN, 2005, p.100-101)

Traço marcante do novo sistema punitivo, o adiantamento da intervenção penal ao estágio prévio à lesão do bem jurídico⁶⁹ reflete uma cultura preventiva, própria da

⁶⁸ Em vista de uma “administrativização” do direito penal, o Estado lança mão de um intervencionismo repressivo excessivo e desproporcional, porquanto para atingir os fins colimados, formas diversas ao direito repressor poderiam ter sido empregadas, a exemplo do direito administrativo. Se o instrumento penal tem o poder de atacar drasticamente as liberdades individuais, seu emprego deve estar pautado na subsidiariedade, já que sua existência se dá em um Estado democrático e social de direito, calcado em princípios informadores fundamentais. (FARIA, 2010, p.304-305)

⁶⁹ Sobre o assunto, José de Faria Costa (2009, p.39-40) caracteriza o Direito Penal atual como “tutelador do futuro”, na medida em que se afasta do princípio vetor da causalidade, dando lugar ao juízo de probabilidades como marco orientador da sua atuação. Em síntese, “[...] o direito penal parece já nada

sociedade de risco, que pugna pela revitalização da idéia do Direito Penal como força conformadora de costumes, como mecanismo de orientação social de comportamentos, levando, com isso, o despreço pelas formalidades e garantias penais liberais, consideradas, na realidade moderna, como verdadeiros obstáculos à eficiência do sistema punitivo diante da profunda insegurança. (WERMUTH, 2011, p.34-35)

Na crescente onda do medo, a segurança se converte numa verdadeira pretensão social à qual se exige do Estado, especialmente do Direito Penal, uma resposta (SILVA SANCHEZ, 2002, p.40). Elege-se, então, este subsistema jurídico como a ferramenta adequada ao atendimento dos clamores midiáticos, provocados pela “mídiação do medo”. Em razão do incremento do rigor dispensado à edição de novas leis, o âmbito da interferência penal alarga-se na vida social, na tentativa de tranquilizar a alarmada população, proporcionando-lhe maior “segurança”. (WERMUTH, 2011, p.52)

Pressionado pela opinião pública, o Estado converte o rigor excessivo da legislação penal como solução imediata à contenção de todo o caos social. Isto é, ao legislador infraconstitucional recai o dever de praticar reformas penais, a fim de tornar o sistema repressivo mais enérgico, drástico e implacável frente à expansão da criminalidade, conferindo nítido cunho simbólico aos dispositivos legais, numa tentativa de manipular a percepção dos indivíduos acerca da realidade, passando-lhes uma falsa idéia de segurança.

Todo o processo de incriminação, por sua vez, acaba por se transformar, ao revés de uma real ofensa a bem jurídico fundamental, numa satisfação ou resposta do Estado ao(s) grupo(s) de interesses que tiram proveito da elaboração do microssistema, para demonstrar supostamente o “grau de preocupação” do poder estatal com aquele segmento da realidade (MELLO, 2004, p.111)

Como não poderia deixar de ser, a instituição de um Direito Penal simbólico tem como pano de fundo razões tipicamente políticas. Logicamente, os poderes públicos se valem

querer com o desvalor dos resultados do presente, quer olhar exclusivamente para o desvalor dos resultados que irão acontecer no futuro e, por outro lado, quer vestir o fato de polícia de giro, quer ser preventivo, quer estar antes que os factos aconteçam, parece que se quer abandonar a idéia nobre e profunda de liberdade, que é a que cinge um direito penal do facto, para se defender um direito penal, para sermos generosos, do *ante-facto* ou, no outro extremo, do *post-facto*”. Em convergência de pensamento, Patrícia Barcelos Rocha (2009, p.32), identifica o moderno Direito Penal através de características próprias, tais como a tendência preventiva com uma acentuada antecipação da tutela penal, o que conduz, por uma parte, a um frequente recurso à formulação de delitos de perigo (geralmente abstratos), assim como à configuração de novos bens jurídicos universais de conteúdo vago.

dos efeitos midiáticos acerca da delinqüência para produzirem discursos essencialmente populistas, destinados à oportuna adesão ao programa de forte repressão, com o fito de aproximar e conquistar maior número de eleitores⁷⁰. (ZAFFARONI, 2007, p.78)

Apoiadas pela força da mídia, as autoridades governamentais utilizam o Direito Penal como panacéia, com vistas a adotarem uma política de exarcebação e ampliação dos meios de combate à criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade. Como consectário lógico, direitos fundamentais são transgredidos e bens jurídicos constitucionalmente protegidos são frontalmente ameaçados, infundindo medo e revolta, ao tempo em que fascinam uma desavisada massa carente e desinformada. (BITENCOURT, 2000, p.91)

Assevera, então, Zaffaroni (1997, p.19-20):

“las leyes penales son uno de los medios preferidos del estado espectáculo y de sus operadores ‘showmen’, em razón de que son baratas, de propaganda fácil y la opinión se engaña con suficiente frecuencia sobre su eficacia. Se trata de un recurso que otorga alto redito político com bajo costo. De allí la reproducción de leyes penales, la descodificación, la irracionalidad legislativa y, sobre todo, la condena a todo el que dude de su eficacia”.

Dá-se ensejo, então, à formação de uma política criminal manipuladora e populista, a qual se vale de meios e instrumentos de combate à criminalidade isentos de conformidade às garantias individuais e aos princípios constitucionais fundamentais, sem que tenham o condão de apresentar resultados satisfatórios.

No afã de dar respostas rápidas e eficientes aos anseios sociais, o Direito Penal assume cada vez mais o caráter simbólico, traduzido no seu atual papel de *prima ratio*, indo de encontro à sua própria natureza, na medida em que deve atuar de forma instrumental, quando não haja mais qualquer alternativa à solução das demandas sociais⁷¹. (WERMUTH, 2011, p.58)

⁷⁰ Melhor dizendo, aquele representante que adota medidas penais mais incisivas, sob o pretexto da busca pela segurança social, fatalmente cairá nas graças da sua comunidade, rendendo-lhe preciosos votos. No entanto, a máscara da almejada segurança oculta o desprezo político pelas providências de viés estrutural aos problemas sociais, por estas se mostrarem mais custosas e de reflexo mediato.

Atraído pelas alocações confortantes dos candidatos, as quais primam pela reação instantânea da ingerência estatal frente ao “avanço da criminalidade”, o público, na maior parte das vezes, não percebe que abraçar a falsa promessa de uma sociedade mais segura e tranqüila, acaba por legitimar o estabelecimento de um sistema punitivo distorcido, autoritário e alheio aos valores democráticos deste Estado de Direito.

⁷¹ A promoção da tutela penal de um bem jurídico somente deverá ser procedida quando verificada a falha de outros mecanismos de controle social, de modo a atuar na condição de *ultima ratio* da política social,

Busca-se, de imediato, a ingerência do Direito Penal, sem que se tenha apurado, em momento anterior, a inadequação de outros meios de controle não penais. Torna, então, o Direito Penal como primeiro ou único meio de solucionar os conflitos sociais e, principalmente, os setorizados, vulnerando, por completo, seus princípios informadores da subsidiariedade ou da *ultima ratio*. (MELLO, 2004, p.114)

O que interessa, de fato, é o efeito político gerado por um Direito Penal simbólico. Pouco importa se o sistema punitivo exerce sua função dentro dos limites democráticos, pois o escopo primordial é amenizar a indignação popular ante a criminalidade, por meio de ações expressivas, de uma legislação penal conveniente àquele momento experimentado, capaz de assegurar resultados político-eleitorais imediatos.

Instala-se, portanto, uma cultura penal eficientista, na qual se busca a imediata produção de resultados, ainda que, para isso, se pague um preço muito alto pelos direitos e garantias individuais. O que vale é o fomento da falsa idéia de tranqüilidade e segurança aos cidadãos, por intermédio de símbolos jurídicos manipuladores, de cunho meramente ilustrativo.

Não é à toa, por conseguinte, que a sanção penal passa a figurar como um mecanismo de reafirmação da confiança institucional na ordem jurídica, em que a pretensão é fazer prevalecer as funções simbólicas às funções instrumentais dos crimes previstos, numa clara formação de uma tutela penal cada vez mais promocional e simbólica, ao invés de real e efetiva. (BARATTA, 1994, p.21)

O que a sociedade espera do Direito Penal moderno não é primordialmente o cumprimento da sua função instrumental de proteção aos bens jurídicos, mas que a atividade legislativa penal seja praticada com fins de produzir efeitos meramente simbólicos, aptos a transmitir aos indivíduos certas mensagens ou conteúdos valorativos, de forte influência mental, porém carecedores de fundamentos materiais justificadores de sua adoção⁷². (DÍEZ RIPOLLÉS, 2011, p.1)

fazendo prevalecer o caráter subsidiário que reveste o direito penal democrático, regido pelo princípio da intervenção mínima. (BURGALHO, 2007, p.293)

⁷² Reforça Roberto Livianu (2006, p.168): “Os efeitos simbólicos da legislação penal, muito utilizados na atualidade como resposta do Estado aos conflitos sociais determinados pela criminalidade complexa, em que se inclui o crime de corrupção, não atingem o efeito desejado, uma vez que não conseguem modificar a realidade, nem mesmo proteger os bens jurídicos a que se propõem.”

Nesse mesmo trilho, Gracia Martin (2005, p.103-104) adverte que o Direito Penal moderno não apenas deixa de cumprir sua função instrumental de tutela aos bens jurídicos, sequer cumpre as funções que motivam a sua expansão, como proporcionar efetivamente à sociedade maior segurança e atendimento aos novos interesses, senão reduz sua missão ao mero simbolismo.

Enfim, as considerações feitas em linhas anteriores demonstram, ainda que de forma sucinta, o panorama que se encontra inserido o Direito Penal moderno. Novos tipos delitivos, nova concepção de bem jurídico, sociedade do medo, a supremacia dos meios de comunicação, Direito Penal simbólico, todos esses fatores começam a moldar um novo sistema punitivo, distinto daquele surgido em bases essencialmente liberais e institucionalizado em um Estado Democrático de Direito.

Em meio a tantas ponderações acerca da realidade cambiante que se insere o Direito Penal moderno, valioso destacar a força e capacidade da opinião pública no processo de transformação. Se utilizada como massa de manobra ao atendimento de interesses políticos escusos, é preciso que esse esforço se volte à construção de um sistema punitivo conectado às mudanças sociais, sem que para isso deixe de lado as conquistas e garantias próprias de um Estado Democrático de Direito.

Enquanto destinatária das normas penais, a sociedade tem o dever de participar efetivamente no debate acerca dos bens que realmente requerem a proteção penal, refutando as influências de cunho meramente político e sensacionalista, sob pena de restar desvirtuada a missão e natureza próprias do Direito Penal. A criação de tipos penais faz necessária a participação popular, desde que seja guiada de maneira criteriosa, arrazoada e atenta ao poder de persuasão irrefreável que exerce a mídia. (FARIA, 2010, p.276)

Balizas constitucionais se fazem necessárias à formação do novo Direito Penal, pois concebê-lo sob uma ótica demasiadamente abrangente, acaba por atacar os próprios fundamentos do sistema de garantias de toda a Constituição, uma vez que a tentativa dirigida à proteção máxima de determinado bem, através de medidas exarcebadas, tende a provocar a flexibilização dos direitos individuais, das garantias processuais e dos

princípios vetores de todo o ordenamento, convertendo o Estado Democrático de Direito em estado de exceção⁷³. (CANTON FILHO, 2012, p. 150)

Há quem diga, inclusive, que a atuação dos sistemas penais, em tempos de pós-modernidade, surge como fator negador do Estado Democrático de Direito. Tal fato se dá basicamente por duas razões: primeiro, porque diante do aumento da criminalidade, e considerando-se a ineficácia do modelo penal em realizar objetivos, que aparentemente se propõe, o Estado tem,-se valido de mecanismos normativos criminalizadores de forma exarcebada, sem qualquer respeito aos princípios e garantias constitucionais, numa franca violação aos direitos humanos; em segundo lugar, porque em razão do aumento da criminalização e, conseqüentemente, do número de ações sujeitas à atuação dos sistemas penais, tem o Estado aumentado o seu aparato repressivo para combater crimes que ele mesmo tem criado, com a conseqüência próxima do aumento da despesa em segurança pública, o que inviabiliza a realização de outros direitos sociais muito mais fundamentais para as necessidades das populações. (COPETTI, 2000, p.77)

O Direito Penal eficaz na luta contra a corrupção é aquele que está amparado na adequação de novos perfis que a realidade apresenta, sem que possa ficar estranho aos princípios garantistas que limitam o poder punitivo estatal. Isto porque, o Direito Penal contém não apenas garantias constitucionais conferidas ao cidadão, senão especificamente ao cidadão que delinque, o que exige da aplicação da norma penal a noção exata da proporcionalidade, porquanto presente a clássica tensão entre garantia e eficácia. (TORRE, 2009, p.25)

⁷³ Acerca da necessidade de se promover uma atuação estatal equilibrada e proporcional, André Copetti (2000, p.79) destaca: “Sem aprofundar a análise de que uma intervenção penal máxima somente poderia servir à formação de um Estado totalitário, também um modelo mínimo ou a abolição de toda e qualquer forma de controle social penal do Estado podem servir a uma atuação penal desmedida e autoritária, distanciada da realização de um Estado Democrático de Direito, especialmente se, paralelamente às reduções, depararmos-nos com uma supressão de garantias.”

5. A PROPORCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO NA CORREÇÃO DAS INCONGRUÊNCIAS LEGISLATIVAS NOS CRIMES FUNCIONAIS DE CORRUPÇÃO PÚBLICA

5.1 HIPERINFLAÇÃO LEGISLATIVA COMO FATOR DE PRODUÇÃO DE INCONGRUÊNCIAS NORMATIVAS

No contexto globalizado, como já se viu, o aparecimento de novos tipos penais, a ampliação dos riscos jurídico-penalmente relevantes e o aumento de bens e interesses tuteláveis é uma realidade inafastável. Em decorrência deste panorama surgem, ao lado de um Direito Penal clássico ou primário, novos microssistemas jurídicos, marcados essencialmente por um Direito Penal secundário ou extravagante, contido em leis avulsas não integradas ao Direito codificado. (MELLO, 2004, p.112)

O que ocorre, na verdade, não é exatamente uma inovação dos tipos penais, senão o fato de conferir-lhes nova roupagem, a fim de atender muito mais aos princípios do microssistema do que aos princípios fundamentais do Direito Penal, abrigando tais normas sob o manto do princípio da especialidade, dando-lhes prevalência sobre a previsão codificada.

Toda esta técnica legislativa tipo mosaico, particularizada pelo processo de “criação”, ou, melhor dizendo, de transformação e reformulação dos crimes, criminosos e vítimas, aparece como fonte de conflitos, ao invés de significar uma resposta às demandas sociais, na medida em que os emergentes microssistemas “criam sua própria realidade em alto grau de independência em relação ao ambiente”. (HULSMAN, 1996, p.22)

Destinada tão somente a conformar determinado interesse imediato, a edição de normas penais extravagantes nada tem de técnica, delas não se pode extrair nenhuma *ratio*, nenhum princípio, nenhum valor, senão revelam infundáveis dúvidas e incertezas, possuindo a capacidade de desintegrar o Direito codificado. (MELLO, 2004, p.115)

Contaminado pelo populismo punitivo, donde se extrai o incremento e materialização de políticas criminais autoritárias, o plano legislativo tem causado justa perplexidade, em razão da falta de critério que permeia a referida atividade, encontrando-se distante do necessário rigor técnico e da orientação científica. (WUNDERLICH, 2010, p.10)

É formada, então, uma malha normativa infraconstitucional copiosa, verdadeiramente ampla, donde são extraídas as mais diversas hipóteses relativas aos atos de corrupção,

revestindo os diplomas legais de um caráter penal essencialmente punitivo, quando o objeto central da norma editada esteja afeito ainda que indiretamente à criminalidade corruptiva. (FERRAZ, 2008, p.371)

A superprodução legislativa penal, oriunda do intenso e permanente processo de criminalização de condutas, impõe à composição do sistema punitivo tipos penais alheios aos limites e requisitos materiais mínimos à sua criação, destinados a cumprir preferencialmente funções promocionais e simbólicas às funções ideais, de natureza instrumental à tutela de bens jurídicos relevantes. (GOMES, 2006, p.1-2)

É gerado, por meio do incremento constante das leis penais, um estado de insegurança jurídica, em que o Direito Penal passa a ser identificado pela excessiva severidade, pela imprevisibilidade das penas e pela ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e de anulação. (FERRAJOLI, 1995, p.105)

Mais que isso, a hipertrofia do sistema dogmático acaba por dificultar sua sistematização, ante a diversidade (ou a falta) de critérios, antinomias, redundâncias e juízos valorativos próprios, distantes dos princípios fundamentais do Direito Penal, prejudicando o estabelecimento necessário de conexões axiológicas, teleológicas e lógico-formais entre todo o sistema.

