

DOCTRINA NACIONAL

CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DE CRIMES E COMINAÇÃO DE PENAS

JUAREZ TAVARES

Professor de Direito Penal na Universidade do Rio de Janeiro e Procurador da República

1. Introdução. 2. A proteção à dignidade da pessoa humana. 3. A proteção de bem jurídico. 4. A necessidade da pena. 5. A intervenção mínima. 6. A proporcionalidade. 7. As categorias lógico-objetivas.

1. Introdução

1. Os juristas geralmente se ocupam do Direito Penal como direito legislativo, constituído de um conjunto de normas incriminadoras e algumas regras gerais destinadas à sua aplicação.

O Direito Penal, no entanto, deve ser compreendido no contexto de uma formação social, como matéria de prática social e política, como resultado de certo processo de elaboração legislativa, onde a estrutura jurídica se afirma em suas relações com as forças sociais hegemônicas, atuantes no Parlamento. Hoje, pode-se dizer que a norma incriminadora não é um ente meramente abstrato e neutro, como pensava Kelsen,¹ como forma exclusiva de imposição de deveres para a satisfação da ação própria de sancionar, mas o sucesso da interação dos interesses que se manifestam no processo de sua elaboração. Desconsiderar esse aspecto material da formação da norma será condenar a formulação jurídica a um jogo de mero exercício lógico, sem qualquer validade para as necessidades sociais de seus reais destinatários.

É nessa consideração que adquire importância a questão dos critérios

usados ou acolhidos pelo legislador para a formulação das normas incriminadoras. A análise desses critérios, a imposição de seus limites, a determinação do suas bases materiais e a crítica de sua utilização se afiguram como condição e exigência dos princípios constitucionais de defesa das liberdades individuais e do regime democrático.

2. Analisando atentamente o processo de elaboração das normas incriminadoras, a partir primeiramente do dado histórico e depois do objetivo jurídico por elas perseguido, bem como o próprio enunciado típico das ações proibidas ou mandadas, chega-se à conclusão inicial, embora trágica, de que efetivamente, na maioria das vezes, não há critérios para essa elaboração. Isto pode parecer panfletário, à primeira vista, mas retrata fielmente a atividade da elaboração legislativa.

Estudos de Haferkamp na Alemanha² e Weinberger na França³ demonstram que, com a institucionalização do poder político, a elaboração das normas se expressa como evento do jogo de poder efetuado no marco das forças hegemônicas atuantes no Parlamento. A norma, portanto, deixaria de exprimir o tão propalado interesse geral,

cujas simbolizações aparecem como justificativa do princípio representativo, para significar muitas vezes simples manifestação de interesses partidários, sem qualquer vínculo com a real necessidade da nação.

Antes disso, o consagrado Ripert, bem e oportunamente lembrado por José Geraldo de Sousa Júnior, já assinalava que a "lei, como expressão da vontade geral, é um mito".⁴ Na América Latina, especialmente, onde o Parlamento não exprime com seus atos o real interesse nacional, ficando muitas vezes atrelado ao Executivo, como forma de obtenção de vantagens pessoais, eleitorais ou econômicas, é significativa a informação de Zaffaroni, contida no Documento Final do Programa de Investigação Desenvolvido pelo Instituto Inter-Americano de Direitos Humanos,⁵ no sentido de que normalmente as normas de garantia inseridas nas Constituições se tornam ineficazes diante da exagerada delegação de poder conferida pelo legislador a órgãos administrativos, os quais se encarregam de fato da definição típica das ações criminosas. Por outro lado, é manifesta a omissão legislativa quanto a ações que afetam bens jurídicos coletivos, tais como na violação da ordem econômica em detrimento de número indeterminado de pessoas, nos atentados ecológicos e no controle de substâncias químicas, cujas condições de uso e emprego podem colocar em grave risco toda a sociedade.

3. Inobstante essas deficiências quanto aos critérios, e por causa disso mesmo, é imperioso que se procurem estabelecer algumas regras e princípios, que devem ser observados no processo legislativo no que toca à elaboração das normas incriminadoras, tomadas como princípios de limitação.

Falamos de "limitação", porque, partimos do entendimento de que ao jurista importa primordialmente encon-

trar critérios de garantia individual diante da intervenção punitiva estatal, e só depois disso preocupar-se em justificar a incriminação e a respectiva sanção. Essa postura deriva de uma constatação fática inquestionável, agora, inclusive, fomentadora de verdadeira revolução no campo penal, com a divulgação dos parâmetros da escola abolicionista e a do direito penal mínimo,⁶ de que o poder de punir se exerce de qualquer modo, como constatação do próprio exercício da atividade estatal, como poder vinculado exclusivamente à lógica burocrática, a qual não tem qualquer compromisso com a defesa dos direitos humanos, senão com os desígnios dos órgãos encarregados de sua execução. A prisão ilegal é, por exemplo, desde os tempos imemoriais do Brasil-colônia, uma constante na vida brasileira, sempre encoberta, mas jamais negada. Basta ver-se a jurisprudência sobre a chamada prisão para averiguações, hoje praticamente convertida na prisão temporária da Lei 7.960/89, para confirmar que o Estado, por seus próprios meios, legais ou ilegais, utiliza da privação de liberdade para comunicar a todos sua potestade.

