

BEM JURÍDICO E CONSTITUIÇÃO: OS LIMITES DA LIBERDADE
DE CONFORMAÇÃO LEGISLATIVA E A APLICAÇÃO
(CORRETIVA) DA NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE
TEXTO (TEILNICHTIGERKLÄRUNG OHNE NORMTEXTREDU-
ZIERUNG) À LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS

LENIO LUIZ STRECK*

RESUMO

A implementação da Constituição não pode gerar inconstitucionalidades. A Constituição não concede liberdade de conformação para a sua regulamentação. Nesse sentido, embora seu forte apelo social, a Lei dos Juizados Especiais Criminais, nas suas duas versões legislativas (Lei 9.099/95 e 10.259/01), incorreu em inconstitucionalidade, ao classificar como “soft crimes” condutas que ferem bens jurídicos de perfil supraindividual. A jurisdição constitucional pode ser um importante mecanismo de correção dos equívocos dos legislador ordinário, principalmente a partir da aplicação da *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*.

* Professor Titular da UNISINOS-RS; Procurador de Justiça-RS, Mestre em Direito, Doutor em Direito do Estado, Pós-Doutor em Direito Constitucional e Hermenêutica, Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Unesa-RJ.

1 AS PERPLEXIDADES EXSURGENTES DA LEI Nº 10.259/2001

Parece não restar dúvidas acerca do fato de que a Lei 10.259/2001, ao dispor sobre a instituição dos Juizados Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, constituiu considerável avanço no campo jurídico brasileiro. Com efeito, havia visível malferimento da Constituição no fato de os Juizados Especiais estarem, até o advento da Lei em questão, restritos à esfera da Justiça Comum. *Não é desarrazoado afirmar, assim, que se estava diante de uma inconstitucionalidade por omissão relativa.* Desse modo, a nova Lei veio corrigir essa omissão.

O preenchimento dessa “lacuna” no sistema não pode, entretanto, passar sem a necessária crítica de cariz hermenêutico-constitucional. Com efeito, algumas questões exurgentes da Lei estão acarretando acalorado debate, e com toda a razão:

- a) Poderia o legislador ter estabelecido, já na Lei 9.099, como critério para aferição do que seja *delito de menor potencial ofensivo*, a pena máxima não superior a um ano? Do mesmo modo, a Lei 10.259 poderia ter ampliado o alcance da Lei 9.099, acrescentando, a partir do *mesmo critério* utilizado na Lei 9.099, que *são considerados infrações penais de menor potencial ofensivo “os crimes que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”*? Indagando de outra maneira: é constitucional estabelecer como critério de aferição do que seja menor ou maior potencial ofensivo o montante da pena (mínima de um ano na Lei 9.099 e máxima de 2 anos, na Lei 10.259)? Será isto tão simples assim?
- b) De um modo mais simples, a pergunta que cabe é: tem o legislador *carta branca* para estabelecer, sem limitações no que concerne a teoria do bem jurídico,¹ o que seja delito de menor potencial ofensivo?
- c) Quais os limites que a Constituição coloca ao legislador?
- d) Ou esses limites inexistem?

Afinal, os princípios constitucionais vinculam ou não vinculam o legislador ordinário?

Tenho que a resposta a tais questões não passa, simplesmente, por uma análise horizontal, intra-sistemática, mas, sobretudo, por uma reflexão vertical, que trabalhe com a parametricidade constitucional. Ou seja, no plano da resolução das antinomias parece impossível solver a controvérsia.

1 Bem jurídico é aqui entendido como um direito a ser protegido ou um dever de legislar do Estado.

2 A CRISE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO E A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DO PARADIGMA LIBERAL-ILUMINISTA

De pronto, da simples leitura dos dispositivos previstos nas Lei 9.099 (art. 61) e 10.259 (art. 2º, par. único) exsurge, perigosamente, o aniquilamento (canto de cisne) da teoria do bem jurídico, uma vez que, ao estabelecer como *tabula rasa* que são passíveis de transação penal – porque incluídos fictivamente no rol de infrações de menor potencial ofensivo – *todos os crimes a que lei comine pena máxima não superior a 02 (dois) anos* -, o legislador tratou isonomicamente bens jurídicos absolutamente discrepantes entre si, como o patrimônio individual, o patrimônio público, o patrimônio social (direitos de segunda dimensão), o meio-ambiente (direitos de terceira dimensão), a moralidade pública, a honra, etc. Isto para dizer o mínimo, sem precisarmos adentrar no princípio da integridade (legislativa) propugnada por Ronald Dworkin! Para se ter uma idéia, basta um passar d’olhos no extenso rol de delitos que hoje passaram a ser epitetados como “infrações de menor potencial ofensivo” (são mais cinqüenta e seis figuras típicas do Código Penal e mais catorze delitos previstos em leis especiais que se agregam às dezenas de infrações já enquadradas na Lei 9.099).

Situações como a criada pela Lei n. 10.259/2001 – agora ratificada pela Lei n. 11.313, de 28.6.2006 -, revelam o estado da arte da crise pelo qual passa a teoria do bem jurídico. Há uma grave controvérsia acerca da extensão e das funções desse conceito, a partir do dissenso surgido entre a postura dos penalistas liberais, os quais defendem a função limitadora do conceito, e aqueles de orientação “comunitarista-garantista”, cuja posição quanto à funcionalidade desta instituição jurídica assenta-se numa concepção organizativa, interventiva e transformadora da realidade social. Esta contenda não foi ainda suficientemente percebida e apreendida pelo conceito dogmático de bem jurídico, *e este conflito acarreta uma confusão quanto aos bens que devem prevalecer numa escala hierárquica axiológica, para fins de serem relevantes penalmente e, portanto, merecedores de tutela desta natureza.*

A transferência desta controvérsia ainda não resolvida para as práticas legislativas e judiciais, faz com surjam produtos como a Lei n. 10.259/2001, onde bens jurídicos que claramente traduzem interesses de grandes camadas sociais são *rebaixados axiologicamente* e equiparados a outros bens de relevância meramente individual. Mais uma vez privilegia-se o individual em detrimento do coletivo.

Desde o prisma de um Estado Social e Democrático de Direito, como o insculpido no texto constitucional, não é ocioso situar os bens merecedores de tutela no terreno do social, uma vez que se apresentam como condições qualificadas de

funcionamento e amálgama da sociedade.² Isto necessariamente tem seus reflexos na delimitação conceitual de bem jurídico penal.

Dito de outro modo, o que tem ocorrido de concreto nesse aspecto e, consequentemente dado margem ao aquecimento do debate entre penalistas de apego exacerbado ao liberalismo e os que buscam – primordialmente - a guarida penal de bens supraindividuais, é que estes buscam introjetar, na concepção do direito penal, a idéia de que uma série de valores constitucionais de feição coletiva necessitam proteção do Estado (condutas que colocam em xeque os objetivos da República, a dignidade da pessoa, o meio-ambiente, a corrupção, a sonegação de tributos, a lavagem de dinheiro, etc), enquanto aqueles *resistem a tanto*, obstaculizando a extensão da função de proteção penal aos bens de interesse da comunidade, sob o argumento de que tal barreira implicaria uma “indesejada antecipação das barreiras do direito penal”.

De certo modo, os penalistas de apego exacerbado a um direito penal-liberal continuam a pensar o direito a partir da idéia segundo a qual haveria uma contradição insolúvel entre Estado e Sociedade ou entre Estado e indivíduo. É como se o Estado fosse necessariamente mau, opressor, e ao direito restaria a função de “proteger” o indivíduo dessa opressão. Por isso, em pleno século XXI e sob os auspícios do Estado Democrático de Direito – no interior do qual o Estado e o Direito assumem (um)a função transformadora – continua-se a falar na mítica figura do *Leviatã*, reprimando – para mim de forma equivocada – antiga problemática que contrapõe o Estado (mau) à (boa) sociedade (sic). Tal problemática – que muitas vezes esconde a defesa do velho direito penal protetor dos interesses liberais-burgueses - é facilmente perceptível no campo do direito tributário e na penalização de condutas que transcendem aos bens jurídicos clássicos (de “*carne y hueso*”). Ora, não pode restar qualquer dúvida de que o direito deve proteger o cidadão contra os arbítrios estatais; *negar isso seria negar as conquistas da civilização*. Mas também é verdade que, por vezes, essa proteção se mostra insuficiente, exatamente pela falta de uma ancoragem constitucional a esses ramos do direito.

À toda evidência, tais considerações acarretam compromissos e inexoráveis conseqüências no campo da formulação e aplicação das leis. Para tanto, parto da premissa – e não há nenhuma novidade em dizer isto – de que a Constituição brasileira de 1988 apresenta uma direção diretiva para o Estado. Defendo, ainda, a perspectiva compromissória e dirigente da Constituição. Logo, em assim sendo, continuo a insistir (e acreditar) que *todas as normas da Constituição têm eficácia*, e as assim

2 Sobre a relação “Direito Penal –Constituição e Estado Democrático de Direito”, consultar COPPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*, Livraria do Advogado, 2000.

denominadas normas “programáticas” – como as que estabelecem a busca da igualdade, a redução da pobreza, a proteção da dignidade, etc. – *comandam a atividade do legislador* (inclusive e logicamente, do legislador penal e processual penal), buscando alcançar o objetivo do constituinte. Veja-se, a propósito, o próprio preâmbulo da Constituição brasileira, ao qual não se pode negar força vinculante.

Essa ordem de legislar traz implícita – por exemplo, no campo do direito penal – a necessária hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas, razão pela qual *o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário ou voluntarista*. Um exame perfunctório já demonstra como o Código Penal e a legislação esparsa nem de longe vêm cumprindo o comando do constituinte de 1988. Em outras palavras, não há liberdade absoluta de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais. Do mesmo modo, penas desproporcionais em relação ao bem jurídico protegido devem ser declaradas inconstitucionais. Ou no mínimo, em sede de controle de constitucionalidade, a aplicação da técnica do apelo ao legislador, dando conta da incompatibilidade. Tais questões terão reflexos no próprio modo de proteger – no plano da instrumentalização do direito penal - bens jurídicos fundamentais como a segurança pública e a cidadania. Dizendo de outro modo, se de um lado há a proibição de excesso (*Übermassverbot*), de outro há a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).³ Ou seja, o direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia de proibição de excesso.