Em face do excesso de particularismo e da falta de técnica na edição de normais penais, a compreensão do Direito Criminal torna-se, cada vez mais, uma missão complicada, pois a sobreposição de normas, a todo o momento, forma uma verdadeira babel não apenas entre os cidadãos comuns, mas também entre os operadores do Direito (juízes, promotores, advogados etc), trazendo à superfície a ausência de uma política criminal cientificamente pensada. (TORON, 1995, p.80)

Dá-se espaço, então, ao adensamento da política criminal de ordem populista, mediante a qual as propostas legislativas revelam um caráter emergencial, intentadas a oferecerem respostas meramente emotivas, geradas em casos episódicos, divorciadas dos requisitos constitucionais e alheias à realidade do sistema penal.

Este fenômeno de reação simbólica, por sua vez, revela a capacidade de viciar a postura dos operadores do Direito, de sorte que se tornam cada vez mais identificados ideologicamente com esta política criminal antidemocrática fortemente apoiada no

imaginário social de pânico fomentada pelos meios de comunicação de massa. (WUNDERLICH, 2010, p.10)

Ao consagrar verdades parciais em atendimento a interesses restritos ou servindo como instrumento de administração de situações particulares, de respostas contingentes a situações emergenciais concretas, a legislação extravagante nada mais é que a criação de um produto legislativo diferenciado, conduzido à observância dos anseios de determinado grupo, sem que cidadão comum, não pertencente àquele grupo, tenha a oportunidade de opor qualquer resistência, afrontando a liberdade e dignidade da pessoa humana. (MELLO, 2004, p.118)

Em conexão a isso, a tentativa de atender a determinados interesses através do aumento da edição de lei penais tem gerado consequências imediatas. Isto porque, a grande quantidade de normas de natureza criminal não tem passado pelo filtro constitucional, havendo, a partir disto, uma violação dos conteúdos principiológicos existentes na Constituição, em especial, os direitos fundamentais.

Sob a ótica de Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho (2010, p.10), o produto normativo das legislações de pânico demonstra-se em visível desobediência à necessária limitação das fontes de criação de proibições penais, mormente à regra de codificação, estando, pois, apartada dos princípios definidos pela Constituição, enquanto base normativa, fundamental ao alcance da coerência da ordem vigente.

Geram, então, um conjunto de incertezas para os cidadãos, de sorte que os tipos penais não desempenham mais sua função originária, pois ao invés de servirem como garantia aos membros da sociedade civil contra a atuação arbitrária do Estado possibilitam, contrariamente, uma atuação estatal penal desmesurada, quando não maculada pela ilegalidade. (COPETTI, 2000, p.73)

Nessa esteira, é preciso ter em mente que a devida sistematicidade, coerência e inteligibilidade das normas penais são imperativos derivados de direitos fundamentais constitucionais, de sorte que a exigência de adequação técnica no processo legislativo penal representa uma garantia fundamental do cidadão, sob pena de destituir do exercício do poder punitivo estatal a necessária legitimação democrática.

O que se intenta demonstrar é que a necessidade de coibir condutas ilegais, especialmente aquelas de natureza ímproba e corrupta, não significa atribuir aos

esforços engendrados no combate à criminalidade uma carga de repressão a todo o custo, abusiva e excessiva, numa clara erosão do Direito Penal clássico, liberal, cimentado em bases garantistas e axiológicas. (GOMES, 1995, p.119)

O fator criminalidade, portanto, passa a ser utilizado como plataforma eleitoral de políticos, no intuito de transformá-lo como suporte às arbitrariedades cometidas pelo legislador, num evidente desprezo pelo estudo da ciência penal na elaboração das normas e, principalmente, às finalidades desejadas pelo Estado Democrático.

Isto é, sob o falso argumento de refrear a expansão do fenômeno da criminalidade, o Direito Penal vem assentando suas bases em num sistema repressivo simbólico, preocupado tão somente com uma produção legislativa que cause uma impressão tranquilizadora perante a opinião pública.

Para isso, desliga-se de qualquer cuidado e observância devida aos princípios penais estabelecidos, implícita ou explicitamente, na Constituição Federal, especialmente no que se refere a proporcionalidade, enquanto instrumento limitador do poder punitivo do Estado frente à garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos.

O resultado deste processo legislativo penal inflacionário não pode ser outro, senão a implantação de sérios entraves ao bom funcionamento do sistema criminal, face ao surgimento constante de incongruências normativas, decorrentes da instituição de tipos penais atentatórios contra toda à ordem, doutrina penal e, sobretudo, dignidade da pessoa humana.

5.2 UMA ANÁLISE ACERCA DA PROPORCIONALIDADE ABSTRATA FRENTE ÀS INCONGRUÊNCIAS LEGISLATIVAS NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO PÚBLICA

Os crimes de corrupção pública, praticados por funcionários públicos surgem como exemplos emblemáticos das permanentes incongruências normativas derivadas, dentre tantas outras razões, do grande número de leis especiais com a pretensão de regular outras áreas, mas que acabam incriminando condutas de funcionários públicos, sem o tratamento adequado em face do Código Penal e os princípios constitucionais vetores que o regem.

Amplamente demonstrado, exige-se que a proporcionalidade transite ao longo de todo o processo de formação e materialização do Direito Penal, na medida em que corresponde a uma verdadeira e imprescindível linha mestra ao qual não pode estar desvinculado, devendo estribar-se, a todo o momento, no seu conteúdo⁷⁴.

Diante da constatação acerca do seu vasto campo de incidência fértil, a proporcionalidade penal impõe-se basicamente a dois destinatários finais, quais sejam o legislador, oportunidade da criação da lei penal, bem como ao poder judiciário, quando da aplicação da lei ao caso concreto.

Ambos, por sua vez, enfrentam a árdua missão de dimensionar, dentro dos moldes da proporcionalidade, o grau de intervenção penal, em abstrato e concreto, seja na pena cominada, seja na pena aplicada pelo juiz, tendo em vista a diversidade de aspectos a serem levados em conta.

O legislador, ao cominar uma pena para uma determinada infração, não pode olvidar a gravidade do delito, a lesividade social, o grau de censura individual e coletiva, os fins repressivos e preventivos da pena, o regime a ser aplicado e possíveis benefícios a serem concedidos. Da mesma maneira o magistrado, cuja atividade voltada para definição concreta da pena deve estar balizada nas circunstâncias do art. 59 do CP, as agravantes e atenuantes, concessão de outros benefícios, penas alternativas, *sursis* etc.

Neste primeiro momento, será trazido à tona um breve exame da proporcionalidade sob uma perspectiva abstrata, especialmente na sua concepção *stricto sensu*, em face de determinados crimes contra a administração pública, praticados por funcionários públicos, no intuito de verificar a atuação do legislador penal no estabelecimento das cominações legais.

Sendo assim, a análise da proporcionalidade em abstrato gravitará basicamente sob o *quantum* sancionatório adequado a reprovação pela prática de condutas ilícitas, a

⁷⁴ Nestes termos, assevera Norberto Barranco (2007, p.128): “El principio de proporcionalidad, en todo su contenido, opera, o debe hacerlo – prescindiendo del ámbito de ejecución penal, en el que se plantean otro tipo de cuestiones en las que aquí no cabe entrar-, tanto en el momento de la elaboración o creación del Derecho como en el de su interpretación y aplicación. Y tiene como destinatário, por tanto, al Poder Legislativo – que en el ámbito penal há de prever la sanción para determinados comportamientos atendiendo lós requisitos del principio- y al Poder Judicial- que há de imponer cada concreta sanción en función también de ellos-, ya se entienda como principio constitucional ya como principio general del Derecho.”

gravidade das condutas humanas elevadas ao patamar da ilicitude e sua respectiva sanção, a extensão da tutela a ser exercida perante o bem jurídico em questão etc.

Isto porque, se gastaria muita tinta para discutir de maneira ampla, pormenorizada e completa a incidência da proporcionalidade, ante todos os seus aspectos e dimensões, sob tais delitos, sem que se pretenda, com isso, desprezar a importância de tal enfoque para a contribuição acadêmica, embora não seja este o objeto central do presente trabalho.

Tomando por base a idéia de que o merecimento e a necessidade da pena defluem da inafastável proporção da pena ao delito, resta configurada a violação da proporcionalidade quando ausente a necessária concordância material entre ação e reação, isto é, quando a gravidade da pena revela-se superior a gravidade do fato delituoso ou quando se dá de forma inversa.

Nessa diretiva, há de se afirmar que as condutas criminosas relativas à corrupção pública, perpetradas por funcionários públicos, encontram-se maculadas pelo vício da inobservância da concepção própria da proporcionalidade em sentido estrito, no exercício da atividade legislativa penal, na medida em que guardam em seu cerne aspectos evidentes de uma relação falha entre a gravidade do injusto e a gravidade da pena, conforme se verá a seguir.

Em obediência à ordem de apresentação dos crimes funcionais contra administração pública, dada pelo Código Penal, será objeto de análise, primeiramente, aquele relativo à conduta concussiva, especificamente na sua forma especial.

Os parágrafos do artigo 316 do Código Penal transparecem uma modalidade especial de concussão, uma espécie de tipo derivado, denominada excesso de exação⁷⁵. Constitui, basicamente, na conduta do funcionário público em exigir tributo ou contribuição social

⁷⁵ “Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º - Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 2º - Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”

que sabe ou deveria saber indevidos, ou, quando devidos, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza, na forma do art. 316, §1º, do CP.

Há, ainda, a forma qualificada do crime de excesso de exação (art.316, §2º), que se configura quando o funcionário público desvia, total ou parcialmente, em benefício próprio ou alheio, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos.

Adverte, Fazzio Junior (2002, p.157), que a modalidade simples do crime de excesso de exação não constitui ato de corrupção pública praticado pelo agente público, na medida em que este não desfruta, em princípio, de qualquer vantagem, ao contrário do que ocorre na modalidade qualificada, em que a cobrança do indevido segue-se a locupletação do oficial público, configurando, então, o desvio de poder doloso com o fito de obter vantagem.

Dessa forma, não pairam dúvidas acerca da conduta mais gravosa contida no parágrafo segundo do artigo em questão, uma vez que o dinheiro sequer chega a ser arrecadado pelo Estado, já que segue diretamente aos cofres do agente público, materializando uma conduta conjugada do excesso de exação com o peculato.

No entanto, as modalidades do crime de excesso de exação são marcadas por uma alarmante incongruência. Trata-se, pois, da pena cominada a cada uma delas. Na primeira, art. 316, §1º, do CP, a pena é de reclusão, de 03 (três) a 08 (oito) anos, e multa, enquanto que na segunda, art. 316, §2º, do CP, a sanção prevista é de reclusão, de 02 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Percebe-se que a forma qualificada do crime de excesso de exação possui sanção mínima inferior àquela prevista na modalidade simples, sendo punida mais brandamente, não obstante configurar uma conduta mais danosa, na medida em que o agente deixa de recolher ao tesouro público, para apropriar-se indevidamente do que obteve.

Ponha-se em relevo que falar em crime qualificado significa tratar de uma espécie delituosa de maior importância, maior gravidade e relevo ligada ao tipo principal, de modo que lhe deve ser cominada uma pena em abstrato maior do que a prevista ao delito simples, em virtude do seu maior potencial lesivo.

Outrossim, a modalidade do parágrafo segundo, do art. 316, do CP, manifesta-se como espécie qualificada justamente por conta do seu lato grau de lesividade, decorrente da

conjugação de dois delitos, quais sejam o excesso de exação e o peculato, conquanto preveja uma pena exatamente igual ao crime de peculato, na sua forma isolada e simples⁷⁶.

Com efeito, a natureza complexa do crime modulado no parágrafo segundo, do art. 316 do Código Penal, exige do legislador uma ingerência mais enérgica, fundada em limites mínimos, a fim de proporcionar o pleno desenvolvimento e desfrute do bem jurídico fundamental, neste caso, o bom funcionamento da Administração Pública.

O que se nota, entretanto, é a materialização da infraproteção legislativa no que pertine ao tratamento da modalidade criminosa em questão, ante a fixação abstrata de sanção penal ínfima e incapaz de promover o bem jurídico fundamental respectivamente tutelado.

Se o juízo de proporcionalidade em sentido estrito constitui um equilíbrio ou ponderação entre as vantagens e prejuízos que gera a limitação de um direito para a proteção de outro, é forçoso concluir que, diante da análise do resultado, se os prejuízos derivados da restrição de direitos superam seus benefícios, é imperioso o impedimento ou bloqueio da busca pelo fim almejado através do meio penal utilizado. (BARRANCO, 2007, p.168)

O juízo de ponderação, ínsito a proporcionalidade estrita, reclama a devida averiguação, em função da gravidade do delito, se todas as aspirações decorrentes da aplicação da pena possuem efetiva relevância a ponto de compensarem (ou não) a redução da eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, em face das fragosidades por que passará o autor do fato punível no sistema penitenciário e suas futuras dificuldades para se (re)integrar à sociedade.

Note-se, pois, que os males trazidos por uma futura aplicação da pena, ao retirar momentaneamente o condenado do convívio social, na sua forma prevista no art. 316, §1º, são maiores que seus benefícios, haja vista a ingerência excessiva que recairá sobre o indivíduo, quando, na verdade, o suposto dano do constrangimento gerado ao

⁷⁶ “Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”

contribuinte, decorrente da mera cobrança indevida não se mostrou proporcional ao *quantum* sancionatório, cominado pelo legislador.

Frente a tal despropósito normativo-sistêmico, o anteprojeto do Código Penal tratou de reposicionar o crime de excesso de exação, à medida que o classifica não mais como delito contra a Administração Pública, senão como delito autônomo contra a ordem econômico-financeira, o qual guarda novos contornos.

Inserto no art. 349 do provável novo diploma repressivo, o crime de excesso de exação estaria configurado tão somente mediante a conduta prevista na modalidade do parágrafo primeiro, do art. 316 do CP, de modo que a ação perpetrada pelo funcionário público destinada a desviar dos cofres públicos o que recebeu indevidamente restou suprimida, configurando tão-somente ação peculatória, já tratada pelo Código Penal vigente.

No que toca à cominação das penas do novo modelo do crime de excesso de exação, pretende-se uma mudança conformadora aos outros tipos penais da mesma natureza econômico-financeira, de sorte que seria substancialmente reduzida a carga punitiva para 01 (um) a 04 (quatro) anos, tendo em vista que atualmente resta fixada entre 03 (três) a 08 (oito) anos.

Ainda no tocante ao crime de concussão, confrontá-lo com o delito de corrupção passiva é observar uma série de semelhanças como a identidade de tutela do bem jurídico, que é a Administração Pública, a figura do funcionário público como sujeito ativo dos crimes, a natureza formal de ambos, etc. No entanto, o que chama atenção é a flagrante violação à proporcionalidade, naquilo que toca a definição das condutas criminosas e as respectivas sanções penais.

Em que pese as diversas características que aproximam tais delitos, há uma distinção crucial entre a prática da concussão e da corrupção passiva, a qual dará ensejo à afronta da proporcionalidade. Isto é, no crime do art. 317, a consumação se dá mediante as condutas de solicitar ou receber a vantagem indevida, ao passo que o tipo penal do art. 316, *caput*, se perfaz com a exigência, direta ou indireta, da vantagem indevida, por parte do funcionário público.

Sem muito esforço, é possível perceber, a partir deste breve sumário do tipo objetivo dos crimes em apreço, que a conduta exercida pelo autor da concussão é mais gravosa

do que a do autor da corrupção passiva, na medida em que, por óbvio, a exigência se mostra mais drástica do que a aceitação, recebimento ou aceitação da promessa.

A despeito desta aparente obviedade, o Código Penal tratou com maior rigor o crime do art. 317, de sorte que previu uma pena de reclusão cujo patamar mínimo é de 02 (dois) anos, com o limite máximo de 12 (doze) anos, além da pena de multa, ao passo que o crime de concussão tem sua sanção penal estipulada em 02 (dois) a 08 (oito) anos de reclusão, acrescida em multa. Ou seja, a pena máxima privativa de liberdade do crime de concussão é sensivelmente inferior àquela cominada ao ato concussivo⁷⁷.

Ora, se, ao estabelecer as penas máxima e mínima, o legislador já previu, em abstrato, o quão danosa poderia ser aquela conduta à sociedade, estipulando a reprovação que entendeu pertinente, não se mostra proporcional, nesta situação, o seu juízo valorativo empregado, uma vez que a concussão, por conta da sua essência drástica, tem maior capacidade em gerar prejuízos ao bom funcionamento da Administração Pública.

