

UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE:
DIMENSÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS

SAMIRA DA COSTA FONTES

MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E PROTEÇÃO À SAÚDE

MESTRADO EM DIREITO

SANTOS/SP

2019

UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE:
DIMENSÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS

SAMIRA DA COSTA FONTES

MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E PROTEÇÃO À SAÚDE

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília como parte dos requisitos para obtenção de título de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte.

SANTOS/SP

2019

Autorizo a reprodução total ou parcial deste trabalho,
por qualquer que seja o processo, exclusivamente para fins acadêmicos e
científicos, desde que citada a fonte.

----- FONTES, Samira da Costa.

----- Mandados de criminalização e proteção à saúde.
2019.
(numeral) f.

Orientador: Antonio Carlos da Ponte

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Santa Cecília,
Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, Santos,
SP, 2019.

1. Tráfico. 1. Mandado de criminalização. 2. Saúde coletiva.
3. Tráfico de drogas. 4. Falsificação de Medicamentos
5. Pessoas com deficiência. 6. Direitos Humanos
I. PONTE, Antonio Carlos da. II. Mandados de criminalização
e a proteção à saúde.

SAMIRA DA COSTA FONTES

MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E PROTEÇÃO À SAÚDE

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília como parte dos requisitos para obtenção de título de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas

Data da aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Antonio Carlos da Ponte - Orientador

Prof. Dr. Fernando Reverendo Vidal Akaoui – Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Pedro Henrique Demercian – Membro da Banca Examinadora

Dedico o presente trabalho a minha família, aos meus pais Maria Hortense e Basileu, a minha irmã Carolina e a minha tia Izildinha (in memoriam) pelo amor incondicional, por sempre terem acreditado em mim e por terem me ensinado o valor dos estudos e da perseverança, legando a educação como a maior herança que eu poderia ter. Dedico também a minha pequena sobrinha Manuela que veio para alegrar a família.

Com amor, ao meu esposo Luiz Augusto, pelo apoio e alegria diária, e porque sem ele este trabalho não teria acontecido, já que me auxiliou em toda essa empreitada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me proporcionado saúde e otimismo para que eu lograsse êxito nessa pesquisa e por ter colocado pessoas notáveis em meu caminho, tornando essa jornada menos difícil.

Ao meu orientador, Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte, por aguçar mais ainda o meu interesse pelo Direito Penal, tanto por meio de suas aulas brilhantes, como pela confiança na orientação deste relevante tema.

Ao Professor Doutor Marcelo Lamy, por exercer a docência com dedicação ímpar, por ter sido a minha maior referência assim que ingressei no Mestrado, estando sempre disponível todas as vezes que necessitei de ajuda, independentemente do dia e horário, conquistando a minha admiração e sendo o meu maior incentivador do início ao fim.

Aos Professores que participaram das bancas de qualificação e de defesa final, por dedicarem seus preciosos tempos para o aprimoramento do meu trabalho. Agradeço o Doutor Fernando Akaoui que, além de ser um destacado Promotor e Coordenador, exemplo a ser seguido, sempre foi especialmente solícito e acreditou em meu potencial. Ao Doutor Luciano, que assim que ingressou no programa de mestrado já me proporcionou excelentes conselhos. Ao Doutor Pedro Henrique Demercian, admirável jurista por quem tenho particular empatia, que veio tornar a douta Banca Examinadora mais especial.

Agradeço os demais professores do curso de mestrado por todo o apoio e conhecimentos transmitidos, e por representação a todos eles, homenagem a Professora Doutora Renata Leme, por toda ajuda e torcida, e por ter me orientado e integrado o meu primeiro artigo científico; e o Professor Renato Mehanna, que iluminou o meu caminho contribuindo para o meu amadurecimento acadêmico.

Na pessoa da querida amiga Adriana Santos, que me acompanhou em quase todas as atividades e Congressos, eu aproveito para demonstrar a minha gratidão pelos

demais colegas, tanto pela agradável companhia como pelas experiências trocadas, tornando a jornada mais leve e rápida.

Agradeço os amigos Cleopas Isaías e Bruna Trindade por terem sido essenciais na disponibilização de alguns livros necessários para essa dissertação. Ao Doutor Cleopas, que me emprestou várias obras de sua biblioteca pessoal, e à Bruna, que está fazendo doutorado em Portugal e me propiciou algumas obras da Universidade de Coimbra.