Daí a necessidade da formulação de princípios limitadores ao exercício do poder de punir, como exigência de um Estado democrático. *A fortiori* servem esses princípios como critérios de seleção de crimes e cominação de penas.

Podemos, inicialmente, classificar esses princípios em dois grandes grupos: a) princípios de limitação material e b) princípios de limitação formal.

Os primeiros dizem respeito à dignidade da pessoa humana, ao bem jurídico, à necessidade da pena, à intervenção mínima, à proporcionalidade e às categorias lógico-objetivas. Os segundos tratam da legalidade e seus corolários, bem como, conseqüentemente, da formação dos tipos, dos fatores de reprovação e da punibilidade.

2. A proteção à dignidade da pessoa humana

4. O regime democrático exige, como condição de sua legitimidade, não apenas a titularidade de direitos políticos e individuais, como se pensava no liberalismo, encerrado no simples processo de representação, mas a mais ampla e efetiva participação de todos os cidadãos na vida do Estado, propriamente na discussão das leis pelo Parlamento.⁷ Nesse contexto é que importam os princípios limitativos do poder de punir, os quais vinculam o legislador, como condição ao exercício democrático.

Desde a promulgação da CF/88, insere-se como fundamento da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, além de outros, a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III). Esta norma não constitui novidade no Direito Constitucional, estando praticamente reproduzida nas Constituições de pós-guerra de quase todas as nações adiantadas, como na alemã (art. 1º), espanhola (art. 10), italiana (art. 3º) e portuguesa (art. 1º).

No plano da ordem jurídica em sua totalidade, o princípio da proteção da *dignidade da pessoa humana* pode ser considerado como produto da elaboração do liberalismo burguês. Hoje, todavia, superou ele as delimitações individualistas e puramente formais desse liberalismo e passou a constituir um ponto de apoio fundamental da defesa dos direitos humanos, sob o prisma da igualdade material.

Na Filosofia, suas origens remontam a Kant, como consequência da segunda fórmula do imperativo categórico: "Ages de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio".⁸ A dignidade surge como valor intrínseco de todo

ser humano, que não pode ser substituído por seu equivalente, como preço de uma mercadoria. Modernamente, pode-se dizer que, por isso mesmo, não pode o homem da mesma forma ser tomado funcionalmente como engrenagem ou membro de um organismo, nem simples e mera força de trabalho.

Sua postura, portanto, na ordem jurídica, mais do que a de sujeito de direitos positivados, deve ser a de condição de existência dessa mesma ordem, como indivíduo dotado de liberdade e de consciência de si mesmo, o qual cria e influencia o seu meio como personalidade social e responsável.⁹ A proteção à *dignidade*, inserida como fundamento do Estado Democrático, é pressuposto da participação social do indivíduo no próprio destino desse Estado e, pois, condição da cidadania.

Considera-se que o objeto de proteção se estende a qualquer pessoa, independentemente da idade, sexo, origem, cor, condição social, capacidade de entendimento e autodeterminação ou *status* jurídico (não-delinquente ou delinquente). Da mesma forma, situam-se nesse objeto tanto o nascituro quanto o morto, ou até mesmo grupos homogêneos minoritários.¹⁰

5. Relativamente ao Direito Penal, a proteção à dignidade serve de parâmetro ao legislador na configuração dos tipos, bem como na responsabilidade pelo seu cometimento, pelo pressuposto da culpabilidade.

Concebida, agora, não mais como preceito puramente abstrato, mas valor concreto de cada ser humano, a invocação à dignidade impede a promulgação de leis discriminatórias, que, por exemplo, criem tipos abertos para criminosos reincidentes ou perigosos, ou que lhe reservem cominações de penas indeterminadas. Igualmente, tendo em vista a concretude dessa dignidade no mundo social, induz ela a consideração de todos os seus condicionamentos, o papel soci-

al do réu, sua postura diante das exigências da própria ordem jurídica e a possibilidade concreta de seu atendimento. Por isso, seria atentatória à dignidade uma lei que dispensasse o mesmo tratamento a menores e adultos, a mentalmente sadios e enfermos, a indígenas e civilizados. Do mesmo modo, a norma que equiparasse condutas dolosas e culposas, ou que não tomasse em conta as atitudes posteriores ao fato, que lhe minorassem as conseqüências, ou a que estendesse a exigência da reparação do dano tanto aos solventes quanto aos insolventes, ou fizesse converter a multa em pena punitiva de liberdade, independentemente da capacidade financeira do agente em poder pagá-la ou não.¹¹

Como a premissa da proteção à dignidade é a de que a ordem jurídica não pode tomar o cidadão como simples meio, mas como fim, emerge a consideração de que, por isso, são inconstitucionais as leis que impliquem maior sofrimento, miséria, marginalização ou desigualdades, o que passa a constituir um absoluto impedimento à restauração da pena de morte, ou a assumir nas penas privativas de liberdade exclusiva pretensão de prevenção geral ou especial, inobstante o comprovado insucesso de sua execução.¹²