Se do ponto de vista interno, o atendimento da proporcionalidade em sentido estrito se dá com a fixação da mesma pena para dois delitos de gravidade equivalente, não é custoso depreender que, do ponto de vista externo, se dois delitos não são considerados de igual gravidade, sendo um mais grave que o outro, e ambos possuem a mesma carga sancionatória ou aquele considerado mais grave detém uma pena menor, haveria uma vulneração franca ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito. (AGUADO CORREA, 1999, p.280)

Constata-se, então, uma absurda inversão na gradação legislativa da sanção cominada. A concussão, na qualidade de crime mais grave, recebe punição mais branda, enquanto que o crime de corrupção passiva, comparativamente menos grave, recebe punição consideravelmente mais grave. (BITENCOURT, 2007, p.65)

Referida atecnia não se deu por acaso. Isto porque, tal distorção decorreu da aprovação da Lei nº 10.763/2003, quando alterou a redação do artigo 317 do Código Penal,

⁷⁷ “Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.”

“Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”

elevando a pena relativa ao delito de corrupção passiva de 01 (um) a 08 (oito) anos, para 02 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão, em razão das constantes denúncias de corrupção, à época, aderindo à lógica do Direito Penal emergencial, simbólico, sem que fosse procedida uma análise acerca de todo o sistema, olvidando, assim, o tratamento legal conferido ao crime de concussão, no que resultou na flagrante afronta à proporcionalidade penal. (ARAÚJO, 2011, p.172)

Pertinente a advertência de Rogério Greco (2011, p.411), no que tangencia este tema, quando afirma que embora tenha havido elevação das penas cominadas ao delito do art. 317 do CP, foram mantidas as penas previstas para a modalidade de concussão, constante do *caput* do art. 316, em flagrante ofensa ao princípio da proporcionalidade, pois este último delito, comparativamente ao crime de corrupção passiva, deve ser considerado mais grave, tendo em vista que o núcleo exigir dá a idéia de uma conduta onde o funcionário obriga, determina, mediante algum tipo de coação (expressa ou implícita), a entrega da vantagem.

A ilogicidade legislativa no tratamento dos crimes de concussão e corrupção passiva manifesta-se, ainda, no art. 3º, inciso II da Lei 8.137/90, porquanto são equiparadas as condutas concussiva e corruptiva, na medida em que tal dispositivo legal as reúne, numa formação típica plurinuclear, cuja pena será exatamente a mesma, reclusão de 03 (três) a 08 (oito) anos, e multa, independentemente da ação praticada⁷⁸.

Tal desatino legislativo, por sua vez, ganha guarida no conteúdo normativo do art. 276 do anteprojeto do novo Código Penal, à medida que nesta única capitulação estão aglutinados os crimes de corrupção passiva, corrupção ativa e concussão, sendo imputada a mesma pena, de 03 (três) a 08 (oito) anos, a quem cometer alguma das múltiplas ações tipificadas, ainda que materialmente distintas quanto ao grau de reprovação⁷⁹.

⁷⁸ “Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

[...]

II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.”

⁷⁹ Tipo penal trazido pelo anteprojeto do novo Código Penal: “Art. 276 – Exigir, solicitar, receber ou aceitar promessa de receber, para si ou para outrem, vantagem indevida, direta ou indiretamente, valendo-se da condição de servidor público. Pena – prisão, de 3 a 8 anos.

Mais uma vez, percebe-se o uso do falso argumento de contenção ao fenômeno da criminalidade como plataforma política autopromocional e demagógica, a fim de acelerar o processo de criação de normas penais simbólicas, de essência desvirtuada, ou seja, cada vez mais distantes da real utilidade, eficiência e finalidade da tutela a que deveriam destinar-se.

Produções legislativas desta natureza, fundadas no atendimento imediato de determinado interesse, acabam por destruir a harmonia do sistema jurídico, neste caso o Código Penal, desorganizando definitivamente a rica sistematização e coerência que o envolvem.

No que pertine ao crime de advocacia administrativa, este é objeto de frequente previsão legal, na medida em que a mesma figura penal consta em mais de um estatuto, estando prevista não apenas no art. 321 do Código Penal, mas também no art.91 Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), bem como no art. 3º, inciso III, da Lei nº 8.137/90.

Ora, o patrocínio infiel é refletido em três modalidades – uma geral e duas especiais-punindo, pela mesma conduta, sanções absolutamente distintas⁸⁰, embora esteja se tratando do mesmo bem jurídico tutelado, o que evidencia a ofensa aos princípios básicos da isonomia, da proporcionalidade e da humanidade da pena criminal. (BITENCOURT, 2007, p.115)

Isto é, a objetividade jurídica é uma só, qual seja avigorar o dever de completa imparcialidade dos funcionários em face das pretensões dos particulares perante o Estado, havendo pequenas distinções apenas no tocante ao sujeito ativo, de sorte que não basta a condição de mero funcionário público, senão que nas figuras especiais é exigida a qualidade especial de funcionário público responsável pelo recolhimento de imposto ou por processo licitatório. (FRANCO, 2001, p. 3895-3895)

Em verdade, os tipos legais referidos tratam essencialmente da mesma conduta, ensejadora do crime de advocacia administrativa, mas que impõem penas quantitativa e

§1º - A pena é aumentada de até um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§2º - Nas mesmas penas do *caput* e do parágrafo primeiro incorre quem oferece, promete, entrega ou paga a servidor público direta ou indiretamente, vantagem indevida.”

⁸⁰ A figura genérica do art. 321 do CP prevê a pena de três meses a um ano de detenção; o art. 91 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) estabelece a pena de seis meses a dois anos de detenção e o tipo penal do art. 3º, inciso III, da Lei nº 8.137/90 fixa a pena de um a quatro anos de reclusão.

qualitativamente desiguais, tornando tais figuras penais extravagantes dispensáveis e redundantes, numa manifesta incongruência sistêmica.

Como se constata, a Lei 8.137/90, em seu art. 3º, III, prevê como crime funcional contra a ordem tributária o patrocínio direto ou indireto, de interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público⁸¹, revelando a evidente redundância deste tipo penal, na medida em que a administração tributária nada mais é que um segmento da administração pública, tratada de forma ampla e suficiente pelo art. 321 do CP.

Dessa forma, se o servidor está lotado no setor da administração tributária e emprega uma conduta de patrocínio de interesse privado, restará submetido à sanção penal cominada no art.3º, inciso III, da Lei 8.137/90, de reclusão de 01 (um) a 04 (quatro) anos, e multa, ao passo que aquele funcionário público que comete a mesma conduta, ao patrocinar interesse privado perante a administração pública, incidirá sobre o tipo penal do artigo 321, do CP, cuja pena é de detenção de 01 (um) a 03 (três) meses, transparecendo a desproporção no tratamento legal dado às condutas idênticas.

Em termos práticos, o funcionário lotado na administração fazendária, por exemplo que deixa de lavrar um auto de infração, em patrocínio a um interesse privado, frente a um ilícito de natureza tipicamente tributária, como o simples descumprimento de obrigações acessórias, recairá pena substancialmente mais gravosa em relação, por exemplo, a um juiz que relega, em patrocínio de interesse privado, uma ação judicial ao oblívio, nas prateleiras do cartório, violando o direito fundamental das partes a uma prestação jurisdicional justa e célere.

Não é outro panorama que abrange o crime previsto no art. 91, da Lei nº 8.666/93, uma vez que a conduta de advocacia administrativa, se praticada com fins licitatórios⁸², é

⁸¹ “Art. 3º- Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

[...]

III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público.

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

⁸² “Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

apenada com detenção de 06 (seis) meses a dois anos, notadamente superior àquela cominada no exercício da modalidade simples, prevista no art. 321 do CP.

Sobreleve-se, por oportuno, que o tipo penal especial do art. 91, da Lei nº 8.666/93 pressupõe que o interesse patrocinado seja de natureza ilegítima, porquanto o contrato celebrado deverá ser invalidado pelo Judiciário, fixando a pena em 06 (seis) meses a 02 (dois anos), quando o tipo penal genérico do art. 321 do CP, no seu parágrafo único, já havia previsto tal hipótese, estando a sanção penal cominada em 03 (três) meses a 01 (um) ano⁸³. (COSTA JÚNIOR, 2004, p.30)

Despicienda a previsão do crime de advocacia administrativa pela legislação extravagante, em razão de anterior tipificação da conduta penalmente ilícita no corpo do art. 321, parágrafo único do Código Penal, bem como desproporcional a cominação das penas insertas na modalidade específica, uma vez que a reprimenda penal fora majorada em dobro, conquanto as ações e os elementos que os revestem se afigurem equivalentes.

Malgrado os sujeitos ativos dos crimes de advocacia administrativa geral e especial guardem características individualizadoras, à medida que os tipos penais estritos exigem condição especial do agente, tal circunstância não tem o condão de justificar maior ingerência repressiva, especialmente na forma dos arts. 91, da Lei 8.666/93 e do art. 3º, III, da Lei 8.137/90, à medida que o Direito Penal se destina a proteção de bens jurídicos fundamentais, neste caso, igualmente representado, em todas as formas do crime de advocacia administrativa, pelo bom andamento da Administração Pública.

Note-se, ademais, que a falta de critério não subsiste apenas na cominação das sanções dos delitos especiais em relação ao crime capitulado no art. 321 do CP, senão entre as próprias modalidades específicas, dos arts. 91, da Lei 8.666/93 e do art. 3º, III, da Lei 8.137/90, porquanto esta última, ainda que detentora de um caráter teoricamente menos danoso recebe punição mais gravosa.

Isto é, a configuração do delito de advocacia administrativa licitatória exige que o contrato a que deu causa o patrocínio do interesse privado seja invalidado pelo Poder

⁸³ “Art. 321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

Parágrafo único - Se o interesse é ilegítimo:

Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa.”

Judiciário, movimentando toda a máquina estatal, no intuito de reparar o prejuízo experimentado pelo Poder Público, ao passo que a mera conduta em patrocinar interesse privado perante a administração fazendária, ainda que capaz de gerar prejuízos ínfimos, de índole essencialmente administrativa, rende uma pena duas vezes mais grave.

Considerando que a fixação da sanção penal deve lastrear-se em critérios como a gravidade da lesão ao bem jurídico, a relevância do bem jurídico ofendido, a danosidade da conduta empregada etc, não se vê razão, no presente caso, em diferenciar-se o *quantum* sancionatório, haja vista a total identidade no bom jurídico tutelado, na relevância do mesmo e na forma da conduta perpetrada pelo agente.

Enfatize-se, portanto, que a diversidade de penas cominadas *in abstracto* para hipóteses semelhantes ao crime de advocacia administrativa se mostra injustificável, tendo em vista que a magnitude do injusto é equivalente em cada uma delas, pois o patrocínio infiel em licitações públicas que envolvem vultosas quantias não é menos grave do que a prática dessa conduta delitativa para defender interesse do contribuinte junto à administração fazendária, invocando-se, com lúcido argumento, a ofensa à regra constitucional da proporcionalidade. (PRADO, 2010, p.465)

Muito embora trate-se de previsões legais extravagantes, o princípio da especialidade não pode servir como via de rompimento às barreiras sistêmicas, colocando em risco a sua própria coerência! (NUCCI, 2011, p.16)

Em face deste panorama, as penas estabelecidas nos tipos penais de natureza especial, referentes ao crime de advocacia administrativa, revelam-se naturalmente contrárias a regra da proporcionalidade, na medida em que impõe uma intervenção estatal excessiva e abusiva à tutela do bem jurídico, por meio da restrição indevida e desmesurada dos direitos fundamentais do indivíduo.

No intuito de conformar o sistema penal, eliminando as distorções decorrentes das legislações extravagantes, o anteprojeto do novo Código Penal incorpora os crimes da Lei nº 8.666/93 no capítulo dos crimes contra o sistema de contratações públicas, exceto o delito do art. 91 da Lei nº 8.666/93, o qual restou suprimido por conta da anterior previsão da conduta tipificada como delito de advocacia administrativa.

Nessa alheta, pretende-se sanar o equívoco legislativo da legislação extravagante, gerador de incongruências normativas, sobretudo no que toca à noção de

proporcionalidade das penas do delito específico, ao imputar a conduta de patrocínio de interesse privado por funcionário público a uma única tipificação penal, aquela do art. 321 do CP, independentemente se o agente o fez motivado por fins específicos, como a satisfação de um interesse licitatório.

O que se nota, quando se olha para os novos regimes penais da corrupção, é exatamente a extensão das margens incriminadoras ou do endurecimento do sistema repressivo no plano legal, o que não quer significar necessariamente um aumento da eficácia na detecção e na punição dos delitos corruptivos existentes a que possa associar-se o pretendido efeito preventivo orientado para frear a mancha deixada por esta criminalidade. (SANTOS, 2009, p.12)

Perante os incessantes absurdos legislativos, tais como aqueles apontados em linhas anteriores, aviltantes contra os princípios fundamentais de ordem constitucional, como a proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana, caberá ao Poder Judiciário, em momento subsequente à mera cominação das sanções penais, realizar as necessárias correções das normas incongruentes, harmonizando-as com toda a ordem jurídico-penal vigente.

5.3 CORREÇÃO DAS INCONGRUÊNCIAS ATRAVÉS DA APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE.

5.3.1. Da proporcionalidade concreta

Superadas as considerações acerca da imperiosa utilização do juízo da proporcionalidade na elaboração da lei penal, ao criminalizar condutas e estabelecer o patamar da reprimenda reputada devida, o presente trabalho avançará à análise do emprego da proporcionalidade na atuação judicial, ao aplicar e executar as sanções criminais.

Agora, em etapa posterior, quando da aplicação da pena, por parte do julgador, o princípio da proporcionalidade, em matéria penal, continuará a desenvolver-se, na medida em que norteará seu emprego concreto, valorando e adequando as condutas criminosas à sua respectiva sanção penal, estabelecida abstratamente, em fase anterior, pelo legislador.

Distintos, portanto, seu foco e âmbito de atuação, de sorte que a exigência da proporcionalidade abstrata dirigida ao legislador se reserva à proporção da gravidade do injusto e a gravidade da pena cominada, ao passo que a exigência da proporcionalidade concreta é entendida como a necessária proporção entre a gravidade do fato⁸⁴ concreto cometido e a pena aplicada ao autor, tendo como destinatário o juiz. (AGUADO CORREA, 1999, p.283)

Neste momento, a proporcionalidade de natureza concreta não mais orientará a produção dos atos legislativos, de modo que sua materialização representará especificamente um encargo do juiz. Incidirá, portanto, em fase posterior ao cometimento do crime, ou seja, quando já configurado o tipo penal previsto abstratamente.

Inelutável a presença da proporcionalidade no processo de determinação exata e definitiva da medida da pena a ser imposta ao condenado, porquanto norteará a quantificação da reação penal ao fato, donde serão amplamente valoradas todas e cada uma das circunstâncias que envolvem o caso concreto. (CUBILLOS, 2008, p.34)

Quando da aplicação da lei, por conseguinte, o magistrado irá se valer de referências concretas ao emprego da proporcionalidade, tendo em mãos dados reais para comprovar uma possível desproporção entre o fato cometido e sanção penal a ser aplicada, facilitando, assim, o controle de cada um dos requisitos do teste da proporcionalidade. (BARRANCO, 2007, p.130)

O parâmetro de valoração da proporcionalidade da pena, de acordo com o pensamento de André Copetti (2000, p.133), decorre justamente do desvalor do delito, na medida em que o controle do *quantum* da sanção não pode estar desligado do seu conteúdo substancial e concreto, exigindo-se, para tanto, um juízo ponderativo real entre a carga coativa da pena e o fim perseguido pela cominação penal.

⁸⁴ Advertite, Norberto Barranco (2007, p.208): “En todo caso, lo que parece indudable es que la definición de la gravedad del hecho- en su relación con la gravedad de la pena que va a ser su consecuencia- ha de abarcar todos aquellos aspectos que ayuden a delimitar un enjuiciamiento lo más completo posible de lo que implica la idea de proporción desde la perspectiva del análisis de todos los costes y todos los beneficios que conlleva la intervención penal y debiera incluir no solo la entidad del hecho injusto, sino también la posibilidad de su consideración concretamente referida al sujeto que lo comete y a las condiciones en que se realiza y a las finalidades que la pena debe cumplir genérica y específicamente en ese supuesto.”

Isto se dá porque a norma abstrata revela uma estrutura necessariamente incompleta, a qual necessita do processo de decisão do caso prático para completar-se. O aspecto jurídico apartado da noção concreta impossibilita a compreensão do Direito, de modo que ao juiz é exigida a emissão de um juízo real, em um caso determinado, a fim de diminuir a distância entre a universalidade da lei a concreta situação do caso particular. (MESSUTI, 2003, p.88)

Ao retirar a pena cominada do plano meramente abstrato e trazê-la para a situação real, para o caso concreto, o magistrado, na busca pela sanção justa, deverá pautar-se em critérios e parâmetros de proporcionalidade de cunho objetivo e subjetivo, a exemplo da gravidade do delito, ofensa ao bem jurídico, desvalor da ação, culpabilidade do agente, etc.