À Universidade Santa Cecília, instituição de ensino acolhedora, que fomenta a educação e dispensa singular atenção quando necessário. À Secretaria da Pós-Graduação *stricto sensu* da UNISANTA que, nas pessoas da Sandra Helena e da Imaculada Conceição, dispensa atenção e dedicação de excelência.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar se o direito à saúde, na condição de bem jurídico, está amparado pela teoria dos mandados de criminalização. Em um primeiro momento se abordará a teoria geral das cláusulas de penalização e, posteriormente, a pretensão é discorrer sobre sua aplicação para a proteção da saúde. No caminho investigativo, o estudo faz um retorno no tempo e analisa detalhadamente os modelos de Estado, de forma a demonstrar que eles influenciam o Direito Penal, por revelarem uma intervenção penal mais autoritária ou mais liberal. A pretensão seguinte consiste em averiguar os detalhes das teorias do bem jurídico, entre as quais as pioneiras, de Feuerbach e Birnbaum, na medida em que são construções teóricas fundamentais para descortinar a finalidade do Direito Penal, estabelecer as balizas sobre o que deve ou não ser punido e conter a sanha do legislador penal, impedindo-o de criminalizar indiscriminadamente, com base em seu puro alvedrio. Considerado o desenvolvimento das teorias constitucionalistas, será explorada a íntima relação existente entre a Constituição e o Direito Penal. Por intermédio do método dialético, baseando-se em posicionamentos doutrinários, como teses e antíteses, tem-se a pretensão de investigar se a Constituição Federal é ou não imprescindível para limitar ou fundamentar o Direito Penal, se o seu conteúdo é ou não determinante para a legitimidade da intervenção penal, se existem ou não, no texto constitucional, deveres expressos e implícitos de criminalizar condutas e, existindo, em que medida isso se faz presente. A relevância dessa análise surgiu a partir da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que fora ela, no Brasil, que inaugurou um sistema constitucional criminalizador, no qual figurariam cláusulas direcionadas ao legislador penal ordinário. Partindo-se da perspectiva de que os direitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito apresentam uma dupla dimensão, consistentes em uma atuação negativa e em outra positiva, o trabalho buscará subsídios para definir se o dever de proteger os indivíduos da agressão de terceiros, expressão da dimensão positiva, pode se realizar por meio do direito penal. Nesse contexto aprofunda-se o estudo do direito à saúde, especialmente o seu conceito, as suas dimensões (individual e coletiva) e o seu histórico como bem jurídico penal. A finalidade é, ao final, responder se a saúde, imprescindível para uma vida com dignidade, pode ser compreendida como um bem jurídico merecedor de dignidade penal e de necessária intervenção penal, sendo a sua proteção amparada em mandados constitucionais de criminalização expressos e tácitos. Por isso será também avaliada a regulamentação de alguns assuntos relacionados ao direito penal, à saúde e a essas possíveis cláusulas constitucionais, tais como o tráfico ilícito de drogas, a falsificação de medicamentos, o meio ambiente, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados com quórum de emenda constitucional e a Convenção sobre as Pessoas com Deficiência. Para atingir o seu objetivo, essa pesquisa amparou-se nos procedimentos bibliográfico e normativo publicados em meio escrito e eletrônico.

Palavras-chave: 1. Mandado de Criminalização. 2. Saúde Coletiva. 3. Tráfico de Drogas. 4. Falsificação de Medicamentos. 5. Pessoas com Deficiência. 6. Direitos Humanos.