Aliás, parcela expressiva do segmento que abriga os penalistas brasileiros de orientação crítica fazem essa leitura do garantismo tão-somente pelo viés negativo. Contrariamente a isso, entendo que, a partir do papel assumido pelo Estado e pelo direito no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve (sempre) ser examina-

3 Sobre o debate acerca da validade da tese da proibição de proteção deficiente, veja-se, no Brasil, o livro de Luciano FELDENS A Constituição Penal. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, em que traz à lume o debate entre Karl-Eberhard Hain (*Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermass – und Untermassverbot?*, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBL), 1973, *Das Untermassverbot in der Kontroverse*, Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG), 1996) e Johannes Dietlein (*das Untermassverbot in der Kontroverse*, Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG), 1996), posicionando-se amplamente a favor da utilização da *Untermassverbot* como recurso auxiliar para a determinação da medida do dever de prestação legislativa. Ainda no Brasil – e favor da tese - Ingo SARLET (Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005) e Lenio STRECK (Bem jurídico e Constituição: Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra, FDUC, vol. LXXX, 2004).

do também a partir de um *garantismo positivo*, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal.

Isto significa dizer que, quando o legislador não realiza essa proteção via direito penal (quando não há outros meios de efetivar essa proteção), é cabível a utilização da cláusula “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*). Tais questões ficam bem claras a partir da discussão da descriminalização do aborto na Alemanha,⁴ problemática igualmente debatida no plano da justiça constitucional na Espanha e em Portugal.

Não há, pois, uma blindagem que “proteja” a norma penal do controle de constitucionalidade (entendido em sua profundidade, que engloba as modernas técnicas ligadas à hermenêutica, como a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto, o apelo ao legislador, etc). Ou isto, ou teríamos que considerar intocável, por exemplo, um dispositivo legal que viesse a descriminalizar a corrupção, a lavagem de dinheiro, os crimes fiscais (de certo modo isto já ocorre, desde a Lei 9.249, confirmada agora pela Lei 10.684), os crimes sexuais (estupro e atentado violento ao pudor) em face do casamento (sic) da vítima com terceira pessoa (art. 107, VIII, do Código Penal),⁵ ou um dispositivo posto em Constituição de Estado-membro

4 A descriminalização do aborto ocorrida na Alemanha pode não ser o melhor exemplo para discutir a matéria. Entretanto, aquele julgamento abriu a possibilidade de examinar o direito penal a partir de um outro ângulo.

5 Nesse sentido, merece registro o julgamento do Recurso Extraordinário n. 418376 pelo Supremo Tribunal Federal, em que se discutiu a aplicação da extinção da punibilidade prevista no (agora derogado) art. 107, VIII, do Código Penal. Referido dispositivo extinguiu a punibilidade dos crimes sexuais (estupro e atentado violento ao pudor) na hipótese de casamento da vítima com o réu ou com terceiros. Em face do dispositivo da Constituição (art. 226, § 3º) que equiparou a união estável ao casamento, o recorrente buscava a extensão do favor legal, já que vivia concubinamente com a vítima. Três posicionamentos se formaram na Suprema Corte: o primeiro sustentava a aplicação do dispositivo por interpretação analógica, dando-lhe, assim, o máximo de eficácia; o segundo, defendido pela maioria, entendeu que as circunstâncias do fato (estupro de uma menina de 9 anos) impediam a concessão do favor legis, não podendo ser aplicada a interpretação jurisprudencial que estende o conceito de “casamento” para os casos de concubinato e união estável; apenas a terceira posição feriu a contradição principal do problema, ao colocar em xeque a própria validade do dispositivo autorizador da extinção da punibilidade, e o fez lançando mão – ao que consta, pela primeira vez no Supremo Tribunal Federal – da dupla face do princípio da proporcionalidade, através da invocação da “proibição deficiente” dos direitos fundamentais (*Untermassverbot*). No seu voto, o Min. Gilmar Mendes asseverou que, a se aceitar a extinção da punibilidade em face do favor legis previsto na norma penal, “estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. Quanto à proibição de *proteção deficiente*, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade” (...) Nesse sentido, ensina o Professor Lenio Streck: “Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre

que viesse – no campo do processo penal – a limitar a prisão de determinadas autoridades ao estado de flagrância,⁶ tudo em nome do princípio da legalidade, como se a vigência de um texto jurídico implicasse, automaticamente, a sua validade, problemática que, paradoxalmente, em determinadas situações, coloca na mesma trincheira penalistas de orientação dogmática e acentuadamente positivista⁷ e aqueles defensores de um liberalismo exacerbado.

Ora, nenhum campo do direito está imune a essa vinculação constitucional. Consequentemente, na medida em que a Constituição figura como o *alfa* e o *ômega* do sistema jurídico-social, ocorre uma sensível alteração no campo de conformação legislativa. Ou seja, a partir do paradigma instituído pelo novo constitucionalismo e a partir daquilo que o Estado Democrático de Direito representa na tradição jurídica, o legislador não mais detém a liberdade para legislar que tinha no paradigma liberal-iluminista.

Nesse (novo) contexto, a teoria do bem jurídico, que sustenta a idéia de tipos penais no direito penal, igualmente passa a depender da materialidade da Constituição. Não pode restar qualquer dúvida no sentido de que o bem jurídico tem estrita relação com a materialidade constitucional, representado pelos preceitos e princípios que encerram a noção de Estado Democrático e Social de Direito. Não há dúvida, pois, que as baterias do direito penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos

fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.⁸ (Streck, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, março/2005, p.180) . No mesmo sentido, lição do Professor Ingo Sarlet (Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107.) O julgamento em tela demonstra, pois, a importância de se “desconfiar” da “suficiência ôntica” proporcionada pela regra. Demonstra, também, como a Constituição é o locus que propicia a resposta correta, uma vez que os votos que afastaram a regra estipulativa do favor legis apenas o fizeram para aquele caso, o que, ao meu sentir, não é suficiente quando se está diante da própria inconstitucionalidade do texto jurídico.

6 Veja-se, nesse sentido, o inconstitucional dispositivo constante na Constituição do Estado do Maranhão, pelo qual aquela autoridade somente poderia ser preso em flagrante delito. Aliás, foi o que livrou o Governador daquele Estado da prisão, segundo decisão do STJ, que, no caso, perdeu excelente oportunidade de fazer controle difuso de constitucionalidade, declarando, no caso concreto (questão prejudicial), a inconstitucionalidade do malsinado dispositivo “legal”!

7 Os penalistas de perfil dogmático-positivista – majoritários no plano da produção jurídica estandardizada no Brasil – são aqueles ligados aos movimentos de lei e ordem, mas que, paradoxalmente, não incluem no rol de suas “preocupações repressivistas” as condutas que ofendem bens jurídicos supra-individuais.

fundamentais nas suas diversas dimensões. Neste ponto, aliás, entendo que é neste espaço que reside até mesmo uma obrigação implícita de criminalização, ao lado dos deveres explícitos de criminalizar constantes no texto constitucional.

No Brasil, o panorama do direito penal e processual penal aponta para o fato de que parcela considerável dos juristas brasileiros tem assumido uma postura paradoxal, uma vez que, enquanto defensores de posições que buscam penas mais duras, ao mesmo tempo lançam um olhar leniente para as condutas que violam bens jurídico supraindividuais e que afetam bens jurídicos coletivo-comunitários (aqui, vale por todos a discussão acerca do crime de sonegação de tributos, em que vingou a tese, inclusive no Supremo Tribunal Federal, com apoio efusivo e expressivo da comunidade jurídica, *da necessidade do esgotamento da esfera administrativa como condição para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público*). Isso sem considerar que a sanção para esse tipo de crime é inferior a de outros cometidos, sem violência, contra o patrimônio individual, como o furto qualificado, cuja pena é superior ao da pena do crime de corrupção. E o que dizer do delito de fraude em licitações, cuja pena, de tão ínfima (seis meses a dois anos), desloca esse crime para a categoria de *soft crimes* (crimes de menor potencial ofensivo...)! Portanto, apesar dos comandos constitucionais que estabelecem uma nova hierarquia de bens jurídicos, para o legislador (apoiado por setores expressivos da dogmática jurídico-penal) furtos e estelionatos (pena de um a cinco anos) possuem desvalor superior às fraudes cometidas em licitações. Isso para dizer o mínimo.

Mais ainda, veja-se o “tratamento” dado aos crimes de lavagem de dinheiro, crimes contra o meio ambiente, para citar apenas alguns desse jaez, cuja desproporcionalidade em relação aos delitos de feição inter-individual não vem recebendo maiores - ou nenhuma - contestação por parte desse setor do direito penal brasileiro, caudatário ainda de uma dogmática jurídica inserida no paradigma liberal-individualista-normativista, no interior do qual o papel do direito penal e do processo penal seria apenas o de proteger bens jurídicos inter-individuais, fenomenologia que pode ser observada facilmente no Código Penal ainda em vigor, tornando esse tipo de postura – pelo aumento da criminalidade convencional e a violência urbana – presa fácil de teses como o “direito penal do inimigo”, “teoria das janelas quebradas” ou daquelas que pretendem aumentar o elenco dos crimes hediondos⁸ (veja-se, no limite, a proposta de projeto de lei da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do

8 Em 1990 foi aprovada – por previsão constitucional – a Lei dos Crimes Hediondos, colocando nesse rol crimes como tráfico ilícito de entorpecentes, homicídio qualificado, crimes sexuais (estupro e atentado violento ao pudor).

Congresso Nacional que trata dos conflitos agrários (CPMI da Terra) tornando a invasão de terras crime hediondo⁹), etc.

Relembremos, ainda nesse sentido, que esse modelo híbrido brasileiro que se amplia continuamente em relação à criminalização de condutas violadoras de bens das mais variadas espécies, caminha neste aspecto para um modelo bastante represor, mas que adota soluções em termos de penalização em sentido totalmente oposto. Dizendo de outro modo: ao mesmo tempo em que eleva à categoria de crime uma série de ações e omissões que atingem a coletividade (bens jurídicos supraindividuais), circunstância que poderia indicar uma mudança de rumo na caracterização dos tipos penais, cria, paradoxalmente, alternativas das mais variadas à pena de reclusão. Ou seja, com esse proceder, de um lado o *establishment* - representado por setores governamentais (não há mudança de postura nos diferentes governos nas últimas décadas) e aqueles oriundos da comunidade jurídica historicamente encarregados de conduzir as “reformas” penais-processuais - dá uma resposta às queixas contra a impunidade e, de outro, *promove-se um discurso conciliador*, “adaptado” à falta ou precariedade de recursos penitenciários e aos reclamos dos setores minimalistas do direito penal. Busca-se, assim, “contentar” os dois setores mais expressivos do direito penal pátrio. Nesse sentido, basta ver os benefícios trazidos pela Lei 9.714, *pela qual muito raramente algum crime do colarinho branco fica excluído da “pena alternativa”* (geralmente, pagamento de cestas básicas, “penalização” essa, aliás, visivelmente desmoralizada de há muito): toda pena que não ultrapassa a quatro anos pode ser substituída por prestação de serviços à comunidade, cestas básicas, etc. Na medida em que, na prática, dificilmente algum crime dessa espécie tem pena concretizada que ultrapasse esse patamar, tem-se institucionalizada a impunidade, mormente se examinarmos o tratamento dado aos demais delitos que não afetam bens supraindividuais. Note-se que o *favor legis* previsto na Lei 9.714 – nitidamente elaborada no contexto aqui explicitado - atinge, inclusive, os crime de tráfico de entorpecentes. Ou seja, um crime é hediondo e, ao mesmo tempo, passível de receber substituição da pena...!