Com isso, é delineada certa margem de discricionariedade e apreciação na atuação do magistrado, quando da imposição da pena, devendo ajustar a medida exata da sanção penal a partir de um juízo sobre a gravidade do injusto e sobre o grau de culpabilidade do indivíduo, aplicando proporcionalmente as circunstâncias objetivas e subjetivas do delito cometido. (AGUADO CORREA, 1999, p.315)

Isto porque, como bem assevera Norberto Barranco (2007, p.221), a lei penal não prescreve, nem pode fazê-lo, uma pena absolutamente individualizada, de modo a por à disposição do Tribunal um marco penal mais ou menos amplo para cada delito, sob uma perspectiva abstrata, que haverá de ser individualizado judicialmente, a partir da valoração de todas as circunstâncias de fato e do sujeito.

Em outras palavras, a fase de determinação judicial da pena não se procede de maneira aleatória, na medida em que caberá ao juiz estabelecer uma pena em função das peculiaridades de cada caso e de cada autor, estando condicionado também normativamente aos critérios orientadores de atuação previstos no diploma legal.

Com isso, pode-se dizer que a decisão sobre a proporcionalidade ou desproporcionalidade de uma intervenção exige, em muitos pontos, valorações que não são determinadas pelo próprio princípio e para as quais não se encontram à disposição critérios inequívocos, tornando sua aplicabilidade, desta forma, uma questão de plausibilidade da argumentação concreta. (NEUMANN, 2008, p.228)

Qualifica-se, portanto, o ato de individualização judicial como de discricionariedade juridicamente vinculada, haja vista que o julgador pode mover-se livremente dentro do marco legal previamente determinado pelo legislador para um determinado delito, desde que orientado por princípios devidamente extraídos das declarações expressas da lei, dos fins da pena partindo da função e limites do Direito Penal. (BARRANCO, 2007, p.223)

Isto é, a extensão da pena ao ser previamente estabelecida, antecipadamente registrada na lei, tem o fito de limitar a discricionariedade judicial, de modo que a liberdade de ação do julgador encontra-se moldada pelos limites da definição legal. O *quantum* definitivo, todavia, deve representar o resultado de uma busca material da individualização da pena *in concreto*, com base nas especificidades efetivamente apresentadas. (CERNICCHIARO, 2001, p.171)

“De esta forma al interior de cada grado previamente establecido, el tribunal tiene la facultad de determinar cuál es la pena exacta a aplicar, tomando en consideración, el número y entidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, y la gravedad del mal causado por el delito. Este proceso valorativo queda entregado al juez, quien no tiene más pautas legales de actuación en este ámbito que las señaladas” (CUBILLOS, 2008, p.35)

Em razão da impossibilidade do legislador em estabelecer uma tipologia exata e completa de todos os acontecimentos imagináveis, se impõe ao julgador, então, um relativo arbítrio judicial, o qual deve ser caracterizado pela prudência, observância ao Direito, motivado e suscetível de controle. (BARRANCO, 2007, p.228)

Há, no entanto, quem diga que a concessão de certa margem de manobra ao julgador tem o poder de produzir resultados indesejados, como a conspiração do princípio da igualdade, em face das grandes diferenças na determinação final da pena entre os Tribunais, o favorecimento da tendência de serem impostas as penas mínimas, a confusão valorativa, insegurança jurídica e, por fim, de converter a atividade judicial em legislativa. (ALVAREZ GARCÍA, 1999, p.2057)

Importante esclarecer, por sua vez, que não se pugna por um arbítrio judicial ilimitado, senão uma atuação limitada, orientada e harmônica, sobretudo, aos princípios e valores fundamentais constantes no ordenamento jurídico vigente, destacando a condição de homem vivo do julgador, inserido em um contexto real.

Nesse sentido, competirá aos aplicadores e intérpretes do Direito, através de um exercício de racionalidade, a função de depreender e aplicar o sentido constitucional às

normas penais, diante de um caso concreto, analisando, neste caso, a utilização da proporcionalidade ao preceito cominatório, a fim de compatibilizar a resposta estatal ao fim constitucional, próprio do Estado Democrático.

Frise-se, nos termos de Norberto Barranco (2007, p.231), que nenhum exercício de discricionariedade pode desenvolver-se livremente, ser plenamente desvinculado, com independência dos critérios que se explicitam legalmente, alheio à finalidade da norma, bem como ao respeito dos princípios que limitam – ou ao menos definem – o *ius puniendi* estatal no Estado social e democrático de Direito.

Nenhum exercício de discricionariedade pode estar desvinculado do respeito à regra da proporcionalidade e aos critérios que permitem afirmar a proporção da pena finalmente imposta após o processo de sua individualização, pois sobre o campo de atuação judicial haverá, sempre, um condicionamento legal, seja de índole implícita ou expressa no sistema jurídico como um todo.

Assim, quando o legislador, ao estabelecer a pena correspondente a um determinado comportamento delitivo, não observar o valor de justiça próprio de um Estado de Direito e uma atividade pública não arbitrária e respeitosa com a dignidade da pessoa humana, capaz de provocar um sacrifício desnecessário à liberdade do indivíduo, deverá o Tribunal afastar a incidência da norma penal sancionatória, face a conspurcação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. (AGUADO CORREA, 1999, p.308)

Juízes e Tribunais, por conseguinte, assumem um papel fulcral na busca por soluções face às incongruências existentes no ordenamento jurídico pátrio, podendo declarar a inconstitucionalidade daquelas normas que violam preceitos constitucionais como o da proporcionalidade, desde que tal atividade represente um arbítrio normativamente orientado.

O exercício da função judicial, entretanto, nem sempre ocupou uma posição de destaque na formação e adequação do sistema jurídico, uma vez que, durante um extenso período, o apego ao formalismo legal dominou o pensamento jurídico, sobrepujando, então, a atividade legislativa.

Este cenário mudou. Despido da pretensão de alocar o exercício da atividade jurisdicional em patamar superior aos demais Poderes, o tópico seguinte ressaltará especificamente os novos rumos e tendências do magistrado atual, incumbido do dever

de valorar, adequar e harmonizar as normas constantes no ordenamento, a fim de torná-lo um todo coerente aos objetivos democráticos.

5.3.2 A moderna atuação jurídico-penal do magistrado

Em face das mudanças ocorridas ao longo da década de vinte⁸⁵, ocasionou-se a formação de um novo paradigma, essencialmente fincado em bases anti-positivistas, objetivistas e avalorativas, o que favoreceu o fortalecimento de uma nova hermenêutica, dando novos rumos ao exercício da atividade judicial.

A pretensão de afastar o Direito de uma noção autosuficiente, pura e idealista, contribuiu para a proeminência de uma racionalidade dialética em detrimento do silogismo científico, a partir da qual passa a ser apresentada uma nova consciência daquilo que é verdade, não estando esta mais ligada ao prisma da mera subsunção, do reducionismo e da dedutibilidade, senão atrelada às múltiplas possibilidades, à verossimilhança e à plausibilidade. (ROHDEN, 2002, p.49-50)

Não lhe cabendo mais a simples descrição da realidade, a compreensão da ciência do Direito parte, então, de um viés prospectivo, sendo-lhe imputada uma função político-ideológica, compromissada com a dinâmica da realidade social. Abandona sua condição de instrumento de poder para assumir um novo ofício, qual seja o de transformação social. (COELHO, 1977, p.216)

“A função transformadora corresponde ao aspecto dinâmico da realidade social; o Direito atua, então, como controle social das áreas sociais de não-conformidade, incrementando a mudança social, modificando as relações e valores sociais.” (NEVES, 1990, p.115)

A partir desta nova guinada do papel da ciência do Direito, avessa ao dogmatismo tradicional, são edificados os pilares de sustentação de uma nova hermenêutica jurídica

⁸⁵ Profundamente influenciada pelas ideias nutridas na Escola de Frankfurt, a Teoria Crítica surge como uma reação à teoria do conhecimento estritamente objetivista, avalorativa e reprodutora, em total descompasso com a realidade social. Intenta-se, através do seu pensamento, a superação de um sistema abstrato-positivista, bem como do paradigma jurídico tradicional fundado na neutralidade, completude e cientificidade, conferindo ao Direito uma nova dimensão: a emancipatória. Isto é, admite-se o fenômeno jurídico como algo cambiante, inserido num processo de constante movimento, no qual não cabe mais a imposição de verdades, a mera descrição pronta e acabada da realidade social e o apego ao dogmatismo. A produção jurídica, então, ganha contornos multiformes, pluralistas e fluidos. (BARROSO, 2008, p.14-15)

preocupada em desmistificar dogmas, até então dominantes, como o primado da lei, a neutralidade e a lógica dedutiva aplicada à solução dos conflitos.

Identificada pela supervalorização ao tecnicismo interpretativo, a hermenêutica clássica perde espaço para a hermenêutica crítica filosófica, a qual volta-se para o futuro de uma realidade em permanente movimento, na qual é insuficiente se valer do aspecto descritivo da lei face ao surgimento da necessidade de conferir sentido ontológico ao texto por meio da valorização do fenômeno linguístico.

Em outros termos, o aspecto da compreensão não parte mais de um conceito normativo-metodológico, de sorte que o ato de compreender é executado sob o prisma ontológico original da vida humana, decorrente da relação originária e constitutiva que o sujeito possa ter com o mundo, uma vez que o *Dasein* já se encontra inserido neste último. (HEIDEGGER, 2005, p.92-94)

Nesse trilho, o fenômeno da compreensão encontra-se umbilicalmente vinculada a determinada realidade existencial, sem que possa existir um entendimento desgarrado do mundo da experiência, da posição prévia, da visão prévia e da concepção prévia que compõem a essência do intérprete. (HEIDEGGER, 2005, p.207)

O processo hermenêutico, então, é concebido sob uma ótica histórica, refletida especialmente na estrutura prévia decorrente da tradição experimentada pelo ser, caracterizando a fusão entre o sujeito e objeto, num completo envolvimento do intérprete com o contexto onde está inserido, circunstância que favorece, inclusive, a substituição daquelas posições prévias inicialmente adotadas. (GADAMER, 1997, p.403)

Na ótica do suprarreferido autor, à atividade interpretativa é refutado qualquer entendimento reprodutivo, em razão da condição variável que recai sobre os sentidos apreendidos pelo intérprete. Com isso, a nova hermenêutica jurídica se distancia do ideal sustentado por Emilio Betti no que se refere ao sentido autônomo do texto, da descoberta do sentido originário, da intenção do autor e do conjunto de métodos ou regras que supostamente conduziriam a verdade a ser reproduzida. (BETTI, 2007, p.42-43)

A lei por si só não se sustenta. O texto normativo não possui qualquer sentido inerente. Cada texto jurídico gerará novos sentidos. Cada interpretação será uma nova

interpretação. Fazer hermenêutica jurídica é conceber os possíveis sentidos oriundos de um texto, sem reconstruí-lo por meio de uma significante primordial fundante. (STRECK, 2009, p.236)

A hermenêutica filosófica afasta qualquer pretensão de alcance de resultados exatos de interpretação, sob pena de torná-la inautêntica, objetificante e estandardizada. Ao intérprete jurídico, por sua vez, não cabe compreender o objeto – a lei – a partir de uma posição distante, senão deve decorrer do seu vínculo originário com o mundo, o que possibilita a promoção de múltiplos pontos de vista acerca do conteúdo da norma apreendida.

Inserido neste novo contexto, o magistrado encarrega-se da importante missão de desvelar o sentido normativo, desobstruir novos caminhos e propor novos horizontes, na medida em que se aparta das amarras da hermenêutica clássica, do paradigma objetivista e das operações exegéticas, na busca de uma abertura do espaço jurídico à sua constante produção e inovação.

Ao contrário do magistrado tradicional⁸⁶, o operador do Direito contemporâneo deve ostentar uma atitude refratária ao paradigma hermenêutico até então dominante, perante o qual a atividade judicial se limitava à perspectiva estritamente técnica, essencialmente descritiva do texto legal, como elemento preexistente ao seu pronunciamento. (BEZERRA, 2008, p.199-200)

A natureza conflitiva da sociedade, oriunda da pluralidade de opiniões e expectativas, acaba por exigir do magistrado o abandono ao modelo de pura aplicação da lei para que ceda lugar à uma postura mais atuante, objetivando a solução dos demandas sociais, conforme os princípios constitucionais, tendo em vista que o seu poder de decisão repousa no próprio seio social. (LIVIANU, 2006, p.198)

⁸⁶ Reconhecido pelo comportamento essencialmente cientificista, mediante o qual se debruça sobre o objeto, a lei, a fim de exercer um papel meramente formal, descritivo e declarativo. Exerce a função de concretizar o direito acorrentado pelas premissas do normativismo dogmático, lançando mão dos métodos técnico-formais à solução dos conflitos apresentados, como num jogo de quebra-cabeças, no qual as peças se encaixam em perfeita simetria. Acrescenta, ainda, Luiz Vicente Cernicchiaro (2001, p.169) que “o juiz, resultante da preocupação formal, resta preso a esquemas normativos e, como regra, restringe-se a elaborar um silogismo meramente formal”. Ao juiz, então, era dada a tarefa de, tão somente, reproduzir o comando da lei, tendo em vista que sua interpretação poderia dar ensejo à criação de outra lei, o que seria um abuso, uma arbitrariedade.

Ora, a realidade é cada vez mais dinâmica, complexa e surpreendente, de modo que a formalização de resultados interpretativos, através de fórmulas silogísticas mostra-se insuficiente, inadequada e socialmente injusta. Por conta disso, as decisões jurídicas não podem mais pautar-se no reducionismo técnico-formal, sob pena de ser instalada uma indústria de reprodução de sentenças desprovidas de função social, distanciadas do real sentido do Direito e desconexas com a realidade.

Desempenhar uma função decisória é operar mudanças na produção jurídica, bem como superar os contornos imobilizadores do Direito, na medida em que o comportamento ativo do juiz conduz às transformações sociais, à realização das necessidades concretas da sociedade e à justiça material.

Compete ao novo juiz, então, desobrigar-se da tarefa passiva, de dizer a lei, enquanto simples analista do Direito positivo existente, mero intermediário entre a lei já elaborada e seus usuários, para assumir empenhar-se no dever de contribuir para a renovação da ordem legal, através da sua missão criadora, da sua postura político-jurídica ativa que lhe é imposta. (LUISI, 2003, p.177)

Tornar o jurista um mero aplicador de ordens é uma atitude antiprogressista, quando se impõe uma real obrigação de arredar a hermenêutica reducionista para a formação de um julgador criativo, capaz de atender efetivamente as demandas que lhe são apresentadas (BEZERRA, 2008, p.152). Isto quer dizer que não basta uma simples interpretação da lei, mas pugna-se pela busca na norma de seus valores subjacentes, de seu sentido e sua finalidade. (LIVIANU, 2006, p.199)

Valendo-se do viés desenvolvido por Hans-Georg Gadamer, o jurista aparece como co-produtor de uma realidade, a partir do momento em que realiza a compreensão de uma norma, dando-lhe vida e sentido, com base nos fatores oriundos da sua tradição, distanciando-se da concepção limitadora da atividade judiciária, enquanto finalidade formal de interpretação e aplicação da lei.

“Nessa perspectiva, a principal atividade do jurista não é mais a interpretação de um direito já construído, mas a pesquisa de um direito a ser construído, *in fieri*, não tanto a convalidação, com base em uma análise das fontes formais do direito que é, mas a legitimação com base em princípios materiais de justiça, do direito que deve ser.” (BOBBIO, 2007, p.40)

Nessa medida, a compreensão do texto legal pelo intérprete não deriva tão somente do comportamento do sujeito que o interpreta, senão que sofre a influência direta de todo o

contexto existencial do mesmo, sendo inafastável sua experiência de mundo capaz de formar suas próprias valorações aplicadas ao Direito. (BACIGALUPO, 1999, p.129)

A simples extração semântica do conteúdo normativo e sua aplicação imediata não correspondem ao efetivo papel a ser praticado pelo magistrado moderno detentor de noções críticas, mas de uma máquina programada a realizar uma única função, qual seja a de reproduzir soluções previamente postas.

As orientações pragmáticas, por sua vez, evidenciam-se indispensáveis no estudo do fenômeno jurídico, tendo em vista a capacidade de equalizar posicionamentos opostos, como a presença simultânea do método valorativo e normativo, em que não cabe indicar a hegemonia de apenas um deles, senão uma alternativa que promova mutuamente as exigências éticas e o ideal de racionalidade científica. (GUERRA FILHO, 2009, p.145)

A tomada de decisão deve encontrar respaldo nos moldes dialéticos, dada a necessidade de se conhecer a fundo as razões que revestem cada situação concreta, examinando a pluralidade de valorações possíveis, sob pena de se proceder um julgamento arbitrário, viciado e distante do contexto exibido.

