

DIREITO PENAL / DIREITO PROCESSUAL PENAL

INCONSTITUCIONALIDADE (PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO) DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS FEDERAIS

Lenio Luiz Streck

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 UNISINOS-RS, autor de obras jurídicas.

I. A LEI Nº 10.259 – AVANÇOS E RECUOS

1. 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.

2. O preenchimento dessa lacuna no sistema não pode, entretanto, passar sem a necessária crítica de cariz hermenêutico-constitucional. Com efeito, algumas questões exsurgentes 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 recente 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, 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.

II. A NOVA LEI E A MORTE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO: A VIOLAÇÃO DA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

3. De pronto, da simples leitura dos dispositivos previstos nas Leis 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 *tábula rasa* que são passíveis de transação penal – porque incluídos fictamente 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 geração), o meio-ambiente (direitos de terceira geração), a moralidade pública, a honra, etc. Isto para dizer o mínimo! Para se ter uma idéia, veja-se o 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).

4. Situações como essa, criada pela Lei n. 10.259/2001, revelam o momento de 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 os com 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 deste conflito decorre 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.*

5. 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 manifestam os 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.

6. 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.¹ Isto necessariamente tem seus reflexos na delimitação conceitual de bem jurídico penal.

7. O que tem ocorrido concretamente nesse aspecto, e, conseqüentemente dado margem ao aquecimento do debate entre penalistas liberais e comunitaristas, é que os últimos tentam introjetar na concepção de bem jurídico penal a idéia de que uma série de valores constitucionais coletivos necessitam de proteção penal, enquanto os primeiros, ainda presos às matrizes penais iluministas, resistem ao obstaculizar a extensão da função de proteção penal aos bens de interesse da comunidade.

8. A dogmática penal não tem condições de legitimar teoricamente um novo conceito de bem jurídico. Isto se deve a duas razões

¹ Sobre a relação “Direito Penal – Constituição e Estado Democrático de Direito”, consultar o excelente livro de André Copetti, *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*, Livraria do Advogado, 2000.

fundamentais entre outras: a primeira, porque suas construções contemporâneas têm se baseado unicamente em sua (in)coerência interna, prescindindo de fundamentações e correlações com as correntes mais gerais do pensamento humano, especialmente a filosofia política; a segunda, porque todos os seus juízos e análises estão profundamente marcados por pré-conceitos liberais-individualistas. A partir disto, estabeleceu-se uma “pax dogmática” em torno de uma concepção ultrapassada de bem jurídico que continua a macular os produtos legislativos pelo desprezo de uma cultura coletiva, geradora de bens desta ordem, que se estruturou no pensamento ocidental desde a metade do século XIX.

9. Os bens jurídicos sujeitos à tutela penal não são mais somente aqueles que compõem o rol de bens que estruturaram o arcabouço valorativo constituinte do direito penal liberal-iluminista. A tradição cultural penal brasileira já indica a necessidade de proteção de bens sociais desde o Código Criminal do Império, documento normativo que encerrava em sua segunda parte os crimes públicos, mesmo sendo a Constituição de 1824 uma Carta Constitucional de flagrante influência liberal. Também desta forma sucedeu com o Código Penal de 1890, onde havia uma série de bens de interesse coletivos tutelados, inobstante a Constituição Republicana pouco privilegiar tais bens. E assim surgiu uma tradição normativa de prever a tutela de bens coletivos, de interesses públicos que extrapolam o âmbito individual. Essa situação normativa ficou ainda melhor estruturada a partir das Constituições elaboradas na Era Vargas que inspiraram o Código Penal da década de 40, ainda hoje vigente em sua parte especial.