É precisamente em fase do princípio da *proteção da dignidade humana*, inserido na Constituição como fundamento do Estado Democrático, que tem validade a teoria da inconstitucionalidade das próprias normas constitucionais que o infringam. Embora pareça contraditória essa assertiva, a superação do positivismo jurídico por novas posições acerca da ordem jurídica e do papel das constituições e das leis em geral conduz a uma discussão mais ampla de todo o complexo que envolve a relação Estado-Cidadão. Analisando a relação entre princípios fundamentais inseridos na Constituição e as de-

mais normas que a compõem, conclui Benda que "os direitos fundamentais, inalienáveis e invioláveis, da pessoa humana não são criados pela Constituição, mas por ela igualmente reconhecidos como integrantes de uma ordem jurídica preexistente e supra-positiva".¹³ Nessa mesma linha de raciocínio, o Tribunal Federal Constitucional alemão firmou que a Constituição constitui uma ordem vinculada ao valor, que reconhece a proteção da liberdade e da dignidade humana como fim supremo de todo o direito.¹⁴ Seifert, por sua vez, mesmo indicando ser polêmica essa posição, entende corretas as inúmeras decisões do Tribunal Constitucional que consagram¹⁵ a existência de normas inconstitucionais na própria Constituição, porque os direitos fundamentais nela contidos vinculam não apenas as leis ordinárias, mas a atividade do próprio legislador constituinte.

Nessa seqüência, pode-se afirmar que é incompatível com o princípio da proteção da dignidade humana a vigência da norma que torna imprescritível os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º., XLII e XLIV), justamente porque toma o ser humano como meio da consecução de fins políticos do próprio Estado, como objeto de prevenção geral, sem a menor consideração com as alterações que podem ocorrer na personalidade e na mentalidade do autor desses fatos e a sua reinserção no meio social, já desprovido da ideologia discriminatória ou autoritária de que era portador.

3. A proteção de bem jurídico

6. Costuma-se afirmar que o cerne de todo o Direito Penal encontra-se situado no injusto, isto é, no tipo de anti-juridicidade.

Com efeito, é a partir da tipificação das condutas que se torna possível a

intervenção estatal. Como é com a comparação entre essa conduta tipificada e as normas permissivas de toda a ordem jurídica que se pode concluir ser essa conduta igualmente antijurídica. Contudo, apenas essa constatação formal não basta.

No fundo de toda norma penal, por exigência constitucional, derivada da proteção à dignidade da pessoa humana e dos objetivos fundamentais explicitados no art. 3º, subsiste a proteção de bem jurídico, como objeto concretamente apreensível.

Sob a visão da necessidade de participação de todos nos destinos e nos objetivos do Estado, a conduta proibida deve ser encarada como realidade concreta, não como uma relação causal, neutra e formal. O legislador, ao proibir ou determinar condutas, não pode deixar de tomar em atenção que essas condutas são produto de seres humanos, inseridos socialmente em condições reais de motivação e formação, e que tanto a proibição quanto a determinação só terão sentido se objetivarem impedir uma lesão concreta de bem jurídico.

Essa realidade que subsiste no processo de proibição faz com que se expressem como inconstitucionais as disposições que proibam por proibir, que sancionem penalmente as infrações as normas meramente regulamentares, ou que façam da norma penal apenas o reforço para a obediência, sem qualquer referência à proteção de bem jurídico.

7. O conceito de bem jurídico, é verdade, tem suscitado inúmeras discussões. O enfoque principal que envolve as discrepâncias reside em se saber se esse conceito é puramente uma produção do direito, ou recebe deste unicamente seu reconhecimento, como dado pré-jurídico. Todas as demais questões, praticamente, decorrem dessa posição inicial, tal como, o problema acerca da existência de bens individu-

ais ou coletivos, de bens materiais ou abstratos ou de sua delimitação.

As posturas monistas quanto à natureza desses bens, ao que parece, estão mal colocadas.

Desde a sua formulação inicial proposta por Birnbaum, o conceito de bem jurídico resultou da oposição à concepção que via no crime uma lesão de direito subjetivo.¹⁶ Independentemente dos fatos concretos que contribuíram para a criação desse conceito, os quais são em si contraditórios, a verdade é que a sua grande virtude consiste na sua transcendentalidade, como modo de desvincular o direito das amarras puramente positivistas. As críticas que se lhe endereçaram foram todas infundadas, na medida em que viam na sua criação fora do Estado uma fórmula de violação ao caráter totalizante da ordem jurídica positivada. Mesmo os positivistas, como Binding, que o acolheram, fizeram-no como mero pressuposto formal da norma e não em sua imagem natural.¹⁷

É claro que essa concepção transcendental tem o inconveniente de tornar vaga e incerta a identificação do bem jurídico e, assim, dificultar a tarefa de determinar as proibições. Isto, porém, não será empecilho, desde que efetivamente o legislador busque a proteção dos reais interesses de todos.