A busca da justiça, portanto, não deve provir de um mero entendimento abstrato, decorrente de uma interpretação literal, senão de uma situação concreta atual, a qual exige um pensamento material referido nos princípios de natureza constitucional, aplicados diretamente às particularidades da situação específica, a fim de obter-se um resultado coerente com a Constituição. (CARVALHO, 1992, p.145)

Sem que haja uma análise concreta dos fatos que se apresentam ao julgador, certamente, a decisão proferida estará escorada no sentimento puramente jurídico-formal, alheia ao valor fundamental do justo, enquanto reflexo da necessária concretização do princípio da proporcionalidade.

Diferentemente da missão que cabe ao legislador de promover o parâmetro sancionatório *in abstracto*, ao julgador recai a obrigação de desenvolver um raciocínio voltado à subsunção da pena ao interesse social, ajustando, *in concreto*, a sanção prevista ao condenado, de modo a gerar uma decisão de cunho material, a qual detém no seu conteúdo o juízo ponderativo entre o fato delituoso, as circunstâncias objetivas e subjetivas do agente e a experiência. (CERNICCHIARO, 2001, p.173)

Não basta que o juiz conheça a lei, pois o conhecimento não pressupõe sua

compreensão. Este último processo envolve circunstâncias concretas mais abrangentes que a simples significância literal do texto normativo, na medida em que perpassa, sobretudo, pelo vínculo notório entre cultura e Direito, na apreciação de valores e na concepção individual de mundo. (CÁRCOVA, 1998, p.67)

O ato de dizer a lei não exige condição especial do indivíduo, mas compreendê-la reclama uma postura particular, de natureza questionadora, sem a qual o operador do Direito não consegue cumprir a finalidade transformadora que lhe compete.

Por esta razão, o julgador deve estar a todo o momento, imbuído de um pensamento crítico em face do trabalho legislativo, de modo a realizar em cada situação uma análise acerca do *quantum* sancionatório previsto, para que sua aplicação concreta não esteja reduzida a mero silogismo formalista e burocrático, senão em conformidade com a proporcionalidade exigida entre a gravidade do comportamento incriminado e a pena a ele cominada.

Sob a ótica de Lenio Streck (2009, p.244-245), o campo jurídico tem presenciado uma realidade muito curiosa marcada pela divisão do trabalho dogmático, onde os hermeneutas, possuidores da fala autorizada, realizam um trabalho intelectual, apontando o caminho da verdade, ao passo que os operadores do Direito exercem o trabalho manual, relativo à reprodução de sentido já instituído pelos primeiros, numa estrutura mantenedora do poder.

O que se vê no Direito moderno, no entanto, é a ocorrência de uma superprodução legislativa eminentemente imprecisa, obscura e confusa, o que reclama uma necessidade, cada vez mais latente, de incutir uma mentalidade produtiva ao novo julgador, a fim de minimizar a distância entre as leis e as permanentes mudanças sociais.

A grande quantidade de leis postas induz à crença ilusória de que os conflitos sociais podem ser fácil e imediatamente solucionados, como se o sistema jurídico guardasse uma natureza hermética, não lacunosa. Ocorre que, nenhuma lei acompanha a realidade social, seja em virtude do tempo, de problemas estruturais ou conjunturais, o que reclama uma postura produtiva do jurista, no intuito de conformar tais elementos. (BEZERRA, 2008, p.119)

Nesse sentido, as normas infraconstitucionais, especificamente do Direito Penal, devem

ser encaradas, ao longo de todo o caminho – criação, interpretação, aplicação- a partir dos valores cristalizados na ordem político-constitucional, de modo a impor uma preocupação constante com os valores e princípios consagrados pelo texto constitucional, visando, sempre, o fim querido pela Lei maior, qual seja a justiça social. (CARVALHO, 1992, p.142)

A justiça penal deve corresponder, então, à justiça social almejada pelo texto constitucional, em conformidade com aqueles valores maiores e fundamentais, na medida em que impede o magistrado de curvar-se às incongruências legislativas, próprias de uma ideologia sustentada por minorias dominantes, em que a lei aparece como resultado da prevalência de interesses de certos grupos, na tramitação legislativa.

Enquanto o processo de interpretação se der por meios reprodutivos, sem esforços à adequação e compreensão efetiva do sentido legal, o sistema jurídico continuará simbolizando uma impenetrável selva normativa, mitificada, capaz de obstaculizar a função própria do Direito: a transformação social. (MONREAL, 1988, p.41)

Sendo assim, a valorização da vontade do legislador deve dar lugar a interpretação legal dinâmica, de modo a inclinar o Direito às necessidades presentes e futuras da vida social, tornando-o mais adequado e funcional. A preferência pela ideologia dinâmica da interpretação tem o condão de tornar a atividade jurídica mais criativa, próxima de um sentido mais essencial do que o fornecido pelo legislativo⁸⁷. (CARVALHO, 1992, p.147)

Interiorizar a noção de que o sistema normativo não decorre tão somente do primado da lei é fundamental para evolução e emancipação do pensamento jurídico, na medida em que lhe é oportunizada uma discussão pluralista, a partir de contatos interdisciplinares. O jurista moderno enfrenta uma real necessidade de romper os limites que lhe cercam, a fim de ampliar seus horizontes, deixando para trás a condição tradicional de sujeito isolado, ocupante de um posto privilegiado e autosuficiente.

Já não guarda mais fundamento o dogma de uma única ciência jurídica, pois o objeto do

⁸⁷ Ao balancear o arbítrio judicial e o apego ao formalismo legislativo, Carnelutti observa: “es bastante más preferible para un pueblo el tener malas leyes con buenos jueces que no malos jueces con buenas leyes [...] es el juez, no el legislador, quien tiene ante si al hombre vivo, mientras que el ‘hombre’ del legislador es desgraciadamente una marioneta. Y solo el contacto con el hombre vivo y verdadero, con sus fuerzas y sus debilidades, con sus alegrías y sus sufrimientos, con su bien y su mal, puede inspirar esa visión suprema que es la intuición de la justicia”. (Carnelutti, apud Barranco, 2007, p.229)

Direito não mais constitui uma reunião de regras postas e transmitidas, senão um conjunto de regras em movimento a serem postas e repropostas incessantemente, valorando-se, sobretudo, o fato social revestido das mais variadas circunstâncias.

Segundo a ótica de Norberto Bobbio, a ciência jurídica atual necessita experimentar uma tendência sociologizante, de sorte que o jurista contemporâneo esteja mais sensível ao fenômeno da *práxis*, saindo da sua própria ilha para aliar-se às ciências sociais, de cunho naturalmente cultural, político, social e não normativo. (BOBBIO, 2007, p.48)

O novo operador do Direito, então, deve ter como objetivo central não apenas o cumprimento de suas funções previamente formalizadas e legisladas, mas, sobretudo, o exitoso desempenho do seu papel de agente transformador, a partir da efetiva realização dos valores intersubjetivos integrados numa ótica humanista. (COELHO, 1977, p.224)

Muda-se o foco do cientista jurídico! A importância depositada anteriormente ao modo como “era feito o Direito” dá lugar a preocupação “para que o Direito serve”, numa tentativa de concebê-lo sob o prisma funcional, não mais estrutural e formalista. (BOBBIO, 2007, p.53)

A efetivação da função social do Direito, por conseguinte, é protagonista no rol das finalidades atribuídas ao magistrado moderno. Ou seja, a este é dado o dever de atender, dar concretude e tornar realidade os ideais valorativos informadores do ordenamento jurídico, quais sejam os princípios e direitos fundamentais.

Dada ciência acerca da nova postura a ser adotada pelo julgador, resta eleger quais as ferramentas a serem-lhe oportunizadas para a materialização de uma vida jurídica mais coadunada com os princípios e valores democráticos, afastando do sistema jurídico os inúmeros equívocos legislativos. O controle de constitucionalidade surge, então, como uma via eficaz de conciliação e, até mesmo, de correção sistêmica dos incongruentes preceitos legais.

5.3.3 O controle da proporcionalidade como controle de constitucionalidade

Sob o novo contexto constitucionalista, a Constituição assume a posição de norma suprema e de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, na medida em que compõe um conjunto de regras e princípios dotados de força normativa própria e imediatamente eficaz, reduzindo a lei, antes soberana, à condição de ato

infraconstitucional, sujeito a controle de legitimidade, formal e material, precisamente em face dos novos ditames constitucionais. (MENDES, 2007, p.120)

Resultado do seu caráter inicial e fundante, a supremacia constitucional infunde à todas as funções estatais reverência incondicionada a seus ditames, na dupla feição que lhe cabe, sendo, em razão da sua natureza rígida e conseqüente posição em patamar mais elevado do sistema normativo, um paradigma regulador das leis em tema de controle de constitucionalidade. (SILVA NETO, 2006, p.159)

A rigidez da Lei Maior lhe impõe, insista-se, a condição de norma reguladora da produção jurídica, bem como baliza material às demais normas, de modo que da conjugação desses dois fatores – superlegalidade formal e superlegalidade material – deriva o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos, através do qual as normas jurídicas estarão em conformidade com a Constituição quando não violarem o sistema formal e os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais. (CUNHA JUNIOR, 2012, p.34)

A noção de inconstitucionalidade das leis, por sua vez, descende da incompatibilidade entre atos ou fatos jurídicos e a Constituição, sendo, então, um fenômeno atrelado à estrutura hierárquica do sistema jurídico, verificada na relação entre a Lei Maior e as demais leis existentes dentro do sistema, na medida em que estas não se curvem aos padrões previamente estabelecidos por aquela, violando-os, seja no seu aspecto formal, seja no material⁸⁸. (TAVARES, 2007, p.186)

Com isso, o poder absoluto exercido pelo Estado, sem observância às devidas restrições de natureza formal e material, inviabiliza a prática efetiva das liberdades e o exercício dos direitos e garantias individuais ou coletivos. Aqueles atos praticados em desacordo com os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional, que repugnam a Constituição, devem ser expostos à censura jurídica dos Tribunais, em razão do seu caráter írrito, nulo e desvestido de qualquer validade. (ADIN 293-MC, Relator Ministro Celso de Mello, Publicado em: 16/04/93)

Toda esta força vinculante que decorre da norma constitucional deve ser preservada, não

⁸⁸ Sobre a noção de constitucionalidade e inconstitucionalidade, Gilmar Mendes (2007, p.951) encampa o pensamento de Jorge Miranda ao afirmar que são aqueles conceitos de relação, isto é, a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido. Não é, portanto, uma relação lógica ou intelectual, mas trata-se de uma relação de caráter normativo e valorativo.

apenas por si mesma, senão é a forma encontrada de serem resguardados os mais básicos e fundamentais valores acolhidos pela sociedade, alçados por esta e lançados num corpo jurídico. (CUNHA JUNIOR, 2012, p.38)

Neste sentido, não pode a Constituição submeter-se à vontade dos poderes constituídos, pois ninguém tem o direito de subordinar o texto constitucional à conveniência de determinados grupos, de corporações ou classes, de modo que o desprezo pelo texto magno faz instaurar um perigoso estado de insegurança jurídica, além de subverter, de maneira inaceitável, os parâmetros que devem reger a atuação legítima das autoridades constituídas. (ADI 2105-MC, Relator Ministro Celso de Mello, Publicado em: 28/04/2000)

Diante desta idéia de supremacia constitucional, mediante a qual situa a Constituição no topo do ordenamento jurídico, pressupõe-se a existência de meios de defesa destinados a promover a guarda da Lei Fundamental, como garantia mais efetiva de que os direitos e liberdade não serão ofendidos, o que é verificado através do controle de constitucionalidade exercido pelos órgãos jurisdicionais.

Daí a real importância do controle de constitucionalidade como mecanismo de garantia da supremacia das normas constitucionais, pois essa força subordinante constitucional restaria comprometida se não existisse um sistema capaz de assegurá-la e, em consequência, manter a superioridade da Constituição, afastando toda e qualquer antinomia que venha agredir os preceitos constitucionais. (CUNHA JUNIOR, 2012, p.41)

Derivado da noção imperiosa da harmonia formal e material das normas jurídicas ao textos constitucional, como forma de ser mantida a prevalência das normas constitucionais, o controle de constitucionalidade se apresenta como um relevante meio de contenção aos excessos, abusos e desvios de poder estatal, garantindo o pleno exercício dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Possíveis atentados que a Constituição possa sofrer, seja por meio de leis ou atos normativos, deverão ser imediatamente submetidos ao controle de constitucionalidade como o modo através do qual o ordenamento jurídico refuta a existência de normas contrárias ao texto constitucional, sendo, portanto, uma “atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder publico à vista de uma Constituição

rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados”. (CUNHA JUNIOR, 2012, p.42)

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o sistema judicial de controle de constitucionalidade foi aperfeiçoado, de modo a conferir a todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, independentemente da instância (juiz ou tribunal), o poder de exercer a guarda do conteúdo constitucional.

O modo como é realizado o controle da constitucionalidade não se restringe apenas a um único método⁸⁹, senão pode ser manifestado através de dois modelos: o difuso-incidental, mediante o qual todo e qualquer juiz ou tribunal pode exercer, por ocasião de uma demanda judicial concreta, o controle da constitucionalidade dos atos e omissões do poder público; e o concentrado-principal, o qual determina tão somente ao Supremo Tribunal Federal o direito de exercer, em sede de ação direta, e em abstrato, a referida censura.

Embora cada um deles carregue consigo características próprias e vastas particularidades, não constitui objetivo deste trabalho adentrar detalhadamente nas discussões que envolvem o tema, senão apenas destacar o relevante papel que o controle de constitucionalidade exerce frente ao novo paradigma que recai sobre a Constituição e, conseqüentemente, sobre a atuação judicial.

Nessa perspectiva, dar-se-á relevo, ainda que breve, ao modelo do controle difuso de constitucionalidade, por conta da sua necessária realização no curso de uma demanda judicial concreta, embora seja ampla e integralmente reconhecido o mérito de serem solucionadas as controvérsias constitucionais mediante processo de controle abstrato de normas⁹⁰.

À vista do modelo difuso, o exame da constitucionalidade da conduta estatal é provocado *incidenter tantum*, por qualquer das partes envolvidas na concreta

⁸⁹ “Sem embargo, que o controle de constitucionalidade pode ser realizado, tanto em abstrato, pelo Supremo Tribunal Federal, quanto de forma difusa por qualquer órgão do Judiciário, é algo absolutamente pacífico, eis que foi a opção do ordenamento jurídico nacional.” (ARAÚJO, 2011, p.184)

⁹⁰ “Sendo dever dos tribunais e dos juízes aplicar a Constituição, não é prerrogativa apenas do Supremo Tribunal o manejo dos princípios não explicitados (formalmente) na Lei Maior. A mesma filtragem constitucional que é feita no confronto de um texto normativo infraconstitucional com um preceito da Constituição deve ser feita a partir da principiologia. Ou seja, mesmo levando em conta o fato de que os princípios de que se fala são de índole constitucional, os demais tribunais e juízes da República estão autorizados a aplicá-los em sede de controle difuso.” (STRECK, 2002, p.415)

controvérsia judicial posta ao juiz, como fundamento ou causa de pedir, na defesa de algum direito subjetivo da parte interessada⁹¹.

Assim, na hipótese de ocorrência de algum dos crimes de corrupção praticados por funcionário público, acima apontados, o juiz, ao decidir o litígio, poderá declarar a inconstitucionalidade da norma penal, de maneira incidental, em razão da disparidade normativa em face dos ditames constitucionais.

Isto porque, restou verificado, em linhas anteriores, que a previsão legal de tais delitos traz em seu corpo uma efetiva violação à regra da proporcionalidade, enquanto fundamento inarredável de todo o sistema jurídico, de cunho constitucional, o que torna ilegítima uma possível condenação, nos moldes estritamente legais.

Sob o atual panorama neoconstitucionalista, o direito adota um modelo de apreensão principiológica, através do qual é conferido aos princípios jurídicos uma condição central na estruturação do raciocínio do jurista, com reflexos diretos na interpretação e aplicação da ordem jurídica. (SOARES, 2011, p.1)

A proporcionalidade, embora não se faça presente de modo explícito no bojo constitucional, não pairam dúvidas acerca da sua vigência⁹², sendo, portanto, uma regra, ainda que implícita, indispensável à formação, organização e expressão da ciência jurídica, por conta da sua força cogente e máxima eficácia.