ABSTRACT

This study has the purpose of analyzing whether the right to health care, as a legal right, is supported by the theory of criminalization decrees. At first the general theory of penalization clauses will be approached and then the intent is to discuss about its application to health protection. At an investigative view, this research goes back in time and analyzes the State models in detail, showing how it influences Penal Law as a more authoritarian, or liberal, penal intervention. The following has the intent of ascertaining details of protected legal rights theory, which includes pioneers Feuerbach and Birnbaum, as they are essential theoretical constructions to reveal the purpose of Criminal Law, establish boundaries on what should or should not be punished and contain the severity of the criminal legislator by preventing the establishment of a criminal offence indiscriminately based on their free will. Considering the development of the constitutionalist theories, the intimate link between the Constitution and Criminal Law will be explored. Through the dialectical method and based on doctrinal viewpoints such as thesis and antithesis, one has the intent to consider whether the Federal Constitution is indispensable to limit or underpin Criminal Law, whether its content is decisive for the legitimacy of penal intervention, and if, in the constitutional text, there are specific and implicit duties of criminalizing conducts. If so, to what extent is that present. The importance of this analysis emerged from the Federal Constitution of 1988, which was responsible for starting a criminalizing constitutional system in Brazil, also would include directed clauses to ordinary criminal lawmaker. Starting from the perspective that the fundamental rights of a Democratic State of Law present a double dimension consisting both on negative and positive reactions, this paper will search means to define whether the duty to protect individuals from third-party aggressions, an expression of the positive view, can be carried out through criminal law. The study of right to health is deepened in this context, especially its concept, dimensions (both individual and collective) as well as its history as a criminal legal good. The purpose is to be able to answer, after all, if health (indispensable for a dignified life) can be understood as a legal good worthy of penal dignity and of necessary penal intervention, having its supported protection by constitutional warrants of clear and tacit criminalization. That is why the regulation of certain matters relating to criminal law, health and those possible constitutional clauses, such as illicit drug trafficking, medication forgery, the environment, the international human rights treaties adopted with a quorum of constitutional amendment and the Convention on people with disabilities, will also be evaluated. In order to achieve this goal, this research was based on the bibliographic and normative procedures published in written and electronic media.

Key words: 1. Criminalization Warrant. 2. Collective Health. 3. Drug Trafficking. 4. Medication Forgery. 5. People with Disabilities. 6. Human Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 IDEOLOGIA E DIREITO PENAL	5
2 DIREITO PENAL E MODELO DE ESTADO	7
2.1 Estado Absolutista	7
2.2 Estado Liberal de Direito	14
2.3 Estado Social de Direito	21
2.4 Estado Democrático de Direito	26
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	33
3.1 Dignidade da Pessoa Humana	35
3.2 Princípio da Legalidade	45
3.3 Princípio da Culpabilidade	52
3.4 Princípio da Intervenção Mínima ou Necessidade	58
3.5 Princípio da Ofensividade ou Lesividade	66
3.6 Princípio da Proporcionalidade e sua dupla face	73
4 BEM JURÍDICO-PENAL E O DIREITO À SAÚDE	82
4.1 Bem jurídico-penal	82
4.2 Conceito de Saúde	102
4.3 Direito à Saúde Individual e Coletiva	109
5 RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA SAÚDE COMO BEM JURÍDICO PENAL E O ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO	116
5.1 Ordenações do Reino de Portugal	117
5.1.1 Ordenações Afonsinas	121
5.1.2 Ordenações Manuelinas	125
5.1.3 Ordenações Filipinas	127
5.2 Códigos Penais no Brasil	133
5.2.1 Código Criminal do Império de 1830	133
5.2.2 Código Penal da República de 1890	143
5.2.3 O Código Penal de 1940	150
5.2.4 A Reforma de 1984	157

6 MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E PROTEÇÃO À SAÚDE	165
6.1 Direito Constitucional e Direito Penal	165
6.2 Mandados de criminalização	176
6.2.1 Mandados expressos de Criminalização	184
6.2.2 Mandados implícitos de Criminalização	194
6.3 Mandados de criminalização e saúde.....	209
6.3.1. A proteção do meio ambiente e a saúde.....	217
6.3.2 O mandado de criminalização do art. 5º, §3º, da Constituição Federal	225
6.3.2.1 O mandado de criminalização do art. 5º, §3º, da Constituição Federal e a Convenção das Pessoas com Deficiência.....	229
6.3.3 O tráfico ilícito de drogas	237
6.3.4 Crimes hediondos: falsificação de medicamentos e condutas assemelhadas....	246
CONCLUSÃO	268
REFERÊNCIAS	274

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar, de maneira reflexiva, de que forma e em qual proporção o bem jurídico saúde, interesse fundamental, humano e social, se revela um interesse que possui dignidade, merecimento e necessidade de tutela penal.

Antes de tratar das especificidades desse relevante bem jurídico, busca-se, na primeira parte do estudo, demonstrar a evolução dos modelos de Estado, na medida em que valores que os alicerçam estabelecem os contornos do poder punitivo estatal, ditando uma intervenção penal autoritária ou mais liberal.