O problema é que essa visão unilateral não retrata a questão em toda a sua amplitude. O bem jurídico é uma realidade natural, não por que resulte de um suposto direito natural, mas por que se produz na relação social concreta, com todas as contradições que essa realidade encerra. Mas essa mesma relação concreta faz gerar necessidades, que por sua vez conduz à elaboração dos meios a satisfazê-las. Daí admitir-se possa o conceito de bem jurídico resultar de elaboração puramente do Direito, dependendo das características das relações dominantes e hegemônicas

com relação ao bloco no poder. Mesmo que se reconheça a origem natural do bem jurídico, ainda assim a sua proteção jurídica não se faz diretamente, senão por um processo mediatizado de interação simbólica, onde o bloco no poder, que faz as leis e, pois, acolhe a proteção do bem jurídico, mesmo atuando no seu interesse, o faz sob a invocação do interesse geral.¹⁸

Mesmo admitindo-se que o conceito de bem jurídico sofra as vicissitudes das relações sociais concretas, é ele de enorme valia justamente em face dessa sua concretude. Modernamente, tendo em conta o princípio de participação, como condição da própria cidadania, o conceito do bem jurídico passa por uma profunda transformação, ora compreendendo-se no seu conteúdo personalista,¹⁹ ora na sua legitimação democrática.²⁰ Tanto em uma, como em outra concepção, o que importa é que o poder de punir do Estado não pode proibir condutas, senão quando impliquem em lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos, tomados como valores concretos que tornam possível a proteção da pessoa humana, como seu destinatário final, ou que assegurem a sua participação no processo democrático, sem qualquer referência a um dever geral de obediência.

8. Sob esse parâmetro, os tipos penais constituídos sobre a proteção de bem jurídico, exprimem não uma mera ação causal, mas relações sociais concretas. A referência à ação, que tantas discussões suscitou na teoria do delito, só tem importância na medida em que essa ação seja compreendida como elemento de um processo social, com todos seus matizes.

Por influência do positivismo, que vinculou não apenas os aplicadores da lei, mas também os legisladores, durante muito tempo pensava-se que o processo de formalização exercido pelo Direito sobre as condutas ou a pro-

teção de bem jurídico se fazia através de uma seleção formal, onde o que interessava era a descrição de uma ação causal. Essa metodologia conduzia a tornar o tipo penal algo neutro, tanto valorativa como ideologicamente, dando a impressão de que o Direito Penal estaria acima das contradições sociais. A dificuldade de tal formalização já fora captada por Welzel, o qual através da elaboração da ação finalista invocava sua prevalência à vontade do legislador, como categoria lógica inafastável. Nesse aspecto, como bem ressalta Zaffaroni, a exigência de que o legislador tivesse em mira sempre e obrigatoriamente os elementos ônticos da ação, constituiu uma construção altamente limitativa ao poder de punir.²¹

A construção legal de um tipo, evidentemente, não segue um procedimento puramente causal. O legislador, ao considerar uma conduta como proibida, o faz tendo em vista a sua concretude social, o desvalor que carrega tanto na sua própria e nesta realização (desvalor do ato) quanto na produção de seus efeitos (desvalor do resultado). É claro que na elaboração do tipo o que se tem em vista é basicamente o desvalor do ato, por que simplesmente se assim não fosse de nada adiantaria a proibição. Esta não pode unicamente referir-se ao desvalor do resultado, pois o que se trata é de proibir ações e não resultados.

A proibição de ações, por sua vez, só terá sentido se essas implicarem em um resultado lesivo ou perigoso ao bem jurídico. A proibição tem como pressuposto que a ação que se quer proibir se manifeste como integrante de uma relação social concreta, que implique em lesar ou pôr em perigo valores igualmente concretos do ser humano, referenciados como bens jurídicos. A referência a valores concretos não significa identificar o bem jurídico com o objeto material (objeto da ação).

O bem jurídico pode ter tanto aspectos materiais quanto ideais, o que não desnatura seu conteúdo concreto. Ao legislador impõe-se que tenha sempre em mente esse caráter concreto, como critério vinculante da seleção de crimes, isto por que a identificação do bem jurídico só se torna possível quando conferido na relação social em que se manifesta. Aí é que entra o conceito moderno de bem jurídico, como delimitação à tarefa de identificação dos dados reais que o compõem, como fato natural, bem como orientação para a sua criação pelo Direito. O legislador está vinculado a só erigir à categoria de bem jurídico valores concretos que impliquem na efetiva proteção da pessoa humana ou que tornem possível, ou assegurem sua participação nos destinos democráticos do Estado e da vida social. Fora disso, só resta arcar com as consequências políticas do erro cometido.

4. A necessidade da pena

9. Tradicionalmente, entendia-se que uma vez configurados os elementos do fato punível, como a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, e não havendo causas impeditivas, a imposição da pena constituía uma consequência inevitável. Essa postura, porém, vem sofrendo atenuações.

Desde que inúmeros autores passaram a questionar a culpabilidade como fundamento ou único pressuposto da pena, sob o argumento de que seu conteúdo era indemonstrável e portanto meramente simbólico, passou-se a exigir de que também, nesse caso, se investigasse se a imposição dessa pena era ou não necessária.²² Mais do que um critério adicional da culpabilidade, a exigência da necessidade da pena passou a ser, contudo, um princípio geral do Direito Penal, que obriga o legislador.

Contra ele se objeta que não apresenta parâmetros e portanto seria inútil ou, pelo menos, insuficiente.