Em sentido oposto ou no mínimo em uma linha acentadamente crítica em relação à dogmática jurídico-penal dominante, há os que defendem uma intervenção cada vez menor do direito penal, não importando a natureza dos crimes. Seus

9 “A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Terra aprovou [em 29 de novembro de 2005] por 12 votos a 1 relatório do deputado Abelardo Lupion (PFL-PR), que propõe projeto de lei que classifica invasões de terras como atos terroristas (sic), além de transformar em crime hediondo saques e invasões de propriedades privadas (sic). Antes, por 13 votos a 8, a CPMI da Terra rejeitou o documento do relator, deputado João Alfredo (Psol-CE)”. In <http://www.srb.org.br/modules/news/article.php?storyid=1576>.

defensores aludem que o aumento das penas e da repressão acarreta aumento da criminalidade.¹⁰ Os juristas que perfilham esse entendimento – com forte influência da doutrina de Luigi Ferrajoli – aceitam apenas a existência de bens jurídicos de “carne e osso”. Embora preocupados – *registre-se, de forma acertada, diligente e democrática* – com o arbítrio estatal e com as mazelas e misérias do direito penal e do processo penal, tais juristas incorrem igualmente em um paradoxo, porque, ao repudiarem o uso do direito penal para o enfrentamento das infrações que lesam bens jurídico-sociais (supra-individuais), *deixam de lado esse importante mecanismo para o alcance daquilo que o próprio Ferrajoli denominou de “direitos sociais máximos”,* circunstância que possibilita, em um segundo momento, a partir da implantação da justiça social, um “direito penal mínimo”, igualmente por ele proposto.

Nesse sentido, entendo que o enunciado “direito penal mínimo - direito social máximo” traduz-se em uma equação que desembarca tardiamente em países de modernidade tardia, onde não houve *welfare state*. E, convenhamos, mesmo nos países em que o Estado Social foi/é uma realidade, o direito penal continua a ser utilizado no combate de crimes que tratam de bens jurídicos “sociais” (supraindividuais), ou seja, na Europa ninguém tem dúvidas, por exemplo, que os crimes fiscais e outros desse jaez devem ser punidos com rigor. Dito de outro modo: direito penal mínimo e direito social máximo é um paradoxo em países de modernidade tardia.

Finalmente, há um terceiro grupo de juristas que defende um direito penal fulcrado eminentemente no papel dirigente que a Constituição fornece para a proteção de bens jurídicos, circunstância que terá reflexos na visão acerca do processo penal. Esse grupo propugna por uma atuação mais forte do direito penal no terreno da repressão das condutas que lesam bens jurídicos de feição supraindividual. Para estes – e aqui me incluo – o direito penal seria (também) um importante instrumento de transformação da sociedade, espécie de “braço armado da Constituição”, nas palavras de Paulo Ferreira da Cunha: não armado para servir a ela, mas para, imbuído dos seus princípios, servir a sociedade. Ou seja, não é direito de duplicação,

10 Muitos criminólogos, especialmente os que fundamentam teoricamente suas pesquisas e estudos no paradigma da reação social, poderão afirmar que o aumento da criminalidade tem ocorrido exatamente em função da ampliação do sistema normativo repressor. Mas esta é uma afirmação de difícil sustentação, e cuja validade é altamente questionável e duvidosa. Ela pode ser tomada como verdadeira para as condutas que passaram, por exemplo, a ser consideradas como delituosas, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, por força de normas incriminadoras que surgiram como instrumentos jurídicos de regulamentação infraconstitucional penal de dispositivos presentes no texto da Magna Carta brasileira. Entretanto, *a mesma afirmação não pode ser alçada a uma condição equivalente de veracidade quando referente à criminalidade tradicional, à econômica, à tributária, e às violações criminais a uma série de outros bens que já eram anteriormente protegidos pela legislação penal.*

mas direito que fundamentalmente estrutura a ordem jurídica e lhe dá uma especial feição. Isto é: não se trata apenas do conhecido fenômeno de constitucionalização do direito penal, mas do reconhecimento do mesmo como matéria que, não sendo de Direito Constitucional próprio sensu, é juridicamente constitucional, ou fundante.¹¹

Trata-se de uma postura que visa agregar às conquistas do direito penal clássico as perspectivas exurgentes do novo paradigma constitucional, isto é, o direito deve ser capaz de algo que vá muito além de servir de proteção contra os arbítrios estatais. Sem abrir mão da proteção contra qualquer forma de arbítrio, busca-se fórmulas capazes de proteger a cidadania “positivamente”, isto é, proteção não significa somente proteção negativa, mas, também, proteção positiva, a partir de atitudes estatais tendentes a proteger os direitos fundamentais. Nesse contexto, também o direito penal pode servir de contributo para o resgate das promessas da modernidade, por exemplo, para, como *ultima ratio*, o combate às condutas lesivas à cidadania, que corrompem as estruturas da sociedade, como a corrupção, a lavagem de dinheiro, a sonegação de tributos, o tráfico de entorpecentes. Parte-se da premissa de que, nesta quadra do tempo, existem condutas que, inequivocamente, não prescindem da proteção penal, é dizer, não há como substituir a proteção penal,¹² circunstância que assume características muito peculiares em países periféricos, em que as camadas dominantes historicamente ficaram distantes (e até mesmo blindadas) da ação do direito penal e onde a delinquência do colarinho atinge patamares inimagináveis.

Dito de outro modo, não há dúvida, pois, que as baterias do Direito Penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas preferentemente para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado e *aqueles que protegem os direitos fundamentais* (honra, por exemplo, que é cláusula constitucional pétrea) e *delitos que protegem bens jurídicos inerentes ao exercício da autoridade do Estado* (desobediência, desacato), *além da proteção da dignidade da pessoa, como os crimes de abuso de autoridade, sem falar nos bens jurídicos de índole transindividual* como os delitos praticados contra o meio ambiente, as relações de consumo, etc.

11 CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição do Crime*. Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp.89 e 90).

12 Ressalte-se, aqui, que há autores que chegam a colocar em dúvida essa “alternativa” entre direito penal e outras medidas aptas para proteção do bem jurídico, pela simples razão de que, relativamente aos bens constitucionais “significativos”, a sanção penal *deve* ser adotada *mesmo* que se pudessem conseguir os interesses da disciplina recorrendo a outras sanções; em caso contrário acentuar-se-ia o papel pragmático do direito penal e instrumental da pena, com prejuízo de sua *função estigmatizante* e da *reafirmação do valor tutelado*. DOLCINI, Emilio e MARINUCCI, Giorgio, *Constituição e escolha dos bens jurídicos*. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, n. 4, 1994, p. 184

2.1 A CONSTITUIÇÃO COMO REMÉDIO CONTRA MAIORIAS

Não há dúvida, pois, que o legislador está umbilicalmente obrigado a legislar de acordo com a Constituição, entendida no seu todo principiológico (seu conteúdo material), sendo os princípios a condição de possibilidade do sentido da Constituição (não se olvide que princípios são normas e, portanto, vinculam!). Nenhuma lei pode ser editada se qualquer de seus dispositivos confrontar um princípio da Lei Maior. É por isso que a Constituição é um remédio contra maiorias.

No contemporâneo constitucionalismo, uma das conquistas reside exatamente na nova configuração da relação entre os poderes do Estado. A renovada supremacia da Constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade. Com as Constituições democráticas do século XX, outro aspecto assume lugar cimeiro: trata-se da circunstância de as Constituições serem erigidas a condição de norma diretiva fundamental, que dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais (direitos sociais, direito à educação, à subsistência, à segurança, ao trabalho, etc). A nova concepção de constitucionalidade une precisamente a idéia de Constituição como norma fundamental de garantia, com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental.¹³

Nenhum campo do direito está imune dessa vinculação constitucional. Consequentemente, na medida em que a Constituição é o alfa e o omega do sistema jurídico-social, ocorre uma sensível alteração no campo de conformação legislativa. Ou seja, a partir do paradigma instituído pelo novo constitucionalismo e a partir daquilo que o Estado Democrático de Direito representa na tradição jurídica, o legislador não mais detém a liberdade para legislar que tinha no paradigma liberal-iluminista. Nesse (novo) contexto, a teoria do bem jurídico, que sustenta a idéia de tipos penais no Direito Penal, igualmente passa a depender da materialidade da Constituição. Não pode restar qualquer dúvida no sentido de que o bem jurídico tem estrita relação com o todo constitucional, representado pelos preceitos e princípios que encerram a noção de Estado Democrático e Social de Direito.

No campo do direito penal, em face dos objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecidos expressamente na Constituição (erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, direito à saúde, proteção do meio-ambiente, proteção integral à criança e ao adolescente, etc), os delitos que devem ser penalizados com (mais) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou outra,

13 Cfe. FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 1998.

obstaculizam/dificultam/impedem a concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático. Entendo, assim, que, de forma exemplificativa, é possível afirmar que os crimes de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro e corrupção (para citar apenas alguns) *merecem do legislador um tratamento mais severo que os crimes que dizem respeito as relações meramente inter-individuais* (desde que cometidos sem violência ou grave ameaça, é óbvio).