O Estado não é neutro. Ele expressa uma ideologia, pois é permeado por valores que formatam uma sociedade, estabelecendo e obrigando normas de conduta aos seus integrantes. Mas a história é marcada por rupturas, porque os indivíduos, quando não satisfeitos com as instituições políticas, culturais, econômicas e jurídicas vigentes, imbuídos por transformações sociais, buscam uma mudança no perfil do Estado.

Durante os séculos da Idade Média, antes do Estado moderno, a cultura era estruturada na relação com o absoluto (transcendental), de modo que a racionalidade da convivência era fundamentada na teologia, o que justificava um sistema punitivo voltado a castigar, também, condutas contra a fé. Mais tarde, a burguesia, na sua luta contra o Absolutismo, reivindicou a contenção da intervenção punitiva, o que embasou o reconhecimento de um Estado de Direito e a afirmação das liberdades públicas, surgindo maiores limitações ao arbítrio e às punições estatais.

Após o desenvolvimento industrial surgiu uma classe de trabalhadores insatisfeitos com as condições econômicas e sociais. Nesse momento histórico, esse movimento de resistência clamava pelo fim da desigualdade social, oriunda das deficiências do Estado Liberal, e a pressão das massas insatisfeitas fez surgir um

Estado Social, mais intervencionista e, conseqüentemente, tendente ao autoritarismo também no campo penal.

Finalmente, no curso do século XX, a partir da Segunda Guerra Mundial, diante dos horrores do Holocausto e do emprego dos instrumentos de destruição humana em massa, surgiu uma perspectiva ética de dignidade humana, como valor a ser positivado em tratados e constituições das democracias ocidentais. É o momento da simbiose entre os princípios garantistas do Estado Liberal, os preceitos de bem estar do Estado Social e os ingredientes democráticos, cuja soma ensejou a formação de um modelo de Estado Democrático de Direito, que melhor atende aos direitos humanos em todas as suas dimensões.

Em um segundo momento, pretende-se discorrer sobre os princípios penais relacionados ao objeto da presente pesquisa. A razão dessa tarefa deve-se a dois fatores: os princípios refletem a ideologia do Estado, direcionando-o a um caráter mais autoritário ou liberal e, além disso, dão conteúdo e estabelecem limites aos bens jurídico-penais.

No contexto do pós-positivismo, em um Estado Democrático de Direito, um modelo eminentemente garantista tem, como alicerce, os princípios da legalidade estrita, da responsabilidade pessoal, da ofensividade dos delitos e da proporcionalidade, de forma a manter um direito penal de intervenção mínima em respeito à proteção da dignidade da pessoa humana, para que o indivíduo não sofra abusos e restrições à sua liberdade além do necessário.

Depois da análise desses princípios normativos, cuja força se acentua por sua inclusão implícita ou explícita no texto constitucional, far-se-á uma digressão histórica acerca da saúde como um direito fundamental e social paulatinamente reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse ponto, além da análise do direito à saúde nas constituições brasileiras, buscou-se um referencial histórico da saúde individual e coletiva como bem jurídico penal, para descortinar se os atos atentatórios à saúde já vinham ou não sendo criminalizados no Brasil Colônia, ou até mesmo antes, nas Ordenações do Reino de Portugal.

O objetivo de estudar as condições históricas foi o de descobrir se as escolhas do legislador ao criminalizar os comportamentos lesivos à saúde eram anteriores ao reconhecimento da saúde como direito no âmbito constitucional, e se o arcabouço punitivo já existia de forma adequada antes mesmo das teorias do bem jurídico e dos mandados de criminalização.

Apesar de não ser tarefa fácil definir um conceito de saúde, segundo o sentido adotado pela Organização Mundial da Saúde, em 1948, ela consiste em um “estado de completo bem-estar físico mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade”. Após a reflexão sobre esse conceito, o propósito será analisar a saúde individual e a coletiva, já que ambas as perspectivas são objeto de tutela por meio do direito penal.

Também será apreciada, mesmo sem a intenção de exaurir as diversas teorias, a ideia de bem jurídico para a limitação dos preceitos punitivos, na medida em que é prevalente nos ordenamentos jurídicos vigentes em um Estado Democrático de Direito, a compreensão de que o Direito Penal, braço forte do Estado, só deva intervir minimamente para a proteção dos bens jurídicos mais relevantes. Entretanto, se verá que para os autores que aceitam a concepção de que o Direito Penal tem por função proteger esses interesses mais importantes, são calorosas as discussões acerca dos critérios a serem adotados para a definição material de crime. Dentre as teorias do bem jurídico, analisar-se-á se o conceito crítico de Claus Roxin já era suficiente para fornecer os elementos de definição dos limites positivos e negativos de criminalização de condutas lesivas à saúde.