Sob o amparo do escólio de Lênio Streck (2002, p.408), a qualidade de norma constitucional não-escrita da proporcionalidade não reduz ou retira seu caráter imperativo, uma vez que não é somente a violação de um preceito explícito no texto

⁹¹ “Vê-se, assim, que, no plano do controle difuso da constitucionalidade, a via de acesso à jurisdição constitucional *stricto sensu* do cidadão (parte de um processo), como questão incidental/prejudicial em uma ação judicial, provocar, *individual e isoladamente*, a discussão da (in)constitucionalidade da lei e do ato normativo.” (STRECK, 2002, p. 405)

⁹² Embora ausente um enunciado normativo que explicita a presença da proporcionalidade no texto constitucional, a sua vigência não resta prejudicada, por força do quanto disposto no parágrafo 2º do art. 5º, da Constituição Federal, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, tornando a divergência doutrinária acerca da fundamentação normativa da regra da proporcionalidade uma questão secundária. Não é de toda relevância assegurar se o princípio da proporcionalidade decorre do cânon da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), se advém da idéia do devido processo legal substantivo (art.5º, LIV, CF) ou mesmo da noção de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF), pois estes são *standards*, vetores axiológicos e teleológicos que permitem depreender o preceito constitucional da proporcionalidade, enquanto proposta de harmonização da pluralidade de direitos fundamentais e síntese das exigências de legalidade e legitimidade do ordenamento jurídico. (SOARES, 2011, p.18)

constitucional que pode acarretar um juízo de inconstitucionalidade, senão o fato da validade da lei ser aferida a partir de sua conformação com o sentido constitucional, entendido em seu todo principiológico.

Ainda que não reconhecida sua consagração expressa no texto constitucional, a proporcionalidade encontra sua sede material, segundo entendimento da Suprema Corte, na cláusula do devido processo legal (art.5º, inciso LV, da CF), o que permite o exercício do controle de constitucionalidade dos atos legislativos penais por afronta ao seu conteúdo. (ARAÚJO, 2011, p.183)

Com efeito, a proporcionalidade, na qualidade de regra vetora constitucional, exercerá, dentre outras funções, suas missões fundamentadora e interpretativa, através das quais impõe um papel crítico ao desenvolvimento legislativo necessário à regulação das relações interindividuais e coletivas, bem como de orientação, interpretação e aplicação das regras jurídicas.

Por esta razão, quando verificada uma flagrante oposição da norma infraconstitucional à proporcionalidade, aquela deverá ser imediatamente mitigada, por meio da censura constitucional, ou ter o seu alcance devidamente compatibilizado ao sentido da referida regra, através do processo interpretativo.

No domínio dos crimes de corrupção, objeto deste trabalho, a exemplo das previsões legais constantes nos art. 321 do CP, art.3º, inciso III, da Lei 8.137/90 e art. 91 da Lei 8.666/93, a proporcionalidade não fora devidamente observada, sendo imposto ao réu sanções quantitativamente distintas, embora os tipos legais tratem exatamente do mesmo fato delituoso e tutelem o mesmo bem jurídico penal⁹³.

Tal circunstância, por sua vez, possibilita ao magistrado decidir através de uma atividade compatibilizadora entre o conteúdo das normas extravagantes e o teor do Código Penal, a fim de imputar ao indivíduo a lei mais benéfica, a pena mais adequada e proporcional à gravidade do crime de advocacia administrativa, numa busca pela harmonia entre a sanção penal a ser aplicada e os fins constitucionais albergados pelo diploma legal.

⁹³ A figura genérica do art. 321 do CP prevê a pena de três meses a um ano de detenção; o art. 91 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) estabelece a pena de seis meses a dois anos de detenção e o tipo penal do art. 3º, inciso III, da Lei nº 8.137/90 fixa a pena de um a quatro anos de reclusão.

Destarte, atentando-se para a equivalência dos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais acima apontados, não se entremostra razoável qualquer justificativa para a cominação de penas tão díspares, de sorte que o juiz poderá amparar-se sob o instituto da analogia *in bonam partem* para aplicar a pena mínima, mais benéfica dentre as referidas modalidades do crime de advocacia administrativa⁹⁴.

Bem é de ver que diante de um conflito de leis, as quais não possam ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato, há necessidade de se promover uma combinação para se extrair, de uma e de outra, as disposições mais benéficas. (DOTTI, 2010, p.349)

Tal entendimento, por sua vez, pode ser empregado às diversas modalidades do crime em questão, à medida que firma-se na tarefa legítima destinada ao julgador de integração dos quadros legais, o qual em obediência ao princípio constitucional da equidade poderá optar por parte de um todo ou o completo conteúdo de determinada norma que revele um tratamento mais favorável e benéfico ao réu, fazendo com que a Constituição sobrepaire a pruridos sobre a lógica jurídico-formal.

Nesta hipótese, a mera aplicação da vontade direta do legislador extravagante, mediante um emprego automatizado, sem qualquer reflexão do juiz, representará a satisfação e promoção de uma legislação penal midiática, construída sob bases puramente irracionais e simbólicas, capazes de provocar um colapso sistêmico.

Da mesma forma, fora olvidada a observância da proporcionalidade quando estabelecidos os parâmetros legais das penas dos crimes de corrupção passiva e concussão, de sorte que a pena mínima cominada a ambos tem o mesmo peso, qual seja de dois anos, bem como o limite máximo da sanção penal do art. 317 mostra-se superior

⁹⁴ Precedente jurisprudencial: “PENAL. COMERCIALIZAÇÃO DE ANABOLIZANTES SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. ART 273, §1º- B, I, DO CP. FIXAÇÃO DA PENA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO. PARÂMETRO. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (LEI Nº 6.368/76)

[...]

III – Ao discorrer sobre a utilização da analogia em Direito Penal, o eminente Desembargador Federal Fábio Bittencourt da Rosa, afirmou ‘a criação de solução penal que descriminaliza, diminui a pena, ou de qualquer modo beneficia o acusado, não pode encontrar barreira para sua eficácia no princípio da legalidade, porque isso seria uma ilógica solução de aplicar-se um princípio contra o fundamento que o sustenta’. (*in Direito Penal*, parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p.4)

IV – Merece reforma o comando sentencial apenas no que diz respeito à sanção imposta, tão-somente para fins de fixação da pena, aplicando-se analogicamente a pena-base cominada para o crime do art. 12, *caput*, c/c o artigo 18, I e III, nº 6.368/76, totalizando 5 (cinco) anos de reclusão.

V- Recurso parcialmente provido.”

(TRF 2ª Região – ACR nº 2003.51.01.5034421 – Rel. Des. Messod Azulay Neto)

àquele imposto ao delito do art. 316, em que pese ser este último um delito materialmente mais gravoso que o primeiro.

Apresentado ao julgador, por exemplo, um caso concreto de condenação do crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), no limite máximo de doze anos, a decisão condenatória deverá ser reformada, em razão do necessário controle de constitucionalidade, ao ser verificada a violação à regra constitucional da proporcionalidade.

Isto porque o crime do art. 317 do CP não pode ter sua pena máxima superior a um delito substancialmente mais drástico e danoso, como o da concussão, impondo do magistrado a possibilidade de fixar concretamente a pena máxima do crime de corrupção passiva em oito ou, até mesmo, em tempo inferior ao limite previsto no art. 316 do CP, ainda que presentes todos os elementos aptos a elevarem a sanção ao seu teto.

Reiterando, o crime de corrupção passiva revela um alcance menor da lesão jurídica e da qualidade do dano causado, não obstante lhe seja cominada uma pena máxima de natureza excessiva não amoldada aos parâmetros de proporcionalidade do sistema penal e, sobretudo, dos ditames constitucionais.

A afronta à proporcionalidade reside notoriamente na desarmonia do marco penal abstrato com a matéria do injusto delimitada no tipo legal do art. 317 do Código Penal, haja vista que a ingerência estatal de cunho repressivo impõe uma excessiva limitação aos direitos fundamentais daquele que realiza a referida ação típica.

É, portanto, à luz da faceta da proibição de excesso da proporcionalidade que o magistrado deverá fixar em concreto a pena superior do crime de corrupção passiva em até 08 (oito) anos, limite máximo cominado ao delito de concussão, comparativamente mais grave, a fim de que a carga restritiva determinada esteja em equilíbrio com as restrições aos direitos fundamentais do indivíduo.

Por razões óbvias, de índole garantistas, a pena do crime de concussão, ainda que essencialmente mais grave, não pode ultrapassar o máximo abstrato cominado, pois este constitui o limite imposto pelo Estado, enquanto marco garantidor vinculado ao princípio da reserva legal, de modo que a conformação sistêmica das sanções, sob o enfoque da proporcionalidade, não poderá se perfazer em prejuízo ao réu, por meio da

analogia in malam partem.

Mais uma vez, o julgador poderá lançar mão de uma parte do dispositivo legal que se afigure mais benéfico ao acusado, neste caso o parâmetro legal da pena máxima do crime de concussão, a qual é substancialmente inferior àquela cominada no art. 317, no intuito de conferir-lhe uma pena mais moderada, adequada e proporcional à lesão provocada pela conduta da corrupção passiva.

Semelhante raciocínio aplicar-se-á ao caso das modalidades do crime de excesso de exação, contidas nos parágrafos 1º e 2º do art. 316, do Código Penal. Isto porque, a forma simples do delito, tipificada no parágrafo inicial, possui sanção penal mínima superior àquela da forma qualificada⁹⁵, quando tais limites deveriam inverter-se, em razão da gravidade do delito, sob a observância da proporcionalidade em sentido estrito.

Um crime não ganha a qualidade de qualificado por acaso. As qualificadoras dão importância ao delito, à medida que trazem em seu bojo aspectos distintos e relevantes, ausentes na forma simples do tipo penal. *In hipotesis*, o crime do art. 316, §2º, do CP, não se perfaz com a mera cobrança indevida de tributo, mas exige a produção do resultado danoso consistente na apropriação do valor recebido indevidamente pelo funcionário público.

Por serem circunstâncias especiais do crime, as qualificadoras possuem pena própria, a fim de demonstrar maior senso de reprovação à prática do delito, tendo, por sua vez, uma pena-base individualizada, legalmente majorada, segundo parâmetros dos da faixa de pena do tipo simples.

Em que pese a existência de circunstância qualificadora incorra, em regra, na alteração dos limites máximos e mínimos da pena do tipo principal, no caso vertente dos §§ 1º e 2º, do art. 316, do CP, tal comando foi observado às avessas, uma vez que o legislador cominou abstratamente ao tipo qualificado pena mínima inferior a sanção mínima da figura típica principal.

Com a pretensão de por fim a esta incongruência, o magistrado deverá aplicar a pena mínima, no caso da prática do crime do art. 316, § 1º, do CP, abaixo do parâmetro legal

⁹⁵ O art. 316, § 1º, do CP, possui pena abstratamente cominada em 03 (três) a 08 (oito) anos, enquanto a sanção penal que recai sobre a forma qualificada do crime de excesso de exação, art. 316, § 2º, do CP, varia de 02 (dois) a 12 (doze) anos.

abstratamente cominado, justamente sob o argumento de que a manutenção do limite mínimo para a pena deste delito representa manifesta inconstitucionalidade material, em face da transgressão da regra da proporcionalidade. Crimes de condutas distintas não podem ser valorados pela mesma medida⁹⁶.

Como o aumento da pena-base da modalidade qualificada, à luz de uma pretensa harmonia e proporcionalidade entre as penas do sistema penal, configuraria um argumento antigarantista, violador aos limites de atuação estatal frente aos direitos fundamentais do cidadão, parece razoável que através do instituto da analogia *in bonam partem* o magistrado possa reduzir *quantum* mínimo cominado na espécie simples do crime de excesso de exação, a fim de que atinja o piso sancionatório do parágrafo segundo, do art. 316, do CP.

Sobreleve-se que a conduta do § 2º, do art. 316, do CP, tonar-se qualificada exatamente pela reunião de dois tipos penais, a saber, o excesso de exação e o peculato, os quais, entretanto, experimentam isoladamente intervenção repressiva de igual medida ou até mesmo mais drástica que aquela inicialmente mencionada.

Ora, quando se fala em modalidade qualificada pressupõe-se logicamente a incidência de circunstâncias legais específicas, jungidas diretamente ao tipo penal incriminador, produtoras da elevação da faixa de aplicação da pena, em patamares prévia e abstratamente estabelecidos pelo legislador, aumentando de forma concomitante o mínimo e o máximo previstos para o crime. (NUCCI, 2009, p.159)

Em flagrante inobservância à lógica e coerência na cominação das penas relativas ao crime qualificado, o legislador penal ao fixar abstratamente o *quantum* mínimo da modalidade especial em apenas 02 (dois) anos, abaixo do mínimo previsto na forma simples do delito, violou a regra constitucional da proporcionalidade não apenas por não haver alcançado o justo equilíbrio entre pena e gravidade do delito, mas, sobretudo, por impor à proteção do bem jurídico uma ingerência deficiente e insatisfatória.

No entanto, como a infraproteção do bem jurídico na modalidade qualificada não poderá ser debelada através da majoração da sua pena-base, faz-se devida e legítima a

⁹⁶ Reforçando este entendimento, exemplifica Enrique Bacigalupo (1999, p.134): “Por ejemplo: una ley que estableciera una pena idéntica para la realización dolosa de un tipo de lesión y para la imprudente que sólo produjera un peligro abstracto para el bien protegido. Pero así también, en este caso, antes de aplicar la ley el tribunal deberá plantear la cuestión de inconstitucionalidad – art.35 y SS., LOTC -, pues también el legislador está vinculado a los valores superiores del orden jurídico – art. 9º.1, CE-.”

redução do patamar inferior da pena cominada no §1º, do art 316, do CP, a fim de que a regra constitucional da proporcionalidade entre as penas seja observada, enquanto garantia fundamental do cidadão.

O ideal de proporcionalidade que se pretende firmar é aquele de natureza garantista, balizado no pensamento de Mir Puig (2003, p.92), mediante o qual restam determinados os graus máximos da penalidade, mas não opera como limite mínimo, haja vista sua função de garantia do cidadão que não se vulnera pelo fato da pena ser diminuída abaixo do mínimo legal, através da proporcionalidade. Dito de outro modo, impedirá penas superiores a dita proporção, mas deverá permitir sempre ao juiz a possibilidade de reduzir a pena aquém do seu mínimo genérico fixado em lei⁹⁷.

Significa dizer que o magistrado deverá orientar-se sob o ideal de ser fixada uma pena justa para determinado caso, proporcional ao delito, relevando, para tanto, os elementos fáticos e jurídicos, sem que a aplicação da pena se dê a partir de critérios exclusivamente matemáticos e objetivos.

A suposta exigência dirigida aos juízes e tribunais de que seja aplicada inteiramente a lei na sua forma rigorosa⁹⁸, ainda que o fato não necessite ser apenado ou quando a pena correspondente seja notadamente excessiva ou deficiente, de índole desproporcional em face do fato concreto, representa ato violador ao princípio da proporcionalidade,

⁹⁷ “Assim, adotados os princípios da individualização da pena e da culpabilidade, não se pode mais falar em impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal- qualquer vedação nesse sentido é inconstitucional. Assim não fosse, e a aplicação de pena poderia seguir critérios exclusivamente matemáticos. No entanto, a análise do caso individual, em razão de sua complexidade e diversidade, obsta a culpabilidade vinculada a limites mínimos. Portanto, cabe ao juiz, relevando circunstâncias do caso concreto: grau de exposição do agente à criminalidade, suas condições pessoais, a situação particular em que levou a cabo a prática delitativa, forma de execução e consequências do crime, comportamento da vítima, estabelecer a medida da pena compatível com a culpabilidade vista sob a ótica do direito penal mínimo [...]” (BARROS, 1999, p.291ss). Precedente jurisprudencial: STJ- Resp 151.837/MG – 6ª T – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – D.J 28/05/1998.

⁹⁸ Essa é uma determinação expressa do Código penal espanhol, no seu artigo 4º, parágrafo 3º, enquanto fruto do seu contexto histórico-constitucional, como a expressão da ideologia jurídica dominante a respeito da função do juiz no século XVIII e início do século XIX. Transmite a idéia de necessária vinculação do juiz a lei penal, sendo a expressão de um sistema judicial limitado, o qual atrela a atuação judicial às palavras do texto legal, impedindo que o magistrado tome em consideração a justiça ou a proporcionalidade da pena que resulte da sua aplicação. As considerações de justiça e proporcionalidade da pena recaem sobre as mãos do Executivo. Como não poderia deixar de ser, críticas são tecidas ao referido dispositivo: “La consecuencia lógica de todo lo anterior sería la derogación del art. 4º.3 del Cód. Penal, pues en verdad, contradice el sistema constitucional de división de poderes y reduce el orden jurídico penal a los textos legales en contra de lo que establece el art.1º de la Constitución, sino también a los valores fundamentales que forman parte del orden jurídico y que la Constitución solo enuncia.” (BACIGALUPO, 1999, 116-124)

especialmente, na sua forma estrita.

Diante de tais ponderações conflitivas entre a lei penal e o valor superior da proporcionalidade consagrado pela ordem jurídica, percebe-se que é plenamente possível o controle de constitucionalidade das referidas normas penais com fundamento na regra da proporcionalidade, a partir da valoração da sua dupla face, acepção e dos elementos que o integram, em especial a proporcionalidade em sentido estrito, quando constatado que os males trazidos com a aplicação da pena superam os seus benefícios.