É possível afirmar, com razoável firmeza, que há, nos processos de criminalização e descriminalização, uma necessidade de harmonização desses valores constitucionalizados, sem perder de vista a importância particularizada de cada um deles para a concretização de um pacto social que não privilegia de forma absoluta a autodeterminação dos indivíduos. Existe este espaço de autodeterminação, mas ele não pode ser considerado desde um enfoque libertarista ou liberalista, nos quais se considera que os indivíduos não necessitam de nenhum contexto social para desenvolver e exercer suas capacidades. A autodeterminação, noutro sentido, deve ser conceitualizada desde a consideração de que esta capacidade somente pode ser exercida em um tipo particular de sociedade, com um certo entorno social.¹⁴ Conseqüentemente, torna-se necessário que diferenciemos bens individuais de bens sociais, para que se torne possível a adequada tutela dos mesmos por via de lei penal, o que não se verificou na lei n. 10.259. Isto implica a renúncia da neutralidade estatal liberal, uma vez que o Estado neutro não pode defender adequadamente o ambiente social necessário para a autodeterminação.

Nesse sentido, *não parece razoável* supor que delitos como porte ilegal de arma (nesse sentido, houve alteração na legislação, posteriormente), abuso de autoridade, desacato, desobediência, crimes contra crianças e adolescentes, crimes contra a ordem tributária, crimes nas licitações, para citar apenas alguns, possam ser epitetados como de *menor potencial ofensivo* (sic) a partir de uma simples formalidade legislativa. A propósito: *alguém acredita que o crime de abuso de autoridade ou o crime de abandono de recém nascido sejam infrações com pequeno potencial ofensivo?* Ou não tem muita importância a autoridade abusar do cidadão, o empresário sonegar tributos, o desacato à autoridade constituída, ou, ainda, que alguém abandone um recém nascido? Através de uma “penada legislativa”, tais infrações adquiriram o status de “crimes proto-insignificantes”, “soft crimes” ou “crimes quase-bagatelares”, senão propriamente “crimes de bagatela”.

14 Ver a respeito KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea. Una introducción.* Barcelona: Editorial Ariel, 1995, p.239 e segs.

3 O PRAGMATISMO INCONSEQÜENTE DAS LEIS 10.259/01 E 11313/06

Sejamos claros: estamos diante de uma arrematada ficção metafísica, onde se perde totalmente aquilo que na fenomenologia hermenêutica chamamos de diferença ontológica. O legislador parece ter recebido uma nítida inspiração sofisticada-nominalista, como a de um personagem de Alice no País das Maravilhas, que diz: “*Eu dou às palavras o sentido que quero!*” Ou seja: *Não há tradição (no sentido hermenêutico). Há uma nomeação!* Ou seja, para o legislador, o crime não é de menor ou maior potencial ofensivo porque exsurgente de uma relação tipo penal-bem jurídico, mas, sim, porque a lei o nomina de “menor potencial ofensivo”.

Ora, é evidente que, se por um lado, um crime não é um crime porque o tipo penal, ontologicamente (ontologia clássica), refletiria a essência da coisa designada (concepção realista das palavras de Platão, a partir da qual, p. ex., na palavra estupro estaria a “essência” da “estuprez” – sic), por outro, *também parece evidente que um delito não tem sua concepção de lesividade alterada simplesmente porque recebeu nova denominação* (no caso, o epíteto de menor potencial ofensivo). Para não ir muito longe, até mesmo a semiologia de Saussure poderia dar uma resposta ao problema. Afinal, como dizia o mestre genebrino, *se queres saber o significado de um significante, pergunte por aí...!* Dizendo de um modo mais simples: perguntemos por aí se o cidadão considera que o abandono de uma criança ou o abuso de autoridade são ofensas leves, pequeníssimas, a ponto de poderem ser transacionadas por cestas básicas (sic)?¹⁵

Não tenho dúvidas em afirmar que, desta vez (ou uma vez mais), o legislador foi além de suas chinelas. Logo, deve ser corrigido, consoante será demonstrado no seguimento, tudo na estrita conformidade da jurisdição constitucional.

15 A praxis tem demonstrado dois problemas, que levam à banalização da idéia de transação penal e, assim, dos próprios Juizados Especiais Criminais: o primeiro decorre da construção de “penas alternativas sociais”, representadas pelas já conhecidas “cestas básicas”, sobre o que não é necessário muito dizer; o segundo decorre da equivocada compreensão dos Juizados Especiais, naquilo que diz respeito ao papel dos conciliadores (leigos), que, na prática, assumem o papel de magistrados nos JEC’s. Deixar a cargo dos conciliadores a tarefa de transacionar é abrir mão da função jurisdicional. Quando a Constituição estabelece a presença de conciliadores, o faz em forma de prestação de auxílio. Em nenhum momento o conciliador pode assumir o papel reservado estritamente ao juiz togado. Conciliador não tem função jurisdicional. Não pode ele realizar qualquer ato judicial. *O conciliador sequer ocupa cargo. Apenas exerce uma função administrativa.* Com isto, a tarefa do juiz togado não é meramente a de homologar (ou não) aquilo que os conciliadores conciliaram. A presença física do juiz togado é condição de possibilidade da validade do ato. Entender o contrário é conspurcar a Constituição e sua semiologia. Qualquer transação feita sem a presença do juiz togado é nula, pois.

A questão, pois, é muito mais grave do que possa parecer. A nova Lei 10.259 é típico exemplo de um pragmatismo inconsequente que destrói a diferença. Esse pragmatismo vira ceticismo, porque, na medida em que cada ato humano tem um conteúdo fático, torna-se absolutamente problemático o processamento da validade desse ato. Com efeito, se elimino o elemento diferencial que identifica cada ato (valorado como delito), caio no cinismo, uma vez que tanto faz qual o delito do extenso rol epitetado como de menor potencial ofensivo que vou cometer, porque a punição é a mesma, produto de uma transação.

Por isso, está-se diante de um pragmatismo irresponsável. Ora, a delinquência ocorre quando um ato vulnera algum valor. Ora, no momento que a vulnerabilidade é subsumida em uma espécie de “impunidade de cunho universalizante” – em face da equiparação ad hoc de infrações absolutamente díspares e discrepantes entre si – desaparece a função do direito enquanto interdito. A lei se auto-suprime, em face da possibilidade de todos não mais cumpri-la; logo, não será mais “lei”. Essa “impunidade de cunho universalizante” nada mais é do que o produto de uma pasteurização das transgressões, no interior do qual não dá mais para distinguir um ente de outro. Dizendo de um modo mais simples, pode-se afirmar que, tendo o legislador “isonomizado” (sic) dezenas de punições, é possível delinquir de 50 ou mais modos diferentes, porque exatamente está-se diante de uma “zona cinzenta”, em que todos os gatos são pretos.

Essa isonomização abstrata impede a aplicação concreta do princípio da lesividade.¹⁶ Historicamente este princípio tem desempenhado um papel fundamental na configuração do Estado (Democrático) de Direito, especialmente para evitar aplicações absurdas de pena, ao possibilitar a distinção em fatos efetivamente lesivos e não lesivos. Contrariamente ao expediente legislativo adotado na lei nº 10.259, que considerou a falta de ofensividade abstratamente, o princípio da lesividade somente pode ser aplicado concretamente, o que explica a sua necessária indeterminação significativa.

16 Esse princípio pode ser recebido em dois planos diversos da operacionalização jurídica: no plano da elaboração legislativa e no da aplicação judicial da lei. No primeiro, volta-se o princípio da ofensividade ao legislador no momento de formular o tipo penal, forçando-o a eleger uma espécie fática dotada de um real conteúdo ofensivo dos bens jurídicos mais relevantes; no segundo dirige-se ao juiz e ao intérprete, para impelir-las a averiguar concretamente a existência no fato histórico da lesividade sobre o bem jurídico atingido. Assim, o princípio da lesividade tem dupla tarefa limitadora: a de seleção do objeto destinado a transformar-se em conteúdo da norma penal e a de restrição da destinação da lei penal somente a casos concretos em que efetivamente tenha havido uma lesão ou dano a bem jurídico relevante.

4 DOS OBSTÁCULOS (CONSTITUCIONAIS) À APLICAÇÃO DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Em face disto, respeitando sobremodo opiniões em contrário, entendo estar evidenciado que a lei 10.259 (ratificada pela Lei n. 11.313, de 28.6.2006) *não pode abranger a totalidade dos delitos cujas penas máximas sejam de dois anos*. Isto por várias razões, a seguir delineadas:

4.1 TRATAMENTO IGUALITÁRIO DE BENS JURÍDICOS DÍSPARES: UMA ISONOMIA INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO OU DE COMO NÃO DEVEMOS BANALIZAR/PAUSTEURIZAR O DIREITO PENAL

O dispositivo sob comento encontra sérios obstáculos para a sua aplicação porque, fosse possível aplicar o benefício da transação *a todas* as infrações alcançadas lato sensu pela Lei 10.259, estaríamos, como já dito, solapando a teoria do bem jurídico, eis que colocaríamos em pé de igualdade delitos das mais variadas espécies.

Não se está, à evidência, defendendo a (velha) teoria do bem jurídico subjacente ao atual Código Penal. A teoria do bem jurídico, *filtrada constitucionalmente*, deve estar em consonância com os ditames do novo modelo de Direito estabelecido pelo Estado Democrático de Direito e seus objetivos de resgate das promessas da modernidade e do respeito aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência. *Impossível, destarte, por incompatibilidade constitucional, a permanência da serôdia teoria do bem jurídico que sustenta nosso Código, no interior do qual a propriedade recebe proteção infinitamente superior à vida, à integridade corporal, à honra, etc.* O Código Penal vigente, de há muito, agoniza, pois. Disso parece não restar dúvidas.

O Direito Penal sustenta-se justamente na diversidade dos bens jurídicos que os tipos penais protegem. Assim, torna-se quase que despiendo – pela obviedade que representa (embora isto seja óbvio, esta obviedade deve ser des-velada) – registrar que *não pode uma lei equiparar ou isonomizar delitos como abuso de autoridade, a sonegação de tributos e crimes contra o meio-ambiente, com os crimes de esbulho possessório; rixa (sic) e a ofensa a moral e aos bons costumes (sic)*, os primeiros nitidamente crimes graves, que violam e causam múltiplas lesões a bens jurídicos que vão desde a dignidade humana até os difusos e coletivos, e os segundos, restritos que são ao patrimônio (meramente) individual e comportamental. Simples, pois!