Na sequência, um dos questionamentos sobre o qual se pretende enfrentar se refere à necessidade de a Constituição legitimar a criminalização de condutas. Indaga-se se a Lei Maior pode delimitar ou até impor o que deva ser objeto de incriminação no ordenamento jurídico infraconstitucional em um Estado Democrático de Direito. Dentro desse debate acerca da in(dispensabilidade) da Constituição para formatar o sistema punitivo, faremos uma revisão bibliográfica sobre a polêmica teoria dos mandados de criminalização para, no último capítulo, investigarmos se a saúde nas dimensões individual e coletiva foi um bem jurídico protegido por essas cláusulas.

No passo seguinte questiona-se se a definição de um fato como crime (contra a saúde) precisa ser mera consequência jurídica da determinação da Constituição Federal de 1988 e de seus mandados de criminalização, ou se haveria um espaço de escolha política diante da abertura do sistema jurídico em que o legislador opta por punir ou não criminalmente certos comportamentos lesivos aos bens jurídicos.

Apesar de não se pretender solucionar tais complexas inquietações, decidiu-se investigar se a Constituição obriga ou não, por cláusulas expressas ou implícitas, o legislador penal a incriminar certas condutas. A teoria das imposições constitucionais de criminalizar tem se mostrado especialmente relevante, pois o Supremo Tribunal Federal caminha para acolhê-la, em alguma medida, na ADO 26/DF, que está em curso para definir se a Constituição Federal de 1988 estabelece ou não a obrigação de incriminar a homofobia.

Com isso, almejando uma reflexão sobre esses questionamentos, a presente pesquisa se utilizará do método dialético, tomando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais como teses e antíteses. O objetivo primordial consiste em refletir sobre o problema e, para isso, será adotada uma abordagem sistemática e dialógica, através de um procedimento bibliográfico, por se tratar de pesquisa ancorada em fontes doutrinárias, legais e jurisprudenciais disponíveis nos meios impressos e eletrônicos.

Na parte final, a pesquisa irá tecer considerações relativas às eventuais cláusulas de criminalização existentes, mas o foco será aquelas relacionadas com o bem jurídico saúde. Para tanto, discorrer-se-á sobre a dignidade penal do bem jurídico saúde, a sua proteção ou não pelo art. 225, §3º da Constituição que tutela o meio ambiente, a cláusula de abertura de incorporação de direitos humanos estabelecida no art. 5º, §3º, da Lei Maior, a recepção da Convenção de Nova Iorque sobre as pessoas com deficiência, os crimes de tráfico de drogas e de falsificação de medicamentos e suas figuras assemelhadas. A finalidade é verificar se os tipos penais do ordenamento brasileiro atendem ou não às determinações constitucionais porventura existentes para a proteção suficiente da saúde.

1 IDEOLOGIA E DIREITO PENAL

A história é uma sucessão de acontecimentos marcada por constantes rupturas e reformas. O curso do tempo influencia a sociedade e os respectivos valores, e por eles é igualmente influenciado. Observa-se que as transformações sociais repercutem direta e incisivamente nas instituições políticas, culturais, econômicas e jurídicas.

Não há Estado neutro. Ele é consequência dos valores experimentados, em certo momento, pela sociedade ou por parcela dela que concentre o poder e a influência. Do mesmo modo, considerando que o sistema penal é uma expressão do próprio Estado, nada mais lógico do que essa mecânica se vincular às características da política estatal. Em outras palavras, a dogmática penal tem o seu rumo ditado por intermédio do Estado e dos valores que o alicerçam. Nesse sentido, um Estado tirânico se conduzirá, no campo penal, através de uma legislação autoritária, e em uma sociedade organizada em padrões liberais haverá, no espectro criminal, uma linha normativa de caráter liberal.