A proporcionalidade apresenta-se, então, como critério de controle de constitucionalidade, no sentido de que as intervenções penais devem submeter-se ao seu crivo, tendo em vista que as normas penalmente válidas não podem estar estranhas ao propósito constitucional do exercício pleno dos direitos fundamentais.

Acolhido e reforçado, no âmbito do Direito Constitucional, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, senão de juízes e legisladores, a regra da proporcionalidade merece ser inteiramente tutelado, uma vez que aparece como fruto da própria idéia de Estado de Direito pela sua íntima relação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. (MENDES, 2007, p.114)

A proporcionalidade aparece, então, como um instrumento de aprofundamento na defesa dos direitos fundamentais, de sorte que as normas infraconstitucionais, especialmente as normas de natureza penal, sejam materiais ou processuais, devem ser limitadas desde fora delas mesmas, através dos princípios gerais e dos valores contidos na Constituição. (COPETTI, 2000, p.133)

Todas estas possibilidades de julgamento, por sua vez, são tributárias às premissas neoconstitucionalistas, especialmente, naquilo que toca à valorização do ativismo judicial, como via para a substancialização do regime democrático, valendo-se, para tanto, de uma intervenção axiológica capaz de redimensionar a compreensão das tarefas legislativa e jurisdicional.

É a necessidade de conferir, neste caso, ao Direito Penal uma interpretação teleológica-constitucional, cuja função se resume em amoldar-se às novas necessidades do Estado contemporâneo, sem que se desprenda dos valores e princípios constitucionais, a serem concretizados quando da aplicação dos textos legais inferiores hierarquicamente.

(CARVALHO, 1992, p.143)

O juiz não é mais servil, no sentido de aplicar a lei, como alguém que cumpre uma ordem. É, sim, o grande crítico da lei, o que lhe impõe o dever de interpretar a lei conforme o Direito, sob os parâmetros dos princípios, realidade social e compromisso com a Justiça. (CERNICCHIARO, 2001, p.175)

Antes encarada como vício da atividade interpretativa, como procedimento espúrio exercido pelo julgador, a criatividade judicial torna-se, então, uma qualidade essencial do aplicador do Direito, uma atividade legítima a ser desempenhada, a qual deve ser desenvolvida racionalmente. (MENDES, 2007, p.88)

Ao serem reconhecidos como legítimos criadores do Direito, os julgadores apartam-se da antiga condição de meros reveladores de uma suposta e indefinível vontade da lei ou do legislador, que, enquanto tais, obviamente não resolveriam os problemas suscitados pela convivência humana. (MENDES, 2007, p.120)

Na condição de participante do fenômeno jurídico, o intérprete não pode ficar alheio às falhas legislativas, de sorte que identificada determinada inconstitucionalidade⁹⁹, seja de natureza formal ou material, como nos casos trazidos à baila, deve lançar mão dos mecanismos capazes de conformar as normas infraconstitucionais ao sistema jurídico-constitucional.

Equívocos legislativos são capazes de gerar inúmeras injustiças, seja em razão da inabilidade técnica aplicada, questões subjetivas ou, até mesmo, do atendimento de interesses determinados, o que reclama do magistrado uma reação imediata, a fim de harmonizar as determinações legais aos fins sustentados pela ordem jurídica.

Recai, então, sobre o Poder Judiciário, independentemente da sua instância, a obrigação de recusar e afastar a aplicação da lei injusta, não conformada aos fins do Direito, albergados na Lei Fundamental. A norma justa, enquanto proporcionalidade reclamada, manifesta-se através da atuação crítica e consciente do julgador, ao adequar aquela às

⁹⁹ “Basicamente, duas são as possíveis ocorrências da inconstitucionalidade. Numa primeira, há incongruência entre o conteúdo da lei e o conteúdo da Constituição. Numa segunda modalidade, há o desatendimento do modelo previsto para a elaboração da lei. Nesse caso, o conteúdo da lei não está em desacordo com o da Constituição: apenas seu procedimento de formação não obedeceu ao procedimento previsto na Constituição. A primeira ocorrência recebe a denominação de inconstitucionalidade material, substancial ou intrínseca. A segunda, por seu turno, é denominada inconstitucionalidade formal, ou extrínseca.” (TAVARES, 2007, p.197)

nuances do caso concreto.

Noutra expressão, o julgador deverá a todo o instante submeter as normas infraconstitucionais ao processo de revisão frente aos sustentáculos do ordenamento constitucional, com o fito de coadunar a intervenção repressiva aos limites constitucionalmente outorgados, promovendo ao destinatário do mandamento legal um sentimento de segurança e justiça material.

O pensamento encampado por Gilmar Mendes (2007, p.89) sugere que a criatividade judicial assume um papel de importância visceral na materialização do Direito, porquanto sem o trabalho de mediação e de concretização, que se impõe ao intérprete-aplicador, o sentido jurídico, sendo externo às normas, embora não possa contrariar de todo o seu enunciado, não poderá ser extraído e revelado completamente, colocando-se distante ao ideal de justiça perseguido.

Ao julgador, na condição de agente político, será exigida a produção material do Direito, mediante decisões de cunho axiológico e finalístico, uma vez que não se trata de um fazedor de estatística, senão de um agente transformador da realidade social, cuja missão é orientar-se para o justo, negando qualquer solução meramente formal, oriunda de leis impeditivas da realização plena do Estado Democrático de Direito. (CERNICCHIARO, 2001, p.177)

Advirta-se, entretanto, que sustentar um ativismo judicial de caráter proativo não equivale opor-se à clausula pétrea de separação dos poderes, art. 60, §4º, inciso III, da CF, transformando o Poder Judiciário em poder hegemônico e soberano em face dos demais Poderes¹⁰⁰.

Falar em criatividade judicial não significa sobrepor a vontade do julgador em detrimento da pretensão legislativa, numa franca violação ao princípio da separação dos poderes, mas livrar-se dos cânones hermenêuticos tradicionais, fincados na autonomia do objeto, favorecendo a adequação do Direito aos valores democráticos albergados pelo Constituição.

¹⁰⁰ Elucidativa é a lição de Alexandre Hamilton, citado por Luís Roberto Barroso (1996, p.155-156): “A interpretação das leis é o campo próprio e peculiar dos tribunais. Aos juízes cabe determinar o sentido da Constituição e das leis emanadas do órgão legislativo. Esta conclusão não importa, em nenhuma hipótese, em superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Significa, tão-somente, que o poder do povo é superior a ambos; e que onde a vontade do Legislativo, declarada nas leis que edita, situar-se em oposição à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem curvar-se à última, e não à primeira.”

O que se pretende é refutar definitivamente a concepção do juiz “boca da lei”, ao qual se confere o poder de apenas dizer a lei, numa clara aplicação silogística do Direito, de modo a eliminar o dualismo sujeito/objeto, aproximando o ato interpretativo do objeto interpretado - a lei.

Nesse sentido, o novo magistrado não atua verdadeiramente como um legislador positivo, elaborando normas gerais e abstratas com o condão de inaugurar na ordem jurídica, senão desempenha um papel conformador e harmonizante, por meio da interpretação, das normas infraconstitucionais ao texto supremo.

Ou seja, ao lançar mão do processo interpretativo às normas infraconstitucionais, mudando seu sentido, o magistrado tem o fito de satisfazer as exigências e finalidades constitucionais, não havendo pretensões em formular nova lei, porquanto seja esta a função credenciada fundamentalmente ao Poder Legislativo.

Conferir discricionariedade aos juízes para, nos casos concretos, buscarem uma solução que atenda aos fins de justiça social não significa uma recusa dos tribunais em se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição, pois o magistrado não decide livremente, de acordo com sua própria consciência.

Ao contrário. O julgador encontra-se vinculado ao texto constitucional, à medida que deve aplicá-lo por meio do seu processo interpretativo, a fim de evitar o fenômeno do decisionismo, o qual é caracterizado pelo julgamento subjetivo e imprevisível decorrente da consciência particular do magistrado.

Noutro giro verbal, a despeito de ser confiado determinado grau de discricionariedade ao juiz, este não pode fazer o que quer. A decisão judicial passa a ser racionalizada não apenas na lei, mas, sobretudo, sob o comando da Constituição, estando o julgador obrigado a obedecer a coerência e a integridade do Direito.

Não merece guarida, pois, o argumento de que o controle de constitucionalidade das leis realizado pelos juízes fere de frente o princípio da separação dos poderes, pois, nas palavras de Meirelles Teixeira (1991, p.375):

“[...] o órgão controlador não opõe sua própria vontade ao Legislativo, mas a *vontade mesma da Nação, expressa de modo mais elevado, mais vigoroso e mais solene, na Constituição*. Entre a vontade da Nação, estabelecida de modo irreformável por lei ordinária, na Constituição, e a vontade da Nação manifestada pelo Legislativo, através da lei ordinária, e em desacordo com a

Constituição, é evidente que só à primeira cabe prevalecer.”

Fica evidente que a realização do controle de constitucionalidade das leis, através da decisão do juiz em deixar de aplicar uma lei ordinária ou reinterpretá-la, conferindo-lhe novo sentido, por considerá-la inconstitucional, representa a própria aplicação da Constituição sobreposta à vontade do legislador ordinário.

Admitir a aplicação pura e simples da lei infraconstitucional, dotada de traços simbólicos, afastada da noção da proporcionalidade, como já apontado alhures, é atribuir ao magistrado a tarefa de fazer perpetuar as incongruências legislativas enquanto obstáculos à efetivação das garantias fundamentais individuais.

O resultado decisório judicial não pode decorrer da aplicação literal da lei ou da vinculação irrestrita ao texto legal, sem que sejam valorados aspectos do caso concreto e a proporção da pena com relação ao dano causado, haja vista que a desconsideração da efetiva gravidade do delito conduz ao choque com a exigência de justiça e proporcionalidade das penas.

Pretender o combate à corrupção não pode significar o mero endurecimento da repressão penal no plano legal e sua consequente aplicação automática, pois a eficácia da intervenção penal não está atrelada ao fortalecimento de uma política punitiva, senão no aperfeiçoamento e no uso técnico, adequado e garantista dos instrumentos jurídicos, destacadamente a decisão judicial. (SANTOS, 2009, p.38)

Concretizar efetivamente o Direito Penal não é aplicar e executar penas duras, abstratamente cominadas, mas aplica-las conforme sua necessidade visando ao interesse público, como forma de ser alcançada, com esteio no Direito, a solução socialmente útil e justa ao fato apresentado. Uma sentença condenatória divorciada da realidade em que vai ser executada nada mais é que mero ato burocrático, vazio de conteúdo e desprovido de sentido teleológico!

Por ser o Direito um verdadeiro sistema de normas, um conjunto coeso e coerente, a idéia de sua unidade decorre da força da Constituição, mediante a qual obriga o intérprete a partir sempre de normas constitucionais, adequando, sempre que necessário, as normas infraconstitucionais ao conteúdo específico da Carta Magna, de modo que a função estatal não poderá ser desempenhada sem admitir tal orientação interpretativa. (TAVARES, 2007, p.78)

Cumprir perceber que o juiz não está obrigado somente à observância exclusiva e independente da ordem legal. Mais que isso. O juiz vincula-se a ordem jurídica, de modo que a aplicação da lei não pode estar desvinculada da significação que a mesma tenha em face dos valores fundamentais, especialmente o da justiça. (BACIGALUPO, 1999, p.125)

Inspirado por fins e valores constitucionais, o magistrado deve perseguí-los e exercê-los dentro dos limites que o ordenamento haja eventualmente estabelecido, valendo-se dos meios necessários aptos a contribuir na plasmação e consolidação de uma consciência geral valorativa.

Nesse rumo, o controle da constitucionalidade das leis penais se apresenta como o mais moderno instrumento de efetivação da supremacia constitucional, detentor do poder de transformar o Direito Penal pátrio em um Direito justo e adequado aos objetivos jurídicos substanciais, traçados pela Lei Maior. (CARVALHO, 1992, p.142-143)

Sem a necessária inclinação constitucional, o processo interpretativo tende a compreender as normas penais por um prisma inadequado ao sentido de justiça social, característica do Estado Democrático de Direito, garantindo, por conseguinte, a prevalência dos interesses de classe, através das definições legais.

Impulsionado pela busca da “segurança”, destinado a responder de forma imediata às situações que lhe são apresentadas, o Direito Penal tem se convertido em mero veículo da mensagem a ser transmitida, cujo pensamento em torno das normas penais privilegia excessivamente seu aspecto formal, próprio de um sistema normativo alheio ao exercício da crítica da reflexão.(MESSUTI, 2003, p.120)

Por sua parte, um Direito Penal embaraçado a dogmática hermética, com práticas hermenêuticas vinculadas a uma metodologia normativa purista, estranho à nova realidade principiológica constitucional constitui uma legislação distante dos reclamos sociais positivados pela Constituição, de modo a constringer a necessária efetivação dos direitos fundamentais, enquanto garantia de materialização do Estado Democrático de Direito. (COPETTI, 2000, p.178)

Sob esse contexto, defluiu a exigência do amparo de um Direito Penal capaz de atender às garantias sociais, porquanto seja adjetivado e assegurador, sob a ótica de respeito à idéia de igualdade e com mecanismos de controle, embora rígidos, razoáveis e

proporcionais, mais garantidores, do que, essencialmente, punitivos. (LIMA, 2008, p.52)

O exercício do *jus puniendi*, portanto, deverá originar-se de um processo de racionalização, sistematicidade e valoração, realizado pelo novo magistrado, estando respaldado no atendimento das finalidades e observância dos princípios constitucionais, notadamente à noção de proporcionalidade, de modo a favorecer a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A instituição do modelo neoconstitucionalista de Estado rendeu à proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, *status* normativo e imperativo, capaz de conferir unidade e coerência ao sistema jurídico, de sorte que as normas infraconstitucionais dela não podem se apartar.

2. Ínsito ao conteúdo axiológico-normativo da Constituição, a proporcionalidade integra o fenômeno da constitucionalização do Direito Penal, através do qual impõe à intervenção estatal repressiva a definição de seus limites de atuação com base nos valores e finalidades constitucionais, a fim de restar legítima sua operacionalização.

3. O Direito Penal contemporâneo, no entanto, ampara-se na edição de novos tipos penais, no agravamento daqueles existentes, na ampliação de riscos jurídico-penalmente relevantes, na flexibilização de regras de imputação e na relativização dos princípios político-criminais de garantia, refletindo uma franca expansão de sua ingerência.

4. Notadamente marcado pela feição simbólica, emergencial e contingente, o Direito Penal passa a se valer da superprodução legislativa como via imediata a oferecer respostas aos anseios sociais de momento, influenciados pelos clamores midiáticos, edificando um sistema punitivo alheio aos pilares garantistas e axiológicos albergados pela Constituição.

5. Os crimes de corrupção pública, por sua vez, refletem esta tendência expansionista do Direito Penal, à medida que são objeto de constante incremento da legislação repressiva, dotada de excesso de particularismo e atecnia legislativa, sem que os seja dispensado tratamento jurídico adequado, em face do Código Penal e dos princípios e regras fundamentais que o regem, especialmente o da proporcionalidade.

6. A hiperinflação legislativa penal tem o condão de gerar inúmeras incongruências normativas, fundadas especialmente na violação à regra da proporcionalidade, de modo a provocar sérios entraves ao bom funcionamento do sistema penal, bem como obstaculizar a efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo, como restou verificada nos tipos penais de natureza corruptiva.

7. Competirá aos julgadores sanar os equívocos legislativo-penais, enquanto produtores de incompatibilidades normativas, através da imediata conformação das normas

materialmente inválidas, porquanto estejam em desarmonia com a regra da proporcionalidade e, conseqüentemente, com o texto constitucional.

8. As providências conformadoras adotadas pelo julgador devem repousar sobre uma atividade garantista, à medida que possíveis desbordamentos dos lindes legais se pefaçam sob o amparo de institutos benéficos ao interesse do réu, ao tempo em que se impõe a aplicação de conteúdo normativo mais coadunado com as orientações constitucionais.

9. O controle de constitucionalidade representa, então, a ferramenta adequada à garantia de supremacia dos preceitos constitucionais, donde a violação à proporcionalidade, sobejamente verificada nos crimes de funcionais de corrupção pública, representará o fundamento nuclear desta censura.

10. Ao valer-se do mecanismo de controle de constitucionalidade, através do qual as normas penais restarão submetidas ao crivo do júízo valorativo constitucional, o magistrado não pretende sobrepor sua vontade ao do legislador, senão adotar uma postura criativa, de natureza puramente harmonizante e conformadora da legislação infraconstitucional à Lei Maior.