Esta situação impõe que venhamos a repensar e redefinir o princípio da fragmentariedade do direito penal. Originariamente, dentro dos cânones do direito penal liberal, este princípio determina que a zona de incidência da lei penal deva compor-se pelos fatos mais graves, socialmente intoleráveis. Ou seja, há uma delimitação do âmbito penal em relação aos demais ramos do ordenamento jurídico. Poderíamos denominar este aspecto de fragmentariedade externa. Por outro lado a complexidade da sociedade moderna e a conseqüente quantidade de bens que passaram a ser protegidos pela lei penal, impõe que este princípio seja considerado também sob o aspecto interno do ordenamento jurídico-penal, e sob este aspecto, *benefícios como o da transação penal não podem ser concedidos, dentro de um mesmo conjunto de condutas, para bens que expressam um interesse público de alta significação social da mesma forma que se estende para outros de natureza meramente individual.*

Dito de outro modo, *isonomizar* (sic) delitos que lesam bens tão díspares nada mais é do que banalizar/pasteurizar o direito penal, reforçando (ainda mais) a tese de que o direito penal cumpre uma missão secreta na sociedade, qual seja, a de apontar as suas baterias para as camadas excluídas da sociedade, *sem condições de enfrentar, adequadamente, as ditas “transações” do mesmo modo que as camadas incluídas o fazem.*

4.2 O CONCEITO DE “INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO” E O FETICHISMO DA LEI: UMA CRÍTICA NECESSÁRIA

Passados tantos anos desde a entrada em vigor do atual Código Penal, parece(ria) razoável supor que o conceito de bem jurídico, enfim, da densificação do que seja menor ou maior potencial ofensivo, forjados no modelo liberal-individualista, merece(ria)m uma (re)discussão. Afinal, o que significa a expressão “infração de menor potencial ofensivo”? Mais do que isto, é preciso repetir a pergunta: Poderia o legislador – fazendo tábula rasa – isonomizar tipos penais tão discrepantes entre si, envolvendo bens jurídicos tão díspares?

O lugar cimeiro assumido pela Constituição, entendida em sua principiologia, leva, inexoravelmente, ao sopesamento entre os fins almejados pelo Estado e os meios aptos a esse desiderato. A materialidade constitucional guarda relação intrínseca com a modalização do bem jurídico-penal. Veja-se, assim, de pronto, que:

- a) infrações como abuso de autoridade guardam relação com o direito de liberdade, da integridade físico-intelectual e da dignidade da pessoa;

- b) o delito de desacato guarda direta relação com a preservação do princípio da eficiência e da própria noção de interdito consubstanciado na noção de Estado, enquanto produto de uma opção entre civilização e barbárie;
- c) na mesma linha, estão os demais delitos contra a administração da justiça, como o da desobediência;
- d) em alguns casos, a relação bem jurídico-Estado Social e Democrático de Direito aparece com mais nitidez, como é o caso dos crimes de sonegação de tributos;
- e) em outros, a moralidade administrativa assume foros de imperiosa tipificação, como é o caso da corrupção e da lavagem de dinheiro;
- F) finalmente, no que tange aos crimes contra o meio-ambiente, parece absolutamente relevante chamara a atenção para o vínculo teleológico entre os objetivos do Estado Democrático de Direito e a preservação dos direitos transindividuais.

Logo, é a partir dessa intrincada principiologia, norteadora da valorização e mensuração da teoria do bem jurídico, *que devemos estabelecer as condições de possibilidade para o aferimento da noção de infrações de menor (ou maior) potencial ofensivo.* A lei não tem um sentido em-si-mesmo. Tampouco trás ínsito um sentido que possa ser desacoplado (*Auslegung*) pelo intérprete. Há, pois, uma atribuição de sentido (*Sinngebung*), que se dá no contexto de uma situação hermenêutica, a partir da pré-compreensão do intérprete.

Não há, assim, uma liberdade de cunho convencionalista, pela qual o intérprete do direito, ou o legislador, venham a atribuir qualquer sentido aos entes jurídicos. É preciso ter presente que os sentidos não são determinados livremente a partir da consciência de si do pensamento pensante do sujeito-intérprete e nem decorrem da aferição da essência das coisas. O intérprete parte sempre de possibilidades. Esse campo de possibilidades está limitado pela linguagem em que está inserido o intérprete. Há, na esteira do que ensina Gadamer, um mundo daquilo que é “opinável”, não sendo possível atribuir “qualquer” sentido a algo. Apenas são possíveis sentidos *possíveis*. O intérprete engendra o processo interpretativo a partir daquilo que Gadamer chama de indagação objetiva centrada na coisa mesma (*sachliche Fragstellung*).¹⁷ É a coisa mesma (*Sache selbst*), resultante de uma síntese hermenêutica,¹⁸ que evitará a relativização ou a arbitrariedade das interpretações. É a coisa mesma que suplantará a noção metafísica de dedução ou subsunção.

17 Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. Tübingen: Mohr, 1990, pp. 295 e segs.

18 Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) crise*. 7ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

Parece evidente, assim, que a atribuição de sentido acerca do que seja delito de menor potencial ofensivo não pode decorrer de “arbitrariedades semânticas”, “abusos significativos”, ou “extorsões de sentido”. Afinal, como já indicava Shakespeare, no Ato II de Romeu e Julieta, “*Que há num simples nome? O que chamamos rosa, com outro nome não teria igual perfume?*” Desnecessário referir que há um campo de possibilidades - engendrado pela tradição jurídica na qual estamos todos inseridos - que estabelece o limite do sentido e o sentido do limite dessa atribuição de sentido. Delito de menor potencial ofensivo é um sentido atribuível somente a determinadas infrações penais, *cujo sentido se dá a partir dessa indagação centrada naquilo que os juristas têm dito a respeito de cada um dos delitos* (cada delito tem sua peculiaridade, porque viola um determinado bem jurídico).

Ou seja, o sentido se dá a partir dessa “indagação objetiva centrada na coisa mesma”. Hermeneuticamente, não se pode falar de “categorias delituosas” e tampouco de um conceito universalizante de “menor potencialidade lesiva/ofensiva”. Há sempre um determinado delito, pois. *Isto significa poder dizer que a atribuição de sentido não pode decorrer de ficções significativas decorrentes de “nomações legislativas”, sob pena de concordarmos com a idéia de que os significados das coisas variam de acordo com o que queremos que elas sejam, o que nada mais é do que resvalar em direção a um idealismo inconseqüente.*

Por isto, e do mesmo modo, a discussão acerca da interpretação do alcance dos bens jurídicos protegidos pela Lei 10.259 (ou de qualquer outra que venha a tratar desse assunto) não deve ser simplificada, a partir de uma exagerada liberdade de conformação legislativa, pela qual se confere carta branca ao legislador para que, à revelia da Constituição, estabelece, *sponte sua*, e sem qualquer controle advindo da jurisdição constitucional, que o critério para o reconhecimento do que seja “potencial ofensivo” advenha de um *metafísico nominalismo*, fazendo *tabula rasa* de toda teoria do bem jurídico. Ora, o texto legal - que é um ente no seu ser - não pode ser abstraído das condições históricas e nem de sua necessária inserção na sociedade, e que, mais do que isto, *hermenêutica é aplicação; fazer hermenêutica é produzir-atribuir sentido ao texto, que passará a ser norma a partir da interpretação.*

Essa atribuição de sentido (*Sinngebung*), como já dito, não é livre, pois deve levar em conta a Constituição em sua materialidade, isto é, com toda carga eficaz da principiologia. Por isto, em termos de relação social, mergulhando no rio da história, é absolutamente razoável afirmar que o epíteto de menor potencial ofensivo é somente cabível aos delitos bagatelares (soft crimes), onde se enquadram condutas que não apresentam potencial de lesividade e que não tem o caráter de transcendência em relação a terceiros, entendida aqui uma comunidade organizada regida por uma Consti-

tuição que, a toda evidência, hierarquiza bens jurídicos. Neste exato sentido, e até para comprovar a veracidade/plausabilidade da assertiva anterior, poder-se-ia perguntar se alguém tem dúvidas que o crime de sonegação de impostos causa mais danosidade social do que determinados crimes contra o patrimônio individual. Ou se alguém tem dúvidas que o crime de porte de arma apresenta forte (ou maior) potencial ofensivo? Retornando a Saussure: *Se alguém tem dúvidas, pergunte por ai...*

Repito, pois, a pergunta: tinha o legislador carta branca, isto é, tinha ele absoluta discricionariedade para equiparar e estabelecer o elenco de infrações passíveis de receber o epíteto de “menor potencial ofensivo” e, portanto, passíveis de receber o favor legis de transacionar? Tinha o legislador discricionariedade para equiparar/isonomizar crimes do naipe da sonegação de tributos (*de cunho transindividual*, por lesarem milhões de pessoas, cometidos pelas camadas médio-superiores da sociedade), *com delitos de cunho interindividual*, como esbulho, perturbação do sossego (sic), ameaça, esbulho, etc, cometidos, via de regra, pela patulélia?

4.3 A NECESSÁRIA INCIDÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO NA DISCUSSÃO DOS CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DA LEI 10.259/01

As condições de possibilidades para a aplicação do novo dispositivo legal demandam, definitivamente, uma discussão acerca da efetiva inserção do direito penal no âmbito do direito constitucional. Parece não haver dúvida de que o direito penal do Estado Democrático de Direito implica uma *indispensável adequação da tipicidade penal aos valores e princípios constitucionais, discutindo-se os limites à criminalização e a vinculação do poder legiferante aos princípios da Constituição*. Dito de outro modo, é preciso retirar essa espécie de blindagem posta em torna do direito penal, que o torna praticamente imune e imunizado em relação à jurisdição constitucional (afinal, quantos incidentes de inconstitucionalidade foram suscitados nos tribunais nos últimos 20 anos em *terrae brasilis?*).

Isto ocorre porque no campo da assim denominada dogmática jurídica – tecnicista – *ocorre uma metafísica equiparação entre vigência e validade da lei*. Vigente a lei, todos passam a interpreta-la como se fosse produto de uma vontade divina. No máximo, discute-se eventual contradição da lei no contexto das antinomias. Entretanto, no mais das vezes esta é a contradição secundária do problema, *uma vez que a contradição principal se localiza na falta de uma análise que leve em conta a parametricidade constitucional*. É o caso da Lei 10.259, em que até mesmo os setores mais conservadores do direito penal se renderam – cedo – à mera vigência da Lei, sucumbindo diante do “conflito de antinomias”.

Para ser mais claro e incisivo, de há muito estou convicto de que o “legislador” não tem liberdade para *incluir ou excluir tipos penais de leis que visem beneficiar acusados de crimes e tampouco para prejudicá-los*. Do mesmo modo que a hediondez de um crime, isto é, as condições de possibilidades de um determinado delito ser ou não tipificado pela lei como “hediondo”, há de ser perquirida na Constituição (a partir da integridade e da coerência que deve ter o direito) – visto que a lei penal não pode criar tutelas que *desatendam à hierarquia dos bens jurídicos constitucionais e tampouco ignorar o valor atribuído pela Constituição aos interesses de dimensões ultra-individuais e coletivas* – *não tenho dúvida em afirmar que também o elenco dos delitos sob o manto da nova lei 10.259 deve estar condizente com os valores Constitucionais*.