A objeção é pertinente na medida em que se tome esse princípio como critério substitutivo da culpabilidade, pois, então fazer-se-ia depender a imposição da pena exclusivamente de razões de política criminal, o que é incompatível com a segurança e garantia das liberdades individuais. Se, todavia, situarmos esse princípio como um adendo ao juízo de culpabilidade, ou no plano pré-jurídico da elaboração legal, afigura-se perfeitamente adequado a, juntamente com outros critérios, servir de limitador ao *jus puniendi*.

Geralmente, o enunciado do princípio da necessidade da pena vem articulado conjuntamente com os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e legalidade, este último representando seu complemento técnico.²³

10. Segundo seu caráter fragmentário, o Direito Penal só pode intervir quando se trate de tutelar bens fundamentais e contra ofensas intoleráveis, o que justificaria a imposição da medida extrema da pena e seus maléficos efeitos.

Antes mesmo de uma consideração constitucional acerca dos limites do poder de punir, que surge praticamente no panorama jurídico de pós-guerra, Binding já afirmava que o Direito Penal exercia uma tutela fragmentária de bens jurídicos, que efetivamente só se dá quando a conduta apresente certa relevância que a torne "merecedora de pena".²⁴ O curioso é que o próprio Binding, verdadeiro precursor dessa posição democrática e liberal, a tenha julgado como uma grande falha de sua obra.²⁵

Já o caráter subsidiário significa que a norma penal exerce uma função meramente suplementar da proteção jurídica em geral, só valendo a imposição de suas sanções quando os demais

ramos do Direito não mais se mostrem eficazes na defesa dos bens jurídicos. Esse mesmo caráter sancionador (ou acessório, ou subsidiário) foi igualmente formulado por Binding e mal interpretado por seus sucessores,²⁶ que quiseram ver no Direito Penal apenas um apêndice repressor da ordem jurídica.

Independentemente de que o Direito Penal apresente conceitos, elementos e institutos próprios, que o elevam a categoria autônoma nessa ordem jurídica, principalmente no que toca à proteção da vida, da honra e dos costumes, a qual se exerce sem remessas e considerações dos demais ramos, a verdade é que o seu chamado caráter subsidiário deve ser visto hoje sob outro enfoque. Quer dizer que a sua intervenção no círculo jurídico dos cidadãos só tem sentido se se fizer como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico. Precisamente por causa desse enfoque, que se confunde muitas vezes com o caráter fragmentário, é que se fala hoje, em sentido amplo, de necessidade de pena como pressuposto da incidência e da elaboração da norma penal.

5. A intervenção mínima

11. Normalmente, o princípio da intervenção mínima é confundido com o princípio da subsidiariedade ou com o caráter fragmentário do Direito Penal, consoante a formulação de Binding ou com o princípio da necessidade da intervenção. Essa postura, entretanto, deve ser evitada.

O princípio da intervenção mínima constitui, antes de mais nada, um princípio de ordem política, que vincula o legislador, previamente a qualquer elaboração legislativa, de modo que esse se veja obrigado a verificar se a lei que irá propor, formular, discutir, redigir

ou promulgar se harmoniza com os postulados dos direitos humanos.

O critério da intervenção mínima portanto, apresenta maior extensão e profundidade do que aquelas características que Binding procurava atribuir ao Direito Penal em geral. Os direitos humanos que devem orientar a elaboração legislativa não se limitam aos aspectos puramente formais dos direitos e garantias individuais, mas se estendem ao respeito à própria condição humana, como categoria ôntica, que não pode ser alterada pelo direito, bem como às questões da idoneidade, da adequação do custo social da repressão penal, da representação popular na formulação da lei e da racionalidade do sistema penal.²⁷

12. A condição humana, ou princípio da humanidade limita o ato legislativo na medida em que não será admissível uma lei que exija o cumprimento de deveres fisicamente impossíveis, ou que pressuponha, p. ex., como ocorria com o velho sistema de tratamento do erro, que a lei, uma vez publicada, seja ao conhecimento de todos, quando se sabe, perfeitamente bem, que a maioria da população brasileira é constituída de analfabetos e que, portanto, jamais poderia, nas suas limitações humanas, por si só conhecer o teor daquela publicação. Igualmente, o respeito aos acordos internacionais de proteção dos direitos humanos constituem limites à formulação legislativa interna, quanto à incriminação de condutas ou cominação de penas. Relativamente à execução da pena, p. ex., o art. 6º, § 3º, c, da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (1969) proíbe a constituição de prisões privadas, onde o trabalho penitenciário seja explorado ou posto à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas.

Por seu turno, o princípio da idoneidade impõe que o legislador só criminalize determinado comportamento após

certificar-se, através de investigações empíricas, acerca de sua utilidade e eficácia para o alcance da proteção que objetive. Igualmente, nas alterações legislativas, com vistas ao aumento de pena ou ao rigorismo maior da repressão penal, que se verifique se efetivamente compensará tal exasperação em face dos custos sociais que ela representará, ou se vale a pena mover-se um procedimento criminal contra alguém que tenha causado um dano social de menor importância.²⁸

Quando se tratar de norma penal que afete o interesse vital da coletividade, ou bem jurídico que diga respeito à política de costumes, a prévia consulta direta à população constitui uma condição de respeito aos direitos humanos, pois reestrutura o princípio da representatividade popular dentro de verdadeiro fundamento democrático. Esta idéia não é nova. Em nosso país, conhecemos o plebiscito em questões políticas, como o de 1963, para decidir acerca do Ato Adicional de 1961, que instituiria o Parlamentarismo. No campo penal, vários são os exemplos, em outros países, como Estados Unidos, França, Itália etc., onde os cidadãos opinam acerca da necessidade da manutenção ou abolição de determinada norma. O alcance desse princípio, aparentemente populista, se torna mais significativo, ao verificar-se que a nossa própria Constituição (art. 61) confere hoje expressamente aos cidadãos a iniciativa das leis complementares e ordinárias.