10. Essa é a nossa cultura que a partir da CF/88 solidificou-se em termos normativos, e parece não haver mais qualquer dúvida de que o direito penal também deve servir de instrumento interventivo, organizador e transformador da sociedade. Apesar de, somente na condição de indivíduos, valorizarmos certas coisas, julgarmos certas realizações como boas, considerarmos certas experiências como satisfatórias ou certos resultados como positivos, essas coisas, como bem leciona Charles Taylor, só podem ser boas de certa maneira, ou satisfatórias ou positivas à sua forma particular, por causa da compreensão de pano de fundo desenvolvida em nossa cultura.² E a nossa cultura não deixa dúvidas de que a concepção de vida boa ou de

² Cf. Taylor, Charles. *Argumentos Filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000, p. 152.

felicidade dos indivíduos dentro de uma comunidade necessita da tutela de determinados bens que não pertencem particularmente a ninguém, mas que são de interesse geral e que, portanto, tem um importante papel dentro da estrutura social, muito maior do que o atribuído a certos bens individuais. E não há como negar, utilizando as palavras de Marilena Chauí, que toda cultura e cada sociedade institui uma moral, isto é, valores concernentes ao bem e ao mal, ao permitido e ao proibido, e à conduta correta, válidos para todos os seus membros.³

11. Portanto, não é aceitável, nem tampouco válido, que uma penada legislativa equipare bens culturalmente tão diversos dentro de uma solução que, provavelmente, face ao quadro de descrédito geral da população em relação ao sistema penal e aos poderes públicos, venha suscetibilizar ainda mais o sentimento de reconhecimento dos indivíduos como pertencentes a uma comunidade de Direito. O direito penal também tem esta função de, mediante a proteção de determinados bens jurídicos gerar este sentimento de reconhecimento. E não vacilo em afirmar que a possibilidade de transação estendida a bens jurídicos tão diversos, através de uma artificial isonomia legal, lentamente irá corromper alguns valores de relevante importância dentro do nosso pacto social e jurídico.

12. É nesta verdadeira “isonomia” às avessas (ou isonomia *ad-hoc*) que reside, pois, *a primeira violação da Constituição Federal*, uma vez que, se a Constituição estabelece que o Brasil é uma República Federativa, *que se institui como Estado Democrático de Direito*, é porque, seguindo o moderno constitucionalismo, *fica implícito que estamos diante de uma Constituição normativa e dirigente*. Isto, à evidência, acarreta compromissos e inexoráveis conseqüências no campo da formulação, interpretação e aplicação das leis. Para tanto, parto da premissa – e não há nenhuma novidade em dizer isto – que a Constituição de 1988 é dirigente e compromissória, apresentando uma direção vinculante para a sociedade e o Estado.⁴

³ Cf. Chauí, Marilena. Convite à filosofia. 9. ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 339.

⁴ Ver, para tanto, Streck, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, 712 p., em especial capítulo 3, onde aponto para a construção de uma Teoria da Constituição Adequada a Países de Modernidade Tardia.

13. Logo, em assim sendo, continuo a insistir (e acreditar) que *todas as normas da Constituição têm eficácia*,⁵ e as assim denominadas normas “programáticas”, como as que estabelecem a busca da igualdade (redução da pobreza, proteção da dignidade etc), *comandam a atividade do legislador*, buscando alcançar o objetivo do constituinte. Esse comando (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. Dito de outro modo: *o estabelecimento de crimes e penas não pode ser um ato discricionário, voluntarista ou produto de cabalas*.

14. O manejo do Direito Penal fica, portanto, subordinado - como não poderia deixar de ser - à materialidade da Constituição. Criminalizações e descriminalizações devem estar umbilicalmente ligadas aos propósitos do núcleo político essencial da Constituição. Nesse sentido, vem a magistral lição de Palazzo, para quem, enquanto as indicações constitucionais de fundo (que atuam no sentido da descriminalização) são, ainda, expressão de um quadro constitucional característico do Estado Liberal de Direito, pressupondo, outrossim, uma implícita relação de “tensão” entre política criminal e direito penal, as vertentes orientadas no sentido da criminalização traduzem a expressão de uma visão bem diversa do papel da Constituição no sistema penal: as obrigações de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos, não infreqüentemente característicos do novo quadro de valores constitucionais e, seja como for, sempre de relevância constitucional, contribuem para oferecer a imagem de um Estado empenhado e ativo (inclusive penalmente) na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual e coletivas, exaltando, continuamente, o papel instrumental do direito penal com respeito à política criminal, ainda quando sob os auspícios - por assim dizer - da Constituição.⁶

15. O jurista italiano afirma, ainda, que junto às expressas cláusulas de penalização (registre-se que, no Brasil, há o comando expresso de penalizar com rigor os crimes hediondos, da tortura, do racismo, etc)

⁵ Torna-se despiendo elencar, aqui, os constitucionalistas cujo posicionamento aponta para a ampla eficácia de todas as normas da Constituição (Canotilho, Jorge Miranda, Paulo Bonavides, Celso Antonio Bandeira de Melo, Eros Grau, para citar apenas alguns).