Antônio Carlos da Ponte ensina que o Direito Penal é ideologicamente ligado ao modelo de sociedade no qual está contido e, por isso mesmo, é inapropriado interpretar a dogmática penal fora do padrão de valores que formate e sustente a sociedade.¹

A ideologia, conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (valores e ideias) e de normas de conduta, prevalente em dada época, formata a sociedade, indicando e prescrevendo aos seus membros o que devem e como devem valorizar, e o que devem e como devem fazer. Como corpo explicativo de caráter prescritivo, objetiva dar aos membros de uma sociedade uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, de forma a apagar essas diferenças, fornecendo a aparência de identidade social, a partir de referenciais identificadores de todos e para todos.²

¹ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 167.

² CHAUI, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 113/114.

Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán dizem que a função da norma penal

no puede ser desconectada de un determinado sistema social, político, económico y jurídico de convivencia. Un Estado totalitario, negador de los derechos y libertades fundamentales, engendra a su vez un Derecho penal de esta clase, puramente represivo y perpetuador del statu quo del modelo de Estado al que sirve. Un Estado democrático debe dar lugar, en cambio, a un Derecho penal más respetuoso con los derechos y libertades fundamentales y con la dignidad, la igualdad y la libertad, que son la base de una democracia.³

A adequação entre os valores ideológicos que constituam uma sociedade e os que alicerçam o Estado é motivo de providencial harmonia, fundamental para a desejada estabilidade social. Quando esses elementos se dissociam e conflitam, surgem agitações que podem, nas situações mais graves, levar à ruptura do modelo de Estado e obviamente do próprio sistema jurídico. O Direito, como fato social, só se mantém incólume quando compatível com a ideologia do Estado que o produziu e da sociedade cujas relações pretenda regular.

Cumprido destacar que a história, no entanto, não é marcada por linhas tão cristalinas e que, apesar de não ser um objetivo nuclear, deste trabalho, analisar minuciosamente cada marco histórico e os complexos acontecimentos que os caracterizam, será traçado, nos capítulos seguintes, um panorama geral das relações firmadas entre os modelos de Estado e o Direito Penal.

³ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2010, p. 70.

2 DIREITO PENAL E MODELO DE ESTADO

2.1 Estado Absolutista

Antes do Estado moderno, durante os séculos da Idade Média, os medievais embasavam os valores fundamentais de sua civilização nas letras divinas (Bíblia) [...], sendo o homem enxergado como uma criatura de Deus. A cultura deles se estruturava na teologia, na relação com o absoluto (transcendental), através da articulação racional da Bíblia e a institucionalização da Igreja. Para o homem medieval, a racionalidade da convivência era então fundamentada na teologia e o sentimento de pertencimento à cristandade estava acima do sentimento de pertencimento a uma Nação ou Estado.⁴

Na sociedade medieval, a Europa era cristã e submetida a uma só Igreja, que tinha o Papa como líder. Além de chefe religioso, o Sumo Pontífice era também a autoridade política suprema de toda a Europa. Os imperadores da época exerciam o comando em seu território, mas sempre guiados e respaldados pela política da Igreja, salvo alguns confrontos que eventualmente ocorriam entre alguns deles e o Papa. Em que pese algumas divergências entre o chefe espiritual e o chefe temporal (Imperador), havia uma unidade cristã na Europa.

A sociedade medieval era estruturada em um sistema feudal, no qual toda a vida social dependia da propriedade ou da posse da terra. Nesse período, as invasões e as guerras internas inviabilizaram o desenvolvimento do comércio, razão pela qual a posse da terra, a partir da qual os ricos e pobres tiravam o seu sustento, se tornou sobrevalorizada. Os proprietários de menor poder eram os vassalos dos senhores feudais, os quais ficavam à disposição destes últimos na casual necessidade de apoio em eventuais guerras, além disso, se submetiam a entregar-lhes uma contribuição pecuniária em troca de proteção. Eram características

⁴ LARA, Tiago Adão. *Caminhos da razão no Ocidente: a filosofia ocidental, do renascimento aos nossos dias*. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1988, p. 26/28.

principais desse Estado Medieval: o Cristianismo, as invasões bárbaras e o feudalismo.⁵

Ao tempo do feudalismo, o poder político se dividia entre um poder superior, exercido pelo Imperador, e uma infinidade de poderes menores. Também coexistiam inúmeras ordens jurídicas, emanadas de diversas fontes, como a ordem imperial, a ordem eclesiástica, as monarquias inferiores, as ordenações dos feudos e as corporações de ofícios, estas ao final da Idade Média.⁶

No Estado Medieval o poder era, então, extremamente descentralizado e pulverizado. Cada nobre tinha poder em seu feudo e o poder do rei nesses locais era bastante limitado. “Os barões feudais eram soberanos em seus feudos e o rei somente era soberano em terras de sua propriedade”⁷. Esse contexto era causa de permanente instabilidade política, econômica e social, e tinha existência em decorrência da ausência de uma autoridade central.