Finalmente, a prática do sistema penal indica majestosamente, não só no Brasil, mas em todos os outros, em maior ou menor medida, que o aparato policial e judiciário não se encontra em condições de atender às demandas concretas, nem corresponde racionalmente à expectativa que, teoricamente, as leis lhe assinalam. Este descompasso sugere a análise da racionalidade do sistema.

Em primeiro lugar, convém desde logo descartar por inexequível a hipótese em que a tarefa cometida na lei fosse inteiramente concretizável, mediante a instauração de um Estado eminentemente policial, ou extremamente jurisdicionalizado, onde todas as infrações sofressem punições. Isto não é apenas utópico, mas se real acarretaria completo caos social. Em segundo lugar, através do sistema penal, jamais se poderá obter por si qualquer grau de racionalidade, pois a contradição entre o teórico e o prático nesse setor é uma condição de subsistência do próprio sistema, na sua função simbólica de expressão de poder e na sua finalidade de reprodução de poder. A exigência dos direitos humanos, no panorama da intervenção mínima, deve centrar-se em que a formulação de novas leis penais só deve ocorrer quando demonstrada racionalmente a sua utilidade como instrumento de coibir a injustiça estrutural, mas de tal ordem que não representem elas unicamente mais uma forma de comunicação de massa, para garantir o prestígio do sistema e assim legitimar a seletividade de seus destinatários. A exigência da racionalidade reside precisamente na verificação se é possível garantir-se a completa isonomia no tratamento dos agentes e o reconhecimento de seus direitos na relação normativa. O legislador, por conseguinte, deve proceder à análise dessa possibilidade em face de toda a conjuntura que cerca a edição e a posterior aplicação da forma legislativa de que irá dispor.

6. A proporcionalidade

13. A adoção que se vem dando aos princípios estabelecidos nos direitos humanos conduzem a que a pena só seja utilizada, não apenas nas hipóteses de necessidade, mas nos estritos limites a reagir frente a situações conflituo-

sas graves e intoleráveis que afetem esses mesmos direitos humanos.

Concebida como expressão de poder, a pena, contudo, deve guardar uma relação proporcional com o dano social produzido pelo delito. Desde que inexistia essa relação ou se apresente ela de modo absolutamente inexpressiva, pode-se questionar a validade da norma que instituiu a punição, em face de haver o legislador atuado arbitrariamente na sua confecção.

A alusão ao dano social, que decorre basicamente dos primeiros postulados do Direito Penal liberal forjado na Revolução Francesa e que sustentou os fundamentos do princípio da legalidade, como extensão da noção social de liberdade,²⁹ não tem aqui o mesmo significado que se lhes atribuiu nos antigos códigos das extintas repúblicas populares, onde o conceito de crime estava associado à ação socialmente perigosa. Aqui, o dano social funciona como ponto de referência obrigatório para a fixação de parâmetros ao legislador na confecção da norma incriminadora, no sentido de estabelecer uma relação de proporcionalidade entre o que se pretende coibir, sob a ameaça da pena, e a eficácia concreta da ação criminosa.

14. Justamente nos códigos penais encontram-se inúmeras cominações que se afastam dessa relação de proporcionalidade. E nossa realidade penal bem demonstra a incongruência dessas cominações, quando comparadas com outras em que, na maioria das vezes, embora representem menor punição se relacionam a maiores danos sociais. Veja-se, à guisa de comparação, que a pena do crime de adultério (art. 240), em que não cabe cogitar-se de dano social, é de 15 dias a 6 meses de detenção, enquanto aquela cominada ao delito de emprego de processo proibido ou substância não permitida (art. 274), ou do complemento da venda de tal produto (art. 276), que atinge

um número indeterminado de pessoas e põe em risco a saúde pública, é fixada nos limites de 1 a 3 meses de detenção; ou a pena cominada ao delito de atentado contra a liberdade de trabalho (art. 197), fixada de 1 mês a 1 ano de detenção, e onde a ação criminosa consiste em constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, no sentido de exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar, e é menor, no seu mínimo, do que a pena do próprio constrangimento ilegal (art. 146), que é fixada em 3 meses; ou a pena do crime de falsidade ideológica, cuja cominação é de 1 a 5 cinco anos de reclusão no caso do documento público ou de 1 a 3 anos de reclusão se particular, comparada à pena cominada a igual conduta, prevista na recente Lei 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo, (art. 2º, I), que é de 6 meses a 2 anos de detenção. Os exemplos podem multiplicar-se na medida em que se proceda à análise sistemática de toda a legislação penal. A questão que se põe é a seguinte: pode subsistir tal legislação em face do critério da proporcionalidade? Evidentemente, urge uma profunda reforma nessas cominações, não para aumentá-las, mas para limitar o arbítrio do legislador em fixar limites de penas em completa desatenção ao dano social que as respectivas condutas acarretam, adotando critérios divergentes para fatos iguais e critérios mais rigorosos para fatos menos graves e vice-versa.³⁰