⁶ Cfe. Palazzo, Francesco C. Valores constitucionais e direito penal. Trad. de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre, Sergio Fabris, 1989, p. 103.

existem outras que, tacitamente, obrigam o legislador a estabelecer penalizações. Isto porque o que se acha no bojo da ordem constitucional e impõe a proteção penalística dos valores, mesmo não sendo objeto de uma cláusula expressa de penalização, *há, de qualquer modo, de ser entendido como parte integrante do que foi expressamente afirmado pelo constituinte.*⁷

16. 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 *os 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.

II. I. A CONSTITUIÇÃO COMO REMÉDIO CONTRA MAIORIAS

17. 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, como bem lembra Ferrajoli.

18. No moderno 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

⁷ Idem, *ibidem*, p. 105.

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.⁸

19. 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.

20. 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, 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 às relações meramente interindividuais* (desde que cometidos sem violência ou grave ameaça, é óbvio).

21. Não tenho dúvidas em afirmar que existe uma obrigação de criminalizar que pode ser retirada da materialidade da Constituição, isto porque a fundamentação filosófico-política que lhe subjaz não pode ser restringida a um caráter meramente atomista. Com efeito, é preciso

⁸ Cfe. Fioravanti, Maurizio. Los derechos fundamentales. Madrid, Trotta, 1998.

destacar que os valores culturais positivados constitucionalmente formam um conjunto moral e racional poliárquico, em que os direitos básicos de liberdade e a satisfação das necessidades fundamentais não podem compor um quadro de rivalização, como o que ora constata-se no âmbito da teoria do bem jurídico de viés liberal e, conseqüentemente, de formulação e incidência da lei penal.

22. 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.⁹ 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.

23. Nesse sentido, *não parece razoável* supor que delitos como porte ilegal de arma, 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

⁹ Ver a respeito Kymlicka, Will. *Filosofia política contemporânea*. Una introducción. Barcelona: Editorial Ariel, 1995, p.239 e segs.

status de “crimes proto-insignificantes”, “soft crimes” ou “crimes quase-bagatelares”, senão propriamente “crimes de bagatela”.

III. O PRAGMATISMO INCONSEQÜENTE DA LEI 10.259

24. 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 exurgente 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 at...!* Dizendo de um modo mais simples: perguntemos por ai 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)?¹⁰ Não tenho

¹⁰ 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 escabinato. 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

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.

25. A questão, pois, é muito mais grave do que possa parecer. A nova Lei 10.259 é típico exemplo de um pragmatismo inconseqüente 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 epitetato como de menor potencial ofensivo que vou cometer, porque a punição é a mesma, produto de uma transação.

26. Por isso, está-se diante de um pragmatismo irresponsável. Ora, a delinqüência 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 delinqüir de 50 ou mais modos diferentes, porque exatamente está-se diante de uma “zona cinzenta”, em que todos os gatos são pretos.

27. Essa isonomização abstrata impede a aplicação concreta do princípio da lesividade.” Historicamente este princípio tem desempenhado um

possibilidade da validade do ato. Entender o contrário é conspurcar a Constituição e sua principiologia. Qualquer transação feita sem a presença do juiz togado é nula, pois.