11. O juiz neoconstitucionalista é aquele que não permanece inerte às falhas legislativas, fazendo perpetuar as incongruências normativas, mas aquele que busca satisfazer as exigências e finalidades constitucionais, rompendo com os obstáculos sistêmicos à concretização dos direitos e garantias do cidadão.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito administrativo descomplicado*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Joaquim Caetano de. A aplicação da teoria da proporcionalidade constitucional no direito penal. *Revista Magister de direito penal e processual penal*. ano VII, vol. 38, p. 58-78, out/nov. Porto Alegre: Editora Magister, 2010.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Principio de proporcionalidad*. Comentário a La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la mesa nacional de Herri Batasuna. La ley; 1999, p. 2053-2059
- ANDRADE, Manoel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- ARAÚJO, Fábio Roque. *O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de.; VILLAS-BÔAS, Marcos de Aguiar. Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 16, vol. 74, p. 230-280, set/out. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2008.
- AZEVEDO, Paulo Bueno de. *Aplicação de pena abaixo do mínimo legal: a proporcionalidade no direito penal*. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/206/207> Acesso em: 27 jun 2012.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ética pública, o Estado Democrático de Direito e os princípios consectários. In: *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. PIRES, Luis Manoel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (org.). Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Editor Hammurabi, 1999.
- BALTHAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 2, vol. 05, jan/mar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

_____. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 8, Vol. 29, p. 27-52, jan/mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: *Leituras de complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. CAMARGO, Marcelo Novelino (org). 3ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p.131-152.

BARRANCO, Norberto J. de la Mata. *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.

BARROS, Carmen Silva de Moraes. A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 7, nº 26, p. 291-295, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROS, Wellington Pacheco. *A proporcionalidade como princípio de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (org). 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.01-48.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto brasileiro de direito público, nº 9, mar/abr/maio, 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rere/asp> Acesso em: 05 mar. 2012.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. *Revista do Ministério Público*. Vol. 4, p.117-132, Rio de Janeiro, 1996.

BASTOS NETO, Osvaldo. *O conceito de desvio na teoria social contemporânea: modernidade e controle*. rev. Teor. Pol. Soc. Cidad., Salvador, v.1, nº 1, p.1-36, jan./jun. 2004.

BATISTA, Antenor. *Corrupção: o quinto poder: repensando a ética*. 12. Ed. Bauru: Edipro, 2011.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

_____. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 11, vol. 42, p. 242-263, Jan/mar. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *A produção do Direito no Brasil: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça*. 2ª Ed. rev. e ampl. – Ilhéus: Editus: 2008.

_____. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Lições de teoria constitucional e de direito constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

BIDINO, Claudio; SANTOS; Débora Thaís de. A corrupção de agentes públicos no Brasil: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência. In: *A corrupção: reflexões (a partir da lei, d doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO; Cláudio; MELO, Débora Thaís de. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.153-202.

BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. Princípios fundamentais do direito penal. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 04, nº 15, p.81-88, jul/set. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Tratado de direito penal, volume 1: parte geral*. 13ª Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Tratado de direito penal, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos (Lei n. 10.028/2000)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Tribunal Penal Internacional. Prisão perpétua: inconstitucionalidade. *Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade*. Ano 5, nº 9-10, p.85-102. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. trad. Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

_____. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BURGALHO, Nelson. Sociedade de risco e intervenção do direito penal na proteção do ambiente. *Revista da Associação brasileira de professores de ciências penais*. Ano 4, vol. 6, p.286-323, Jan/jun. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2007.

CÁCERES, Florival. *História geral*. 4ª Ed. São Paulo: Moderna, 1996.

CALLEGARI, André Luís. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAMPOS, Helena Nunes. *Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais*. In: Cadernos de Pós Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, v.4, n.1, p.23-32, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CANTON FILHO, Fábio. *Bem jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. Campinas: Servanda Editora, 2010.

CARVALHO, Ivan Lira de. O direito penal como instrumento inibidor da violência. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 5, vol. 18, p.69-75, abr/jun. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 1997.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. Mídia, violência e sistema penal. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 11, vol. 42, p. 224-235, jan/mar. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. Coimbra Editora, 1995, vol.II

CAVALCANTE, Ruzel Lima Verde. *Corrupção, origens e uma visão de combate*. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira – Edições FAP, 2006.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Reflexões sobre o Direito Penal no terceiro milênio. In: *Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luis Luisi*. COPETTI, André (org.). Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 167-179.

COELHO, Edihermes Marques. *As funções do direito penal*. Disponível em: <www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=835> Acesso em: 21 out. 2011.

COELHO, Luiz Fernando. *Introdução histórica à filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. *Introdução ao direito penal*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de Neoconstitucionalismo: un Análisis Metateórico. In: *ISONOMIA (Publicaciones Periódicas)*: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho Nº 16, abril, p. 89 -112, 2002.

COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

CORREA, Teresa Aguado. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Criminalidade na Administração Pública: peculato, corrupção, tráfico de influência e exploração de prestígio. *Revista da EMERJ*, vol. 13, nº 52, ano 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/publicacoes_revista/revista/revista52/Revista52_37.pdf> Acesso em: 30 jan. 2012

COSTA, José de Faria. Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 17, vol. 81, p. 36-47, nov/dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal das licitações*: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei nº 8.666, de 21-6-1993. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUBILLOS, Hernán Fuentes. El principio de proporcionalidad em derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización em el ámbito de la individualización de la pena. *Revista ius et práxis*. Ano 14, vol. 2. Talca, 2008, p.15-42

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*: teoria e prática. 6ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art3.htm>> Acesso em: 09 nov. 2011.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DOWRKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Paulo Neves. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESSADO, Tiago Cintra. *O princípio da proporcionalidade no direito penal: de acordo com as Leis nºs 11.340/2006, 11.343/2006 e 11.464/2007*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

FARIA, Rafael Silva de. Bem jurídico-penal à luz da Constituição Federal de 1988. *Revista da associação brasileira de professores de ciências penais*. Ano 7, vol. 13, p.275-331, jul/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2010.

FAZIO JUNIOR, Waldo. *Corrupção no poder público: peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação*. São Paulo: Atlas, 2002.

FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do direito penal: realidade e perspectivas. In: *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 831-855.

_____. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho e razón – teoria del garantismo penal*. traducción al espanol de perfecto Andrés Ibañez y otros. Madri: editorial Trotta, 1995.

_____. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAZ, Sergio. Corrupção, ética e moralidade na administração pública. In: *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. PIRES, Luis Manoel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. *O sistema de princípios e regras e o princípio da proporcionalidade na compreensão das garantias constitucionais*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/345-artigos-dez-2011/8367-o-sistema-de-principios-e-regras-e-o-principio-da-proporcionalidade-na-compreensao-das-garantias-constitucionais-do-processo-civil>>, Acesso em: 12 mar. 2012.

FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção, democracia e legitimidade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 31ª Ed. Petrópolis, Vozes, 2006.

FRANCO; Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 2: parte especial*. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FROTA; Hidemberg Alves da. *Necessidade concreta da pena e princípio da proporcionalidade*. Disponível em:

<<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/1021/1186>> Acesso em: 10 maio 2012.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *História do direito penal (crime natural e crime plástico)*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GISBERT, Rafael Bustos. Corrupción política y derecho. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 19, vol. 89, p.387-405, mar/abr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O positivismo jurídico*. Publicado em: jun de 2007. Disponível em: <<HTTP://jus.com.br/revista/texto/10060/o-positivismo-juridico/print>> Acesso em: 7 mar. 2012.

GOMES, Laurentino. *1822: como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil, um país que tinha tudo para dar errado*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

GOMES, Luís Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Hiperinflação legislativa: um mal crônico no Brasil*. Disponível em:

<http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20061113184344529&mode=print> Publicado em: 13 nov. 2006

_____. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade. Lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. V.5. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

_____. *Princípio da proibição de proteção deficiente*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Publicado em: 16/12/2009.

_____. Sobre a impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 3, vol.11, p.166-174, jul/set. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *O princípio da proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=701> Acesso em: 28 set. 2011.

_____. *Teoria da ciência jurídica*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

GRACIA MARTÍN, Luís. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>> Acesso em: 10 nov. 2011.

_____. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume IV*. 7ª Ed. Niterói: Impetus, 2011.

HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção – enfoque sócio-histórico-jurídico-penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª Ed. São Paulo: Editora Vozes, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HULSMAN, Louk. Práticas punitivas: um pensamento diferente (entrevista concedida à Juan Felix Marteau). Trad. Helena Singer. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 4, vol. 14, p.13-26, abr/jun. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal – parte general: fundamentos y la teoria de la imputación*. 2ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.19-70.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KROHLING, Aloísio; BOLDT, Raphael. *Entre cidadão e inimigos: o discurso criminalizante da mídia e a expansão do direito penal como instrumento de consolidação da subcidadania*. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewArticle/224>> Publicado em: 02 mar 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Acesso à justiça penal no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Vol 1. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção e direito penal – um diagnóstico da corrupção no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LUIZI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. *Revista do Centro de estudos judiciários do Conselho da Justiça Federal*. V. 2, n. 4, jan/abr. Brasília, CJF, 1998.

_____. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LUZ, Yuri Côrrea da. O combate à corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de ciências criminais*. Ano 19, vol. 89, p.429-470, Mar/abr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco. *Revista liberdades*. Vol. 02. Set – dez, 2009. p.39-55. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=17> Acesso em: 25 out. 2011

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Vol.1. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1964.

MARTINS, José Antônio. *Corrupção*. São Paulo: Editora Globo, 2008.

MARTINS, Leonardo. *Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros*. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/851> Acesso em: 30 jun. 2012.

MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal” do inimigo? In: *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.73-118.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. A matriz constitucional, e não axiomática, dos princípios implícitos de direito penal. *Revista da associação brasileira de professores de ciências penais*. Ano 2, vol. 3, p. 159-175, Jul/dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Direito penal: sistemas, códigos e microssistemas jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. *Ensaio sobre o neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-13-n-101-out-2011-jan-2012/menu-vertical/artigos/artigos.2012-01-23.5015439429?searchterm=sebastian>> Acesso em: 02 mar. 2012.

_____. O princípio da proporcionalidade no direito penal. In: Ricardo Augusto Schmitt (org.). *Princípios penais constitucionais: Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 191-227.

MELO, Débora Thaís de. Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos colectivos. In: *A corrupção: reflexões (a partir da lei, d doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO; Cláudio; MELO, Débora Thaís de. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.40-98.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Márties; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

_____ ; COELHO, Inocêncio Márties; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista diálogo jurídico*. Salvador, CAJ, v.1, nº 5, agosto de 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br> Acesso em: 05 out. 2011.

MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva. Maria Clara Veronesi de Toledo; prefácio Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Hermenêutica penal – algumas questões e princípios para a interpretação. *Revista dos mestrandos em direito econômico da UFBA – hermenêutica jurídica e outros temas de direito econômico*. Vol.7, p.43-55, jan/dez. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1999.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. 2ª Ed. Buenos Aires: B de F Editorial, 2003.

MONREAL, Eduardo Novoa. *O direito como obstáculo à transformação social*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. Trad. Antonio Martins. . *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 16, Vol. 71, p. 205-232, Mar/abr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. O direito como fator de desenvolvimento. *Revista do instituto dos advogados de Pernambuco*. Recife: Fundação Antonio dos Santos Abranches, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUOVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*. Trad. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, v.1

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. O direito penal e a intervenção mínima. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 05, vol. 17, p.147-152, jan/mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PAGLIARO, Antonio. *Dos crimes contra a administração pública*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PASQUINO, Gianfranco. Corrupção. In: *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale ... [et. AL.]; coordenação da tradução João Ferreira; revisão geral João Ferreira

e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 5ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

PEGORARO, Juan. La violència, el orden social y el control social penal. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 11, Vol. 45, p.46-58, Out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2003.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. *Revista crítica jurídica*. vol. 22, p. 31-65, jul/dez. Curitiba, 2003.

POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Publicado em 1998. Disponível em: <http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuadern21/volIII/DOXA21Vo.II_25.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2012.

PRADO, Luis Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Crimes contra o ambiente: anotações à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte Especial. Arts. 250 a 359-H. vol. 3. 6ª Ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral. Arts. 1º a 120º. vol. 1. 3ª Ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: RT, 2002.

PUHL, Adilson Josemar. *O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade: como instrumento assegurador dos direitos e garantias fundamentais e o conflito de valores no caso concreto*. São Paulo: Editora Pillares, 2005.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 27. Ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

REZEK NETO, Chade. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

RIVACOBBA, Manuel e Rivacoba Y. Introducción al estudio de los principios cardinales de derecho penal. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 8, vol. 32, p.39-54, out/dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. *Corrupção na era da globalização*. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2009.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*. Rio Grande do Sul: Editora Unisinos, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre corrupção). In: *A corrupção: reflexões (a partir da lei, d doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO; Cláudio; MELO, Débora Thaís de. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.07-40.

_____. A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência. In: *A corrupção: reflexões (a partir da lei, d doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO; Cláudio; MELO, Débora Thaís de. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.99-152.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – limites e possibilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 12, Vol. 47, p.60-122, mar/abr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Direitos fundamentais e direito penal: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos “fundamentalismos” hermenêuticos*. Disponível em: <www.esmesc.com.br/upload/arquivos/4-1246972606.PDF> Acesso em: 15 nov. 2011

SAVINO FILHO, Cármine Antônio. Evolução do direito penal – comentários. *Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – doutrina e jurisprudência*. Vol. 49, p.45-58, out./dez. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2001.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Corrupção no Brasil Império. In: *Corrupção: ensaios e críticas*. AVRITZER, Leonardo (Org.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p.227-236.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos tribunais*. Ano 91, vol. 798, p. 23-50, abr. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional: atualizado até a EC 52/2006*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A idéia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. *Revista brasileira de ciências*

criminais. Ano 19, Vol.89, p. 407-428, mar/abr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Direito, justiça e princípios constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. *Reflexões sobre o direito principiológico*. Disponível em: <www.facs.br/revistajuridica/edicao_novembro2006/docente/doc1.doc> Acesso em: 09 set. 2011.

_____. *Reflexões sobre o princípio da proporcionalidade*. Disponível em: <http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/reflexoes_sobre_o_principio_constitucional_da_proporcionalidade.pdf> Acesso em: 09 maio 2012.

SOUZA, Carlos Afonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional*. Disponível em: <www.puc-rio.br/direito/pet_jur/cafpatriz.html> Acesso em: 25 set. 2011.

STAECHELIN, Gregor. Es compatible la “prohibición de infraprotección” com una concepción liberal del derecho penal?. In: *La insostenible situación Del derecho penal*. CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). Granada, Editorial Comares, 2000., p.289-304.

STARLING, Heloisa Maria Murgel. Ditadura militar. In: *Corrupção: ensaios e críticas*. AVRITZER, Leonardo (Org.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p.251-260.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso à proibição deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*. V. 97, p.171-202, mar. Porto Alegre, AJURIS, 2005.

_____. Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. In: *Direito penal em tempos de crise*. STRECK, Lenio Luiz (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.75-110

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *O dever de proteção do Estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?* Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=89&Itemid=29> Acesso Em: 20 nov. 2011.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

STUMM, Raquel Denize. *O princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TEOTÔNIO; Paulo José Freire; TEOTÔNIO; Silvio Henrique Freire. Ponderações sobre a razoabilidade e a proporcionalidade na aplicação do direito penal. *Revista magister de direito penal e processual penal*. Ano VI, nº 31, agosto-setembro, p. 53-70. Porto Alegre: Editora Magister, 2009.

TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença criminal: prática de aplicação de pena e medida de segurança*. 7ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TORON, Alberto Zacharias. Aspectos penais da proteção ao consumidor. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 3, vol. 11, p.80-90, jul/set. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de La; CAPARRÓS, Eduardo A. Fábian. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 17, Vol.81, p. 07-35, nov/dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terra brasilis*. In: *garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.95-131.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2004.

VICENTINO, Cláudio. *História do Brasil*. São Paulo: Scipione, 1997.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, Direitos Fundamentais no Século XXI. In: *VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: Derecho constitucional para el siglo XXI: actas [...]* v. 1. Coord. URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín, CARRASCO DURÁN, Manuel, PEROL BECESSRA, Manuel José, PÉREZ ROYO, Francisco Javier, 2006, ISBN 84-9767-692-0, p. 1051-1080

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira*. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2011.

WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. Reformas legislativas e populismo punitivo: é possível controlar a sedução pelo poder penal? *Boletim IBCCRIM*. Ano 18, nº 214, p.10-11, set. São Paulo: 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. Globalización y sistema penal em America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. A legislação brasileira em face do crime organizado.

Revista brasileira de ciências criminais. v.5, n. 20, p. 13-23, out/dez. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZOCKUN, Maurício. *A separação dos Poderes e o Judiciário como legislador positivo e negativo*. Disponível em: <http://www.zockun.com.br/downloads/Poder%20Judici%C3%A1rio%20como%20legislador%20negativo.pdf.pdf> Acesso em: 12 jun. 2012.