7. As categorias lógico-objetivas

15. Usamos aqui a expressão "categoria" tanto no sentido que lhe emprestou Aristóteles de predicados fundamentais de todas as coisas,³¹ quanto de Kant como modos pelos quais se manifesta o processo ou atividade do conhecimento.³²

A teoria das categorias lógico-objetivas, no entanto, nada tem a ver com as concepções filosóficas desses pensadores. Na verdade, desenvolve-se ela a partir da corrente jusfilosófica que buscava sustentar uma nova forma de jusnaturalismo com base na chamada "natureza das coisas". A "natureza das coisas" servia de critério de vinculação do legislador não à imagem de um ser humano abstrato, mas às estruturas ou elementos do próprio objeto de regulação da norma jurídica.³³

No campo específico do Direito Penal, a teoria das categorias lógico-objetivas implica, em primeiro lugar, afirmar que, ao contrário do que postulava o neokantismo, há uma ordem objetiva no mundo, que não é criada ou modificada nem pelo método, nem pelo comportamento, nem por juízos de valor, ordem esta que se estrutura nos elementos das próprias coisas e nas relações que essas guardam entre si, principalmente quanto ao conceito de conduta. Uma vez descoberta a estrutura lógico-objetiva da conduta humana, objeto de valoração da norma penal, ao legislador não é permitido dela se desvincular ou alterar, ao seu talante, essa estrutura, pois, caso assim ocorra, estará ele regulando objeto distinto. Essa regulação de objeto distinto poderá tornar inválida a norma, desde que o legislador desconheça a estrutura que vincula esse objeto (conduta) à própria pessoa humana.³⁴

Assim, a teoria das categorias lógico-objetivas não se esgota apenas na tarefa da instituição de condições negativas da elaboração da lei, mas no atendimento de condições positivas, como a exigência de que o legislador deva observar a ordem física das coisas, seus elementos estruturais, a sua vinculação à condição do ser humano, e, finalmente, que a norma que ele pretende produzir represente um meio ético

de substituição da resposta animal pela ordem conscientemente acatada.

O conteúdo ético que se desenvolve como consequência da atenção às categorias lógico-objetivas pressupõe, portanto, que a observância da norma penal seja fisicamente possível, que se harmonize com a ordem objetiva dos objetos que quer regular, que se vincule ao homem como pessoa, não estabeleça contradições na sua valoração e seja produto do exercício da cidadania, isto é, que seu conteúdo possa ser internalizado por todos como resultado da mais ampla participação social. Dessas exigências decorrem resultados práticos imediatos, como a total insubsistência de leis penais confusas, a necessidade de uma atualização na terminologia jurídica de modo a ajustá-la ao conhecimento leigo, o reconhecimento da conduta humana como objeto exclusivo de regulação da norma penal incriminadora, a necessidade da diferenciação, para diverso tratamento, entre delitos dolosos e culposos, autores menores e adultos, a relevância do erro de proibição e conseqüentemente a permanência da culpabilidade como elemento do crime.

16. Todos os princípios acima enunciados, na realidade, por si sós não tem o condão de tornar o sistema penal mais legítimo ou menos legítimo, mais justo ou menos justo, mas constituem no seu conjunto critérios objetivos de limitação material, que devem orientar sempre a elaboração da norma penal, como condição indeclinável de um Estado alicerçado na dignidade da pessoa humana, no respeito aos direitos humanos e na participação democrática de todos.

NOTAS

1. Hans, Kelsen, *Hauptproblem der Staatsrechtslehre*, Noudruok Scientia, Aalen, 1960.

2. Haferkamp, Hans, "Herrschaft und Strafrecht", *Theorie der Normenstehung und*

Strafrechtssetzung, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1980, pp. 182 e ss.

3. Weinberger et alii, *Société et perception des comportements déviants incriminés*, 1977.

4. Ripert, Georges, *Les Forces Créatrice du Droit*, Paris, 1955, apud Sousa Júnior, José Geraldo, *Para uma Crítica da Eficácia do Direito*, Porto Alegre, SAFE, 1984, p. 24.

5. Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Sistemas Penales y Derechos Humanos, Informe Final", Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 7 e ss.

6. Para uma visão de conjunto desses movimentos, é obrigatório a leitura do opúsculo de Maurício Martinez Sanchez, *Qué pasa en la criminología moderna?*, Bogotá, Themis, 1990, que retrata as dificuldades do sistema penal e a necessidade de sua reformulação.

7. Nesse sentido, mostra Vera Regina Pereira de Andrade, *Cidadania e Democracia* (repensando as condições de possibilidade da democracia no Brasil a partir da cidadania), in *Revista Jurídica da UNOESC*, n. 1, 1991/92, pp. 10/14, com grande lucidez que a cidadania, como condição da democracia, deve ser concebida como dimensão pública de participação dos homens na vida social e política e através da qual a reivindicação, o reconhecimento e o exercício dos direitos humanos se exteriorizam enquanto processo histórico.