11 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-los 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.

papel fundamental na configuração do moderno Estado 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.¹²

IV. DOS OBSTÁCULOS (CONSTITUCIONAIS) À APLICAÇÃO DA NOVA LEI

28. Em face disto, respeitando sobretudo opiniões em contrário, entendo estar evidenciado que a nova lei 10.259 *não pode abranger a totalidade dos delitos cujas penas máximas sejam de dois anos*. Isto por várias razões, a seguir delineadas:

IV.I. Tratamento igualitário de bens jurídicos díspares: uma isonomia incompatível com a Constituição ou de como não devemos banalizar/pausteurizar o direito penal

29. 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.

¹² Pontuadamente quanto a esse aspecto de indeterminação do princípio da ofensividade, no dizer de Palazzo, há uma espécie de *paradoxo metodológico* que marca o seu funcionamento no juízo de constitucionalidade das leis: *da um lato, si tratta di un principio contenutistico, nel senso sopra precisato di canone attinente al piano dell'oggetto della tutela; dall'altro, però, esso è privo di un contenuto prescritivo realmente predeterminato al giudizio di costituzionalità da parte della Corte*¹². Esta indeterminação conceitual característica do princípio da lesividade vem a ser a sua grande virtude pragmática. Nesta perspectiva, a observância do princípio da necessária lesividade do fato histórico estende-se inteiramente sobre o plano concreto da manifestação naturalística e material do delito, a partir de um referencial constitucional, excluindo-se qualquer aplicação da norma incriminadora àqueles fatos concretamente destituídos de ofensividade. Para Palazzo, *tale possibilità applicativa presuppone una norma incriminatrice che sia, nella sua dimensione astratta e legislativa, già dotata di un contenuto di disvalore concepibile in termini di offesa ad un bene giuridico*. Cf. Palazzo, Francesco. *Offensività e Ragionevolezza nel Controllo di Costituzione sul Contenuto delle Leggi Penale*. Não publicado, Firenze, p. 13.

30. 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.

31. 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!

32. 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.*

33. 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*. Nesse sentido, busco socorro em Norberto Bobbio, no prólogo que fez à obra *Derecho y Razón* de Ferrajoli, quando adverte para o fato de que

“la tesis del derecho penal mínimo abre su frente principal contra las teorías del derecho penal máximo (que culminam en la defensa de la pena de muerte), *pero no puede pasar por alto las doctrinas abolicionistas o substitutivistas, según las cuales la pena, por el contrario, estaría destinada a desaparecer*”.

34. Importante, assim, não perder de vista essa observação de Bobbio, perfeitamente adequada à discussão em tela.

35. Mas, o jusfilósofo italiano vai mais longe, ao dizer que:

“A veces los extremos se tocan: la libertad regulada debe oponerse tanto a la antilibertad, es decir, a cualquier forma de abuso del derecho a castigar, como la carencia de reglas, o sea, a la libertad salvage. El principio de legalidad es contrario al arbitrio pero también al legalismo obtuso, mecánico, *que no reconoce la exigencia de la equidad*, al que con expresión tomada de la lógica de conceptos el autor llama poder de <connotación>, y la presencia de espacios en los que habitualmente se ejerce el poder del juez. En el positivismo jurídico el problema de la justicia está separado del de la legitimación interna del ordenamiento o de la validez: una posición como ésta se encuentra a caballo tanto de la reducción del segundo al primero, lo que es propio del iusnaturalismo clásico, como de la reducción del primero al segundo, que caracteriza al legalismo ético”.

IV.II. O conceito de “infrações de menor potencial ofensivo” e o fetichismo da lei: uma crítica necessária ou a pergunta que não quer calar

36. 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?

37. A noção de bem jurídico, a toda evidência, deve estar ancorada na Constituição, entendida a partir de sua materialidade, engendrada pelo novo paradigma estabelecido pelo Estado Democrático de Direito. O bem jurídico é um valor que tem direta relação com a concretização da democracia, dos direitos fundamentais e, fundamentalmente, levando em conta que no Brasil a modernidade é tardia, a realização dos direitos sociais. É nesse sentido que Domitilla de Carvalho vai dizer que