Desse modo, o legislador ordinário, ao estabelecer que *qualquer infração cuja pena máxima não ultrapasse 02 (dois) anos é uma infração de menor potencial ofensivo, sem exigir qualquer outro requisito de ordem objetiva ou subjetiva, violou, frontal e escandalosamente, preceitos fundamentais e a princiologia do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição. Em especial, a violação, nesses casos, é a do princípio da proibição de proteção deficiente (insuficiente), já explicitada retro*. Entre a Constituição e as exigências de uma efetividade quantitativa do sistema penal, o legislador brasileiro optou pelo caminho mais fácil, isto é, por uma pragmática inconseqüente, próximo a uma razão cínica, no interior da qual, como bem ironizava Peter Sloterdijk, invertendo uma famosa frase de Marx (*Sie wissen das nicht, aber sie tun es*), eles sabem o que fazem (e como sabem...), e continuam fazendo do mesmo modo!

Ora, a teoria do delito deve ter utilidade social. Crime é uma ação (interpretada como) típica, ilícita e culpável. A tipicidade é material-substancial. Calha registrar, neste ponto, a lição de Bricola, que conceitua o delito como um fato previsto de forma taxativa pela lei, de realização exclusiva do agente ou reconduzível ao mesmo através de uma atitude culpável (dolosa ou culposa), idônea para ofender um direito constitucionalmente significativo, ameaçado com uma pena proporcional também ao significado do direito tutelado, e estruturalmente caracterizado pelo teleologismo constitucionalmente atribuído à sanção penal.¹⁹ A errônea compreensão acerca da (inexorável) relação entre delito, bem jurídico e Constituição, pode levar à banalização do direito penal. Se o legislador pode tudo, não pode surpreender ninguém que, amanhã, estabeleça em lei que o delito de atentado violento ao pudor, cometido sem violência física, é de menor potencial ofensivo... Afinal, o atentado ao pudor, mediante fraude, já foi incorporado ao elenco dos crimes de menor potencial ofensivo! Fraude à licitação também...!

19 Cfe. BRICOLA, Franco. *Novissimo Digesto Italiano*, Editrice Torinese, 31ª ed., 1957.

5 DO EXAME DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE *STRICTO SENSU* DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DA LEI N.º 10.259/01 - A INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DE INFRAÇÕES INCOMPATÍVEIS COM O *NOMEN JURIS* DE “INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO”: A VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DA *UNTERMASSEVERBOT* (PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE) E A NECESSIDADE DA CORREÇÃO MEDIANTE A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO

É necessário, pois, que se faça um exame acerca da constitucionalidade da citada Lei. Com efeito, *não sendo o Poder encarregado de elaborar as leis livre para estabelecer quais os delitos que podem receber os favores de uma transação penal* (pela simples razão de que não dispunha de carta branca para tal!), a questão deve ser resolvida no âmbito do controle da constitucionalidade, com a necessária intervenção do Poder Judiciário. No mínimo para fazer um apelo ao legislador, técnica muito utilizada pelo Tribunal Constitucional alemão.

No caso em pauta, está-se diante de um típico caso de *declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou, se quiser, inconstitucionalidade sem redução de texto*, técnica derivada do direito alemão (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*) que, aliás, o Supremo Tribunal já vem adotando em nosso direito.²⁰ Muito embora a confusão que se possa fazer entre a declaração de nulidade sem redução de texto com a interpretação conforme a Constituição, deve ficar claro, com Gilmar Ferreira Mendes, que, enquanto nesta se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, naquela ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.²¹

Mais ainda, diz Mendes, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional – e este é o caso em discussão, uma vez que algumas hipóteses penais não podem ser objeto da aplicação da Lei 10.259 –, *dispõe*

20 Nesse sentido, remeto o leitor aos seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: ADIn n. 319, rel. Min. Moreira Alves, DJ 30.04.93, p. 7563; ADIn n. 491, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 137, pp. 90 e segs; ADIn 1370-0-DF.

21 Cfe. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 275.

o Tribunal da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica expressa na parte dispositiva da decisão²² (no caso em exame, o parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259 é inconstitucional se aplicável às seguintes hipóteses: abuso de autoridade, desacato, etc...; ou, *a contrário sensu*, como constou na decisão da ADIn 491, *a norma impugnada só é constitucional se se lhe der a interpretação que este Tribunal entende compatível com a Constituição*).²³ É o que se chama de inconstitucionalidade parcial qualitativa.²⁴

Advertir-se que, em sede de controle difuso, a ser feito pelo juiz singular ou pelo órgão fracionário do Tribunal, a fórmula dirá respeito àquele determinado delito (caso concreto) que está sub judice (obviamente se se enquadrar no elenco de infrações que não poderiam ter sido classificadas como “de menor potencial ofensivo”). Assim: a norma do art. 2º, par. único, da Lei 10.259 é inconstitucional se interpretada no sentido de que o seu âmbito alcance o crime X, por não ser esta uma infração a que se comine o epíteto de “menor potencial ofensivo”; a inclusão da infração X viola o seguinte princípio ou preceito da Constituição... Desnecessário dizer que, na hipótese de controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal deverá elencar o conjunto de delitos que devem ser expungidos do sentido da norma.

Não se pode olvidar que a técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (do mesmo que a interpretação conforme a Constituição) objetiva salvar o texto da lei, apenas com uma nova interpretação. Ou seja, *não se está a dizer que todo o parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259 é inconstitucional*, até porque algumas infrações, de fato, mesmo que suas penas máximas chegam ao limite de dois anos, corretamente devem estar sob a égide dos Juizados Especiais Criminais. Contesta-se apenas *a inclusão de determinados delitos* que, nem de longe, poderiam ter sido epitetados como “de menor potencial ofensivo”. Desse modo, em tais circunstâncias, ao se aplicar a técnica da nulidade parcial sem redução de texto, o dispositivo permanece vigente, *sendo sua interpretação condicionada a uma releitura constitucional*. Tal possibilidade está prevista na Lei 9.868/99,²⁵ onde o legislador reconhece, explicitamente, a possibilidade de o Poder Judiciário aplicar corrigendas aos textos legais aprovados pelo parlamento.

22 Cfe. Mendes, op.cit., p.275.

23 Para uma melhor compreensão acerca do funcionamento dos institutos da interpretação conforme e da nulidade parcial sem redução de texto, ver STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, op.cit., pp. 512 a 536.

24 Exemplo nesse sentido podem ser vistos nos Acórdãos 75/85, 132/85 e 336/86 do TC de Portugal. Cfe. Streck, *Jurisdição*, op.cit., p.477.

25 Ver, para tanto, Streck, *Jurisdição*, op.cit, em especial cap. 11.

Mas, poderia alguém objetar, se ela, a lei (parágrafo único do art. 2º) permanece inteiramente vigente no sistema, o que autoriza o Poder Judiciário a não aplicar essa Lei? Somente uma resposta, *in casu*, é possível: *é porque parte dela – isto é, algumas de suas incidências – é inconstitucional*. Consequentemente, em sede de Tribunal de segundo grau, bastará que se aplique a técnica, sem qualquer necessidade de suscitação do respectivo incidente de inconstitucionalidade.²⁶ Já em sede de julgamento em primeiro grau, bastará que o juiz faça a aplicação da técnica nos moldes aqui preconizados, uma vez que o controle difuso de constitucionalidade concede essa prerrogativa ao magistrado.²⁷ Com efeito, entendo que não há qualquer óbice constitucional que impeça juizes e tribunais de aplicarem a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto.²⁸

Em face do exposto, proponho que, na aplicação do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259 *seja declarada a nulidade parcial do aludido dispositivo sem redução de texto, afastando-se a sua incidência nas hipóteses de infrações penais que, efetivamente, não podem ser classificadas como de menor potencial ofensivo*. À toda evidência, a tarefa de especificar o elenco de delitos que devem ser excluídos não é nada fácil. Se de um lado há um leque de infrações que, nitidamente, devem ser excluídas do rol dos crimes que tenham menor potencial ofensivo, há outro conjunto de infrações que ficam em uma zona cinzenta.

26 Sobre a desnecessidade de suscitação de incidente de inconstitucionalidade nos casos de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, ver meu *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, op.cit, cap. 11.

27 Em face da complexidade que envolve a aplicação das técnicas da interpretação conforme e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, permito-me remeter o leitor ao meu *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, op.cit.

28 Veja-se, neste sentido, interessante exemplo advindo do direito espanhol, mais especificamente a sentença 105/88 do Tribunal Constitucional. Nesse julgamento, esteve em discussão a constitucionalidade do art. 509 do Código Penal, que penalizava com pena de prisão todo aquele que *fosse detido na posse de gazúas ou outros instrumentos destinados a praticar furtos e não pudesse dar suficientes explicações acerca de sua aquisição ou posse*. Apreciando um caso concreto, o Tribunal entendeu que aquele texto normativo era contrário à Constituição (princípio da presunção de inocência), qualquer interpretação do tipo penal que castigue a simples posse dos instrumentos idôneos, isto é, “(...) *en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idôneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito*”. No caso hispânico, o texto permaneceu na íntegra, sendo inconstitucional somente se (ou “enquanto”, “na medida em que” ou “na parte que”, para utilizar a fórmula do Tribunal Constitucional de Portugal) interpretado de determinada maneira. Observe-se, também, a decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha, de 30 de outubro de 1963, interpretando restritivamente o art. 129 do Código Penal, que estabelecia penas de prisão aos membros de associações que promovessem determinadas atividades inconstitucionais. O dispositivo foi considerado válido, desde que se excluísse da noção de “associações” os partidos políticos. Cfe. BÉGUIN, Jean-Claude. *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale D’Allemagne*. Paris, Economica, 1982, p.194.