8. Kant, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. de Paulo Quintela, Lisboa, edições 70, 1991.

9. Antoni Michael, et alii, *grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 1988, p. 37.

10. Seifer Karl-Heinz, e Hömig, Dieter, ob. cit., p. 37.

11. Diante das normas dos arts. 78 § 2º e 81, II do CP, depois de sucessivas decisões divergentes de vários Tribunais, o STJ, homologou a Súmula 249 do antigo TFR, no sentido de que "a reparação do dano não pode ser imposta como condição da suspensão da execução da pena".

12. Dentro dessa mesma linha de pensamento, embora com outra conclusão quanto aos resultados, posiciona-se Bustos Ramirez, Juan, *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, Barcelona, Ariel, 1984, p. 64.

13. Benda, Ernst, *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlin-New York, de Gruyter, 1984, 1/108.

14. BverFGE 3,213 (233), apud Benda, Ernst, ob. cit., p. 108.

15. Seifert Karl-Heinz, et alii, ob. cit., p. 454.

16. Maurach Reinhart, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, 1971, p. 213.

17. Binding Karl, *Die Normen und ihre Ubertretung*, 1/186. Kaufmann, Armin, *Teorias de las Normas*, trad. de Enrique Bacigalupo e Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 91, ressalta justamente que o conceito de bem jurídico em Binding, em sua valoração positiva, não fica vinculado de maneira imediata à formulação da norma, de modo a que se pudesse afirmar que a afetasse.

18. Poulantzas Nicos, *Poder Político e Classes Sociais*, SP, Martins Fontes, 1977, p. 224, demonstra com absoluta precisão como as frações hegemônicas da classe dominante atribuem-se a representação das outras frações e o fazem como se os seus interesses o fossem de todos.

19. Com essa posição, entre outros, Hassemer, Winfried/Muñoz-Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 111.

20. Assim, p. ex., Bustos Ramirez, ob. cit., p. 63.

21. Zaffaroni Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Bogotá, Temis, 1990, p. 154.

22. Para uma visão mais ampla dessa problemática, convém consultar Gimbernat Ordeig, "Tiene un futuro na dogmática jurídicopenal"? in *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, 1970; Cirino dos Santos, Juarez, *Culpabilidade: Desintegração Dialética de um Conceito Metafísico*, in RDP, 1974, 15/16, 51 e ss.; Roxin, Claus, "Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurisdicopenales", in *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Luzon Peña, Madrid, Reus, 1976, p. 200 e ss. e "Culpabilidad y prevención en Derecho Penal", Madrid, 1981.

23. Assim, p. ex., Mantovani, Ferrando, *Diritto Penale*, Parte Generale, Padova, Cedam, 1988, p. 24

24. Binding, Karl, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, B.T., Leipzig, 1902, pp. 20 e ss.

25. Jescheck, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., 2ª ed., 1972, p. 35

26. Binding, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, p. 9

27. Martinez, Maurício, *Que pasa en la criminologia moderna*, Bogotá, Temis, 1990, p. 53, assinala com precisão que os princípios que compõem o quadro dos direitos humanos, na verdade, são velhos princípios incorporados às legislações internas e derivados da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1950) e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969), que foram sempre desconhecidos e desconsiderados nas leis de exceção dos Estados totalitários da América Latina.

28. Martinez, Maurício, ob. cit., p. 62

29. Tavares, Juarez, "Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1987, p. 762

30. Já por ocasião do aparecimento do Código Penal de 1969, em boa hora revogado, Fragoso, Heleno e Sequeira, Lúcia, "A cominação das penas no novo Código Penal", RDP/

1975, 17-18/26, ao fazerem a análise das alterações e sistemas das sanções previstas naquele diploma, enfatizavam acertadamente que "na cominação das penas, o que se deve exigir é que, em termos valorativos, penas iguais sejam previstas para fatos de igual gravidade. Em segundo lugar, que os mesmos critérios, na técnica da cominação, sejam observados".

31. Tópica, I, 9, 103b 20

32. Crítica da Razão Pura, § 10

33. Entre os adeptos de tal corrente, podemos citar, entre outros, Radbruch, Maihofer, Stratenwerth, Larenz e o próprio Welzel. Na América Latina, Zaffaroni, Eugenio Raul, "En busca de las penas perdidas", cit., pp. 153 e ss. desenvolve lúcido estudo acerca das categorias lógico-objetivas, enfatizando se por um lado essa teoria é infecunda para construir um discurso legitimante do sistema penal, por outro é ela fecunda para um discurso que assuma a deslegitimação do exercício de poder desse sistema penal.

34. Welzel, Hans, "Naturrecht und Rechtspositivismus", in *Festschrift für Niemeyer*, Göttingen, 1953; idem — "Das Recht als Gemeinschaftsordnung", in *Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlin, 1974, pp. 11 e ss.; idem, "Naturrecht und materiale Gerechtigkeit", Göttingen, 1962; idem, "Gesetz und Gewissen, Karlsruhe", 1960; idem, "Recht und Sittlichkeit", in *Festschrift für Schaffstein*, Göttingen, 1975.