“(...) a missão do Direito Penal consiste na proteção dos valores elementares da consciência, do caráter ético social e, só por acréscimo, a proteção de bens jurídicos particulares. Portanto, é preciso buscar na Constituição a gênese e função social do bem jurídico. E como a Constituição representa o ideal de direito de um determinado momento histórico, não estando alheia, pois, aos interesses da estrutura social, nem sobrevivendo fora deles, existe uma relação entre a norma jurídica e o interesse em que ela se alicerça. Logo, toda perquirição do bem jurídico tem, evidentemente, de levar em consideração a investigação da relação social concreta: da posição que nela ocupam os indivíduos e da integração sofrida por eles em relação aos outros entes existentes no meio social.”¹³

38. 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

¹³ Cfe. Carvalho, Marcia Domitilla de. Fundamentação Constitucional do Direito Penal. Porto Alegre, Fabris, 1992, p. 37.

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.

39. 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 (*Sinnegebung*), 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*).¹⁴ É a coisa mesma (*Sache selbst*), resultante de uma síntese hermenêutica,¹⁵ que*

¹⁴ Cfe. Gadamer, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. Tübingen: Mohr, 1990, pp. 295 e segs.

¹⁵ Ver, para tanto, Streck, *Hermenêutica*, op.cit.

evitará a relativização ou a arbitrariedade das interpretações. É a coisa mesma que suplantar a noção metafísica de dedução ou subsunção.

40. 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”. 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, *cujos 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 “nominações 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.*

41. Por isto, e do mesmo modo, a discussão acerca da interpretação do alcance da nova Lei 10.259 não deve ser simplificada, a partir de uma ultrapassada (e pernicioso) 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 tábula 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.*

42. 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 Constituição 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 aí...*

43. *Repito, pois, a pergunta que não quer calar*: 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 patulêia?

IV.III. A necessária incidência da Constituição na discussão dos critérios para a aplicação da Lei 10.259

44. 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.

45. 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 interpretá-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”.

46. 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 – 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.*

47. 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 principiologia do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição.* Entre a Constituição e seus valores e as exigências de uma efetividade quantitativa do sistema penal, o legislador brasileiro optou pelo caminho mais fácil, isto é, por uma pragmática inconsequente, 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!

48. Ora, a teoria do delito deve ter utilidade social. Crime é um fato típico, antijurídico 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 valor constitucionalmente

significativo, ameaçado com uma pena proporcional também ao significado do valor tutelado, e estruturalmente caracterizado pelo teleologismo constitucionalmente atribuído à sanção penal.¹⁶ 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! Portanto, nada está a justificar a isonomia feita às avessas, equiparando infrações penais não equiparáveis.

V. DA DERROGAÇÃO DA EXCEÇÃO ESTABELECIDA PELO ART. 61 DA LEI 9.099 – A QUESTÃO DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS:

Uma discussão anterior ao exame da (in)constitucionalidade do art. 2º, par. único, da Lei 10.259

49. Uma questão que suscita grandes controvérsias diz respeito à derrogação ou não por parte da Lei 10.259 da exceção prevista no art. 61 da Lei 9.099, acerca dos procedimentos especiais. Uma corrente se posiciona no sentido de que a exceção permanece, não sendo a nova lei aplicável, portanto, às infrações a que a lei prevê procedimento especial. Outro grupo sustenta que a nova lei derogou a antiga exceção, aplicando-se o favor legis a todas as infrações cuja pena máxima não ultrapasse os 02 (dois) anos.

50. Creio que a razão está com a segunda posição. A nova lei se aplica independentemente do procedimento (com exceção, talvez, do crime de abuso de autoridade, em face da especificidade da pena autônoma de perda de cargo). Se assim não fosse, a própria lei poderia ficar esvaziada, porque muito poucos delitos ficariam sob a abrangência dos JEC's. De outra banda, a menor potencialidade (ou a baixa lesividade ou proto-insignificância) não decorre de uma mera nomeação legislativa, mas, sim, do valor que os bens jurídicos possuem. Logo, contendo um delito "um baixo teor de ofensividade", não é o procedimento especial que terá o condão de retirá-lo do âmbito do favor legis.

¹⁶ Cfe. Bricola, Franco. *Novíssimo Digesto Italiano*, Editrice Torinese, 31ª ed., 1957, in Carvalho, op.cit., pp. 46 e 47.