Entendo a preocupação de setores da comunidade jurídica com a questão de se retirar a incidência de algumas hipóteses previstas pela Lei. Miranda Coutinho²⁹ diz ter sérias dúvidas em deixar para os juizes (ou o judiciário no plano do controle concentrado) a escolha de quais seriam as infrações que não poderiam receber o epíteto de “menor potencial ofensivo”. Segundo o professor paranaense, estar-se-á, assim, retirando do legislador a atribuição constitucional de estabelecer os citados critérios. Muito embora, em tese, haja razões de sobra para essa desconfiança com o Judiciário, há que se entender que a jurisdição constitucional apresenta sempre esse risco, até mesmo quando os juizes (controle difuso) ou o Supremo Tribunal Federal (controle concentrado) atua como “legislador negativo”. As preocupações de Miranda Coutinho são pertinentes. Entretanto, sou mais otimista. Com efeito, entendo que os mecanismos da interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto já estão incorporados na tradição do Estado Democrático de Direito (e até mesmo na legislação brasileira – Lei 9.868). Creio que, em sendo a Constituição remédio contra maiorias, há momentos em que – e a história do constitucionalismo é pródigo em exemplos – a justiça constitucional (difusa ou concentradamente) tem a tarefa de corrigir as distorções operadas por leis que desbordam da Constituição.³⁰ Aliás, o garantismo de Ferrajolli aponta exatamente nessa direção, a partir da distinção entre vigência e validade. Trago a colação, à propósito, julgado da 5ª Câmara Criminal do TJRS, aplicando a técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto:

Penal. Roubo majorado. Circunstância agravante. Crime cometido contra irmã. Controle da constitucionalidade. Agressão aos princípios da igualdade, secularização e racionalidade. Inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 61, inc. II, ‘e’, do Código Penal. – O patrimônio e a integridade da irmã do denunciado, enquanto bens jurídicos, merecem a mesma proteção que é alcançada a qualquer do povo, sob pena de violação ao princípio constitucional da igualdade. – Se a condição parental não facilitou a consumação do crime, tampouco revestiu descumprimento de dever jurídico assistencial ou causou dano psicológico à vítima, não há razão alguma para o acréscimo de pena, pois a valoração de circunstância que em nada altera o juízo de reprovação agride o princípio da racionalidade. – A exasperação da pena, calcada tão-somente no descumprimento de um dever moral de fidelidade de um irmão para com o outro, agride o princípio constitucional da secularização. – *Compete ao julgador fiscalizar a constitucionalidade da lei, supri-*

29 COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Debate acerca da Lei 10.259. Porto Alegre, 16 de agosto de 2002.

30 Sobre o problema que envolve o “ativismo judicial” e o perigo que isso representa, estou plenamente de acordo com esse temor. Permito-me, nesse sentido, remeter o leitor para o meu Verdade e Consenso, Lumen Juris, Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

mindu, dentre seus sentidos possíveis, aqueles incompatíveis com os preceitos constitucionais utilizando-se da técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (lição do Prof. Lenio Luiz Streck). – À unanimidade, deram parcial provimento ao apelo (TJRGS – Ap. 70004388724 – Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho).

De todo modo, como se trata de aplicar a técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, pela qual retiraremos a incidência do parágrafo único do artigo 2º em alguns tipos penais, é possível deixar assentado, desde já e com razoável margem de segurança, *um rol inicial de delitos que jamais poderiam ter sido epitetados como “de menor potencial ofensivo”*. Ou seja, a pergunta que cabe é: a transgressão a um delito que está umbilicalmente ligado a um bem jurídico protegido pela Constituição pode ser classificado como de menor potencial ofensivo? Se a resposta for negativa, está diante de uma indevida inclusão no rol estabelecido pela Lei 10.259. Assim, não são – e não podem ser assim epitetadas – de menor potencial ofensivo as seguintes infrações penais:

- a) EXPOSIÇÃO OU ABANDONO DE RESCÉM NASCIDO (art. 134) e SUBTRAÇÃO DE INCAPAZES (art. 249): a inserção destes crimes no rol de infrações de menor ofensivo viola explicitamente os arts. 1º, III, e 227 da CF; a criança e o adolescente recebem especial tratamento constitucional, não podendo o legislador, de forma ficta, retirar a gravidade da ofensividade de tais infrações, existentes no sistema para proteger esses relevantes bens jurídicos.
- b) VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO, cometido durante a noite ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma ou por duas ou mais pessoas (art. 150, par. 1º): não há liberdade de conformação do legislador para transformar esse crime em “quase bagatela”, pela simples razão de que a casa é o asilo inviolável do cidadão, cláusula pétrea constitucional. Não se pode olvidar que há uma contradição em si mesma nessa “inclusão” no rol das infrações de menor potencial ofensivo, traduzido pelo próprio tipo penal: um crime cometido com emprego de violência ou de arma... Logo, há que se indagar: onde está a “lesividade *light*” desse crime?
- c) FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO POR LEI TRABALHISTA (art. 203), cuja pena de 1 a 2 anos foi estabelecida recentemente pela Lei 9.777/98: a toda evidência, trata-se de bem jurídico visceralmente ligado aos capítulo dos direitos sociais previstos na Constituição Federal. Não parece razoável supor que a violação de um direito trabalhista assegurado

por lei (leia-se, fundamentalmente, a Constituição da República) possa vir a ser considerado como infração de baixa lesividade (*soft crime*).

- d) ATENTADO AO PUDOR MEDIANTE FRAUDE (art. 216): a inclusão deste crime no rol dos que têm menor (ou baixo) potencial ofensivo aponta para a flagrante violação do princípio da dignidade humana e da liberdade sexual. Nem de longe é razoável supor que o legislador tenha liberdade de conformação para “transformar” um delito dessa jaez em um crime passível de transação penal.
- e) DESACATO (art. 331), DESOBEDIENCIA (art. 359) e FRAUDE PROCESSUAL (art. 347): a inclusão destes crimes no rol de infrações “proto-bagatelares” representa confronto com o princípio da eficiência do Estado (art. 37, caput, da CF), sem mencionar a função do Estado e do Direito enquanto interditos. Parece arrematada ficção (ou irresponsabilidade legislativa) “fazer pouco caso” de delitos que objetivam proteger bens jurídicos que dizem respeito ao exercício da autoridade pelo Estado soberano, que deve zelar pela eficiência da administração lato sensu e pela probidade administrativa. Numa palavra: admitir que uma fraude processual tenha “menor potencial ofensivo” é colocar uma pá de cal na teoria do bem jurídico!
- f) *CRIMES CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA* (art. 2º da Lei 8.137): sua inclusão no rol de infrações de menor potencial ofensivo ofende frontalmente o art. 3º, I, III, 4º, II, da CF, normas-programa que apontam para a construção de um Estado Social, representado por uma sociedade justa e igualitária, com a obrigação da erradicação das desigualdades sociais, pelas quais, à toda evidência, crimes como sonegação de impostos, não podem ser equiparados - e nem receber o mesmo *favor legis* - a crimes como esbulho, dano ou qualquer contravenção penal etc... (aqui, a violação é do art. 5º, caput), além da violação dos princípios constitucionais como da proporcionalidade e da razoabilidade (a Lei 10.259 representa um desvio de finalidade em relação à Lei 8.137); além de que é absolutamente despropositado a Constituição apontar para a realização de um Estado Social, onde está ínsita a tese de que o recolhimento de impostos é um caminho privilegiado da efetivação de direitos sociais (saúde, educação, etc), (há, sem dúvida, um dever fundamental de pagar impostos) e ao mesmo tempo uma Lei ordinária (des)classificar o crime de sonegação de tributos para a classe de infrações de “menor potencial ofensivo”, *ao ponto de considera-lo menos ofensivo que o crime de furto simples*. A violação da Constituição é, mais do que visceral, escandalosa.

- g) CRIMES AMBIENTAIS (art. 45 da Lei 9.605): esta espécie de tipo penal protege bens jurídicos de terceira dimensão, albergados no art. 225 da CF); a aceitar a tese do legislador, é mais grave – isto é, bem mais grave – “passar” um cheque sem fundos do que incendiar uma floresta. Trata-se de flagrante violação de bens jurídicos de índole transindividual. Veja-se, aqui, que em determinadas hipóteses também será possível aplicar a técnica da nulidade parcial sem redução de texto para afastar a incidência de tipos penais que, embora façam parte do rol dos “crimes ambientais”, ensejam a aplicação, em algumas hipóteses, na cláusula da proibição de excesso (*Übermassverbot*).
- h) CRIMES COMETIDOS CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE (arts. 228, 229, 230, 232, 234, 235, 236, 242, 243 e 244 da Lei 8.069): a inserção destes crimes no rol de infrações de menor ofensivo viola explicitamente os arts. 1º III e 227 da CF. Uma simples leitura do rol de crimes previstos no ECA e, agora, reunidos sob a denominação de “menor potencial ofensivo”, demonstra o pragmatismo inconseqüente do legislador. Com efeito, como convencer o homem de “*la caje*”, que o ato de ministrar ou entregar a uma criança produtos que causem dependência física (como substâncias tóxicas), seja um “*soft crime*”? E o ato de privar a criança ou o adolescente de sua liberdade? É ato a ser considerado de baixa lesividade, a ponto de a punição ser “barganhada”? Não se ignora, aqui, a importância da subsidiariedade. Entretanto, e isto vale para todos os delitos aqui delineados, é exatamente o limite da subsidiariedade que deve ser questionado.
- i) CALÚNIA (art. 138), DIFAMAÇÃO (art. 139) e INJÚRIA (art. 140), porque os crimes contra a honra, assim como outras infrações (abuso de autoridade, etc) devem ser analisados a partir de duas questões, que impedem sua inclusão no rol dos Juizados Especiais Criminais. Ou seja, não fosse a impossibilidade de inclusão de determinados tipos de infrações pelas razões já apontadas, há outro obstáculo que impede a competência dos JEC's. Assim, especificamente com relação aos crimes contra a honra, sua inclusão no elenco de delitos de menor potencial ofensivo viola cláusula pétrea constitucional, conforme previsão no art. 5º, X, da Constituição. Fazendo um raciocínio bem simples, é possível dizer que, se a Constituição estabelece a honra como cláusula pétrea, não é possível admitir que o legislador tenha liberdade de conformação para transformar os crimes cometidos contra a honra em infrações de menor potencial ofensivo. A se admitir tal liberdade, admitir-se-á também a própria descriminalização dos crimes contra a honra.

- j) CRIMES OCORRIDOS NAS LICITAÇÕES (arts. 93, 97 e 98 da Lei 8.666), porque sua capitulação como de menor potencial ofensivo viola o princípio da moralidade administrativa (art. 37, caput, da CF). Veja-se o paradoxo: fraudar licitações passou a ser “soft crime”; enquanto isto, o furto continua sendo um “hard crime”!!!
- l) CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE, porque sua inserção no elenco das infrações de menor potencial ofensivo é escandalosamente inconstitucional, uma vez que se trata de um delito que tem como bem jurídico fundante a dignidade da pessoa, sua integridade física, não possuindo o legislador qualquer liberdade de conformação para incluir este delito no rol daqueles que podem ser transacionados...