51. Dito de outro modo, o favor legis não decorre do procedimento, mas, sim, de sua “baixa lesividade”. Desse modo, considero despicienda e sem maior importância a discussão intra-sistemática acerca da derrogação ou não da exceção constante no art. 61 da Lei 9.099. A não menção/repetição da exceção no texto da Lei 10.259 não é lacunar e tampouco fruto de silêncio eloqüente do legislador. O que existe é o texto legal que estabelece novo regramento sobre a matéria. Tampouco importa buscar a intenção do legislador ou indagar acerca da “vontade da norma” (sic). Na moderna hermenêutica tais argumentos não passam se artifícios de retórica. Aliás, tivesse alguma validade científica o argumento da “busca da intenção do legislador”, poder-se-ia dizer que, quisesse o legislador manter a exceção dos procedimentos excepcionais, teria expressamente assim se posicionado. Assim, ao não mais falar sobre a exceção, falou, através de um ‘silêncio eloqüente’. Em outras palavras: ao não dizer, disse. Isto, porém, não é necessário. A nova lei contém outro tipo de vício. O problema não está em catapultar dezenas de infrações para o seio dos JEC’s. Afinal, isto decorre da própria Constituição. Logo, o procedimento – porque em algumas infrações é especial – não pode servir de obstáculo à aplicação da Constituição. O problema está, sim, nos critérios utilizados para a aferição do que seja “infrações de menor potencial ofensivo”. Este é o ponto, pois.

VI. DO EXAME DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE *STRICTO SENSU* DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DA LEI 10.259

52. Como veremos no decorrer da exposição, a problemática tem dois âmbitos, uma vez que a nova Lei 10.259, além de aumentar o limite de incidência dos delitos aptos à transação, teria, em face do silêncio (eloqüente) do legislador, estendido o *favor legis* também às infrações regidas por procedimentos especiais. Nesse sentido, tenho que o problema dos procedimentos é um ponto acessório a ser debatido. Antes de tudo, independentemente dos procedimentos, deve estar a discussão acerca das condições de possibilidade de o legislador ter feito *tabula rasa* para a inclusão das assim denominadas infrações de menor potencial ofensivo.

VI.I. A inconstitucionalidade da inclusão de infrações incompatíveis com o *nomen juris* de “infrações de menor potencial ofensivo”: a necessidade da correção mediante a aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto

53. Por tudo isto, na discussão em tela, em que se coloca em xeque a aplicação genérica (tábula rasa) da nova lei a todos as infrações cujas penas cominadas em abstrato não ultrapassem 02 (dois) anos, é necessário 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. Repita-se: a Constituição é remédio contra maiorias parlamentárias!

54. 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 (Teilnichtigerkklärung ohne Normtextreduzierung)* que, aliás, o Supremo Tribunal já vem adotando em nosso direito.¹⁷ 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.¹⁸

55. 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 o Tribunal da declaração de*

¹⁷ 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.

¹⁸ Cfe. Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 275.

*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 decisão*¹⁹ (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*).²⁰ É o que se chama de inconstitucionalidade parcial qualitativa.²¹ Advirta-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.

56. 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 cheguem 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

¹⁹ Cfe. Mendes, *op.cit.*, p.275.

²⁰ Para uma melhor compreensão acerca do funcionamento dos institutos da interpretação conforme e da nulidade parcial sem redução de texto, ver Streck, *Jurisdição Constitucional*, *op.cit.*, pp. 512 a 536.

²¹ Exemplos 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.

possibilidade está prevista na Lei 9.868/99,²² onde o legislador reconhece, explicitamente, a possibilidade de o Poder Judiciário aplicar corrigendas aos textos legais aprovados pelo Parlamento.

57. 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.²³ 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.²⁴ Com efeito, entendo que não há qualquer óbice constitucional que impeça juízes e tribunais de aplicarem a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto.²⁵ Entender o contrário seria admitir que

²² Ver, para tanto, Streck, *Jurisdição*, op.cit, em especial cap. 11.

²³ Sobre a desnecessidade de suscitação de incidente de inconstitucionalidade nos casos de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, ver nosso *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, op.cit, cap. 11.

²⁴ 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.

²⁵ 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 devido na posse de gazúlas 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 idóneos 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.

juízes e tribunais (que não o STF) estivessem obrigados a declarar inconstitucionais dispositivos que pudessem, no mínimo em parte, ser salvaguardados no sistema, mediante a aplicação das citadas técnicas de controle. Em síntese, *a suscitação do incidente somente tem fundamento quando um texto é expungido do sistema.*

58. 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. A 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.

59. 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 classificada 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 de menor potencial ofensivo as seguintes infrações penais, que podem ser classificadas em dois grupos: o primeiro diz respeito às infrações com penas até dois anos, previstos no Código Penal e em leis especiais, e o segundo, que abrange o elenco de infrações a que a lei prevê procedimentos especiais. Assim:

VI.I.I. Primeiro grupo – infrações previstas no Código Penal e em leis especiais sem previsão de procedimento especial:

a) EXPOSIÇÃO OU ABANDONO DE RECÉM 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 *lighi*” 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 ao 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 desse 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, a 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”, *a ponto de considerá-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 geração, 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.

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 cajé*”, 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) CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA (art.10, caput, e parágrafo primeiro, incisos I, II e III, da 10.437): a inclusão é indevida, por duas razões: primeiro, porque sua inclusão no rol de crimes “quase-insignificantes” representa ato para o qual o legislador não tem liberdade de conformação, por se tratar de conduta criminal que viola um bem jurídico coletivo, na medida em que o uso de arma sem autorização, em hipóteses que não violem a presunção da inocência,²⁶ acarretam perigo a terceiros, bastando para tanto examinar as estatísticas acerca da criminalidade; controlar o uso de armas é obrigação do Estado, a partir de uma espécie de antecipação de tutela penal; segundo, porque, em tendo sido alteradas as penas para o porte ilegal de arma, catapultando-o da categoria de contravenção para a categoria de crime, parece evidente que não mais se discute o grau de potencialidade desse tipo de infração. É não pode ser uma penada legislativa que vá ter o condão de “arrefecer” a lesividade da referida infração penal...

VI.I.II. Segundo grupo – infrações a que a lei prevê procedimento especial

a) 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.

²⁶ Sobre o assunto, ver Streck, Lenio Luiz. O crime de porte de arma à luz da principiologia constitucional e do controle de constitucionalidade. In: Revista ITEC n.1. Porto Alegre, ITEC, 2001.

b) 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); parece óbvio que não há qualquer proporcionalidade entre o ato de considerar como de menor potencial ofensivo as infrações que colocam em xeque a lisura do processo de gastos e despesas públicas, que movimentam bilhões de reais a todo ano, que são os crimes decorrentes de fraude em licitações, e o ato de, a contrario sensu, considerar como de maior potencial ofensivo o ato de receptar um simples botijão de gás... Fraudar licitações passou a ser “soft crime”; enquanto isto, o furto continua sendo um “hard crime”!!!

c) 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... Nesse sentido, imagine-se o paradoxo decorrente de uma transação penal envolvendo um ato de abuso de autoridade, cambiável por um módico pagamento de R\$ 120,00 (prestação social alternativa)...

60. 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”.

VII. À GUIA DE CONCLUSÃO – ESCLARECIMENTOS FINAIS

61. 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-ia apontando a pena de prisão como solução. *Longe disto*. 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 conseqüência, 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 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 penas privativas de liberdade. Não é o caso da transação, em que sequer há processo. O mesmo se diga em relação à suspensão do processo prevista na Lei 9.099.²⁷