Por derradeiro, releva registrar que *o elenco acima especificado não esgota a matéria*. Trata-se, apenas, de delinear as bases de uma discussão acerca de um rol de infrações que, com uma margem mínima de incerteza, deve ser excluído da classificação de “menor potencialidade ofensiva”.

7 À GUIA DE CONCLUSÃO – ESCLARECIMENTOS FINAIS

A presente proposição de que se expunja do elenco de delitos aqueles que não poderiam ter recebido o selo de “infrações de menor potencial ofensivo” não significa que, para estes, estar-se-á apontando a pena de prisão como solução. *Longe disto*.³¹ O que ocorre é que já existe a Lei 9.714, que considerou passíveis de receber o benefício de substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas a todos as penas concretizadas que não ultrapassem o limite de 04 (quatro) anos, e desde que estes não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Em consequência, parece despidendo alertar para *a diferença que existe entre crimes passíveis de transação*, que têm o condão de até mesmo evitar a ação penal (o que ocorre em 90% dos casos), e *aqueles delitos que*, concretizadas as penas, *podem receber a substituição da pena por restritivas de direitos*. Portanto, os delitos que, expungidos do rol

31 Aliás, é relevante registrar que há um considerável elenco de infrações que, de fato, necessitam receber o epíteto de “condutas bagatelares” ou infrações de baixa lesividade, às quais se destinam os Juizados Especiais Criminais. Para respeitar a teoria do bem jurídico, parece evidente que o legislador deveria elaborar uma adequada classificação dessas infrações. Conforme já deixei registrado em outros textos (v.g., Tribunal do Júri, 4ª ed., Livraria do Advogado, 2001), as condutas hoje enquadradas como contravenções devem todas sofrer uma redefinição. O atual cenário das condutas contravençionais aponta para uma recepção destas, em face do princípio da secularização do Direito. O Estado não pode punir, criminalmente, vícios e condutas dos cidadãos, questão que fica bem clara à luz do garantismo ferrajolano.

que os epitetou de menor potencial ofensivo, podem, sempre, receber a substituição de penas por restritivas de direitos. Em caso de descumprimento, há a conversão em pena privativas de liberdade. Não é o caso da transação. O mesmo se diga em relação à suspensão do processo prevista na Lei 9.099.³²

E não se diga que, ao restringir o uso da nova Lei, estar-se-á fazendo uma analogia *in malam partem* ou uma interpretação *in pejus*, ou, ainda, uma violação do princípio da legalidade. Não há analogia *in malam partem* em relação ou contra à Constituição. Há que deixar claro, de uma vez por todas, que o legislador não tem discricionariedade para estabelecer tipos, penas e favores legais. É sempre possível exercitar o controle de constitucionalidade. Em outras palavras, não há liberdade de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a des-criminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais.

A norma penal – como qualquer outra – não está blindada contra o controle de constitucionalidade (entendido em sua profundidade, que engloba as modernas técnicas ligadas à hermenêutica, como a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto, o apelo ao legislador, etc). Não se ignora que a proteção de bens jurídicos não se realiza somente através do Direito Penal. O Direito Penal não deve intervir quando há outros meios de proteger os bens em questão. Isso é óbvio. A pena tem a missão de proteger subsidiariamente os bens jurídicos. Entretanto, não há precedentes que comprovem que bens jurídicos não insignificantes possam ser protegidos tão somente por medidas administrativas.

Veja-se a recente Lei (Lei Maria da Penha), que dá um tratamento rigoroso, via direito penal, às agressões contra mulheres (transformando, inclusive, tais agressões em violações aos direitos humanos). Malgrado às discussões acerca de pontuais inconstitucionalidades,³³ o advento da Lei Maria da Penha poderá incrementar, inclusive, o debate acerca da ação penal nos crimes de violência sexual. Mesmo que a referida Lei contenha inconstitucionalidades, deve-se ter cuidado para que não se faça uma leitura despistadora e com isso reforçar a banalização da violência contra a mulher como já o fez a Lei dos Juizados Especiais, que, no fundo, ao

32 Claro que há sérias dúvidas acerca da própria constitucionalidade da Lei 9.714, que, a exemplo da Lei 10.259, *isonomizou delitos absolutamente discrepantes.*

33 Para referir, nesse sentido, v.g., a violação do princípio da isonomia na proibição de aplicação dos benefícios do JEC, com o que restaria violado o princípio da proteção por excesso (*Übermassverbot*); também a questão do descumprimento do princípio da taxatividade no art. 7°, porque a Lei fez constar a punição de um rol de crimes, “entre outros” (sic); não e pode deixar de cogitar da inconstitucionalidade da Lei no que tange ao enfraquecimento dos requisitos para a prisão preventiva, com o que se o risco de ser banalisada; ainda é possível questionar, no plano constitucional, o excesso de poderes conferidos ao juiz, atropelando o princípio acusatório.

retirar do Ministério Público a iniciativa privativa da ação penal nos crimes de lesão corporal, permitiu que a tradicional relação de dependência da mulher ao marido ou companheiro seja motivo de “retiradas” cotidianas da representação penal. Assim, *v.g.*, não pode ser tachado de inconstitucional o artigo 16, ao estabelecer que, nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata a referida Lei, somente será admitida a renúncia à representação (que representa o “perdão ao ofensor”) perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público. Trata-se de medida que (re)introduz o Estado no âmbito da proteção dos direitos da mulher, de certo modo “privatizada” para Lei dos Juizados Especiais. E isso tudo pode servir de mote para que rediscutamos a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

Numa palavra final, considero correta a assertiva de Roxin, para quem o legislador deve recorrer, subsidiariamente, à contravenção e à multa administrativa, em vez da incriminação e à pena, somente quando a perturbação social pode ser anulada com a sanção menos onerosa. É evidente que esse limite é difícil de traçar. Entretanto, assevera, *no campo nuclear do Direito Penal as exigências de proteção subsidiária de bens jurídicos requerem necessariamente um castigo penal em caso de delitos de um certo peso*. Em contrapartida, diz Roxin, ainda que em princípio se incluam condutas como o furto e a fraude (estafa) neste “âmbito nuclear” de exigência de punição por parte do Direito Penal, nada se oporia a que os casos de bagatelas neste campo (p. ex., furto de gêneros comestíveis) fossem tratadas como contravenções.³⁴ Observe-se, desse modo, que a discussão dos limites entre condutas que devem ser consideradas como crimes e as que devem ser epitetadas como contravenção, primeiramente é de tipo quantitativo; entretanto, quando se ultrapassa o terreno das condutas “bagatelares” – assim entendidas na tradição jurídica – *a discussão necessariamente assumirá foros qualitativos*. E é neste ponto que a Constituição deve ser o topos conformador dos critérios de aferição do conceito de “delitos puníveis com pena de prisão, substituíveis por restritivas de direito ou não, e as condutas que podem ficar no âmbito contravençional ou no terreno da transação penal”. *De certo modo, delitos de menor potencial ofensivo nada mais são do que condutas contravençionais*. O problema, portanto, enquanto permanecer no terreno das infrações que, de fato, não oferecem maior potencialidade lesiva, pode ficar restrito – e ser resolvido – *a partir de critérios objetivos-quantitativos; no entanto, quando se tratar de infrações que atinjam bens jurídicos que longe estão daquilo que a tradição tem classificado como infrações bagatelares, está-se, inexoravelmente, diante de uma aferição qualitativa*, razão pela

34 Cfe. ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*, Tomo I. Madrid, Civitas, pp. 72 e 73.

qual deverão ser discutidas as condições de possibilidade, à luz do conceito material de delito, da inclusão ou exclusão de determinadas infrações do conceito de “menor, médio ou maior potencial ofensivo”.

Registre-se, por fim, que a crise que atravessa a dogmática jurídica tem obstaculizado a necessária filtragem hermenêutico-constitucional do direito penal. Vige, ainda, a crença no caráter fetichista da lei, *no interior do qual confunde-se vigência com validade*. Dai a necessária constitucionalização do direito. Por vezes penso dar razão a Jimenez de Azua, quando disse, certa vez, que, ao se promulgar uma nova Constituição, dever-se-ia fazer novos Códigos, para evitar a aplicação das leis anteriores (fruto do sistema constitucional derogado) ao arrepio do novo fundamento de validade (novo modelo de Direito representado pela nova Constituição). Nessa linha, em vista do total desrespeito ao texto constitucional e permitindo-me ser irônico, acrescentaria ao dizer de Azúa que talvez o constituinte brasileiro de 1988 devesse ter incluído um dispositivo, *determinando que todas as leis que viessem a ser feitas a partir daquela data deveriam respeitar o conteúdo formal e material da Constituição, sob pena de serem inconstitucionais...*

REFERÊNCIAS

- BÉGUIN, Jean-Claude. Le contrôle de la constitutionnalité des lois em République Fédérale D'Allemagne. Paris, Economica, 1982.
- BRICOLA, Franco. Novíssimo Digesto Italiano, Editrice Torinese, 31ª ed, 1957.
- COPPETTI, André. Direito Penal e Estado Democrático de Direito, Livraria do Advogado, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Debate acerca da Lei 10.259. Porto Alegre, 16 de agosto de 2002.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. A Constituição do Crime. Coimbra, Coimbra Editora, 1998.
- DOLCINI, Emilio e MARINUCCI, Giorgio, *Constituição e escolha dos bens jurídicos. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, n. 4, 1994.*
- FELDENS, Luciano . A Constituição Penal. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.
- FIORAVANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales. Madrid, Trotta, 1998.
- GADAMER, Hans-Georg. Wahrheit und Methode. Tübingen: Mohr, 1990.
- KYMLICKA, Will. Filosofia política contemporânea. Una introducción. Barcelona: Editorial Ariel, 1995.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1998.
- ROXIN, Claus. Derecho Penal – Parte General, Tomo I. Madrid, Civitas, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem Jurídico e Constituição: os limites da liberdade de conformação legislativa e a aplicação (corretiva) da nulidade parcial sem redução de texto (teilnichtigerklärung ohne normtextreduzierung) à Lei dos Juizados Especiais*.

SARLET, Ingo. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, nº 98, junho/2005.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra, FDUC, vol. LXXX, 2004.

_____. *Hermenêutica Jurídica E(m) crise*. 7ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

_____. *Verdade e Consenso, Lumen Juris, Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