62. Refira-se, como reforço, que a necessidade (e a possibilidade) do controle da constitucionalidade das leis com base nos princípios constitucionais (explícitos e implícitos) e das próprias normas “programáticas” tem sido defendida por inúmeros doutrinadores (Canotilho, Jorge Miranda, Bonavides, Bandeira de Mello, Dallari, para citar apenas alguns). Lamentavelmente, os tribunais têm permanecido reticentes e refratários a esse controle. *Sair dos livros e das teses da academia para o mundo vivido, trazendo esse tensionamento para o âmbito do judiciário: este é o desafio e o dilema.* Como bem lembra Fernando Facury Scaff,²⁸ qualquer ato ou norma que venha a infringir os princípios fundamentais da Constituição Federal, como os que estabelecem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional erradicando a pobreza e a marginalização e reduza as desigualdades sociais e regionais, deve ser considerado *inconstitucional*, através de controle difuso ou concentrado, por magistrado de qualquer instância, *a fim de permitir que a Constituição prevaleça, e que a vontade do povo ao instituir aquele documento não seja posta de lado.*

63. 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*,

²⁷ Claro que há sérias dúvidas acerca da própria constitucionalidade da Lei 9.714, que, a exemplo da Lei 10.259, isonomizou delitos absolutamente discrepantes. Mas isto outra questão. Ver, para tanto, meu artigo *As novas penas alternativas à luz da principiologia do Estado Democrático de Direito e do controle da constitucionalidade*. In: *A Sociedade, a violência e o direito penal*. Ney Falet (org). Poro Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

²⁸ Cfe. Scaff, Fernando Facury. *Controle Público e Social da Atividade Econômica*. XVII Conferencia Nacional dos Advogados. UERJ. 31.8.99, p.21.

ou, ainda, uma violação do princípio da legalidade. Não há analogia *in malam partem* em relação ou contra a Constituição. Há que deixar claro, de uma vez por todas, que o legislador não tem discricionariedade para estabelecer tipos, penas e favores legais. Além disto, a lei penal não tem qualquer imunidade em relação à Constituição, mesmo aquela que descriminaliza.²⁹ Não há, como já dito, qualquer 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).

64. Ou isto, ou teríamos que considerar intocável, por exemplo, um dispositivo legal que viesse a descriminalizar o delito de corrupção, a sonegação de tributos, o estupro, etc., tudo em nome do princípio da legalidade (*norma vigente = norma válida???*)! 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. 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. 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

²⁹ Registre-se, aqui, o conhecido acórdão do Tribunal Constitucional da Alemanha (BverfGE 39, 1, 45), que declarou inconstitucional legislação que descriminalizou o aborto (impunidade do crime se ocorrido nos três primeiros meses de gravidez), sob a fundamentação de que o legislador não pode renunciar por completo a proteção mediante o Direito Penal. Em outras palavras, não há liberdade de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais.

tratadas como contravenções.³⁰ 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 contravencional ou no terreno da transação penal”. *De certo modo, delitos de menor potencial ofensivo nada mais são do que condutas contravencionais*. 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 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”. Ou seja, o critério quantitativo – utilizado na Lei 10.259 – somente pode vingar no âmbito de uma certa homogeneidade de infrações; *na ocorrência de uma heterogeneidade, o critério deve ser qualitativo*. Nesse sentido, calha a advertência de *Stratenwerth*, em sua palestra inaugural das Jornadas de Professores de Direito Penal realizadas em Basiléia em 1993:

“Que haya que renunciar a la pena, que es la sanción..., más dura que conoce nuestro Derecho, precisamente allí donde estás en juego intereses vitales no sólo de los individuos, sino de la humanidad en su totalidad, es algo que considero... inadmisibile”.

65. 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 Jiménez de Azua, quando disse, certa vez, que, ao se promulgar uma nova

³⁰ Cfe. Roxin, Claus. Derecho Penal – Parte General, Tomo I. Madrid, Civitas, pp. 72 e 73.

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...* Afinal, há que se avisar a comunidade jurídica que princípios valem, regras vigem, como diz Bonavides, e que a violação de um princípio é mais grave do que a violação de uma norma, como assevera Celso Antonio Bandeira de Mello. É necessário, pois, dizer o óbvio: a Constituição constitui; a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal. Esse óbvio, porém, utilizando a linguagem heideggeriana, é mera aparência, isto porque o óbvio, para se manter “como” óbvio, deve permanecer oculto. A obviedade exsurgirá “como” obviedade a partir de seu des-velamento (alétheia).