Foi então que no último período da Idade Média, durante os séculos XIV e XV, instalou-se uma duradoura crise da economia e da sociedade europeia, que inviabilizou o modo de produção feudal e favoreceu o surgimento do Estado Absolutista, no curso do século XVI.⁸

O italiano Maquiavel foi um importante teórico do Absolutismo e, com a sua obra “o Príncipe”, datada de 1513, cuja doutrina era a de que os fins justificariam os meios, fomentou um projeto em que o Príncipe constituiria um poder central (Estado Moderno), capaz de manter a soberania da Nação. Para tanto, poderia tomar o poder por meio de sua astúcia e adotar decisões duras, mas necessárias do ponto de vista político, para a manutenção desse mesmo poder. Esse projeto não progrediu na Itália que, formada por uma série de principados independentes, foi

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77.

⁷ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008, p. 70.

⁸ ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado absolutista* (tradução João Roberto Martins Filho). São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 15.

incapaz de se organizar de forma a repelir as invasões estrangeiras, só se consolidando como nação no século XIX.

Thomas Hobbes, escritor inglês do século XVII, na sua famosa obra *Leviatã*, também figurou como um teórico justificador do Absolutismo. O Absolutismo que expressava era racional e não fundamentado no direito divino (afastado do conteúdo religioso). Justificava a necessidade de poder absoluto do Estado na condição de natureza do homem, agressiva, que tornava os humanos inimigos entre si. O filósofo ressaltava a maldade do homem em seu estado de natureza e frisava que os homens viviam em luta, uns contra os outros, por esse motivo cunhou a expressão de 'o homem é o lobo do homem'.⁹

Com esse fundamento, o referido teórico primava pela existência de um Estado forte, irresistível e ilimitado, a partir de um pacto firmado entre os indivíduos, no qual o ente político recebia os poderes necessários para fortalecer a unidade nacional e salvaguardar as vidas dos que estavam sob a sua responsabilidade. A multidão unida em uma só pessoa, o Estado, é o que Hobbes denominou de *Leviatã*:

(...) isto é mais do que consentimento ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos, numa única e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com cada homem, de maneira que seria como se cada homem dissesse a todo homem: autorizo e cedo meu direito de governar-me a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de cederes teu direito a ele, autorizando todas as suas ações da mesma maneira.¹⁰

Outros estudiosos, como Bodin, Bossuet e Grotius, igualmente contribuíram para a formação de um Estado absolutista.

Nesse formato de Estado, o rei centralizou todo o poder e a nobreza perdeu a sua função tradicional. "A luta entre o rei e os senhores feudais não tardou em obrigar alguns destes, os mais fracos, a se tornarem vassallos e tributários da coroa, isto é, reconhecer a autoridade do rei e pagar-lhe tributos".¹¹ Com a centralização nas monarquias da França, da Inglaterra e da Espanha, houve uma ruptura decisiva

⁹ MALUF, Said. *Teoria Geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 67.

¹⁰ MORRIS, Clarence. (Organizador). *Os Grandes Filósofos do Direito*. Tradução: Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 115.

¹¹ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008, p. 70.

no que tange à soberania piramidal e parcelada da sociedade medieval, caracterizada pelos sistemas específicos de propriedade e vassalagem.¹²

No Estado Absolutista o rei concentrava o monopólio dos poderes político e jurídico, e a sua prerrogativa era fundamentada na ideia de que reinava por vontade de Deus. Conforme Maria Luiza Schäfer Streck¹³, esse comando não sofria qualquer limitação ou restrição, já que, na condição de “representante” de Deus na Terra, o rei não se submetia a nada nem a ninguém.

Para Roland Mousnier e Fritz Hartung, no entanto, o termo Absolutismo é impróprio, pois “nenhuma monarquia ocidental gozara jamais de poder absoluto sobre seus súditos, no sentido de um despotismo sem entraves”.¹⁴ Jean Bodin, cuja teoria da soberania foi dominante do pensamento político europeu por um século, sustenta que é errôneo afirmar que o titular do poder absoluto não se sujeita às leis, sob pena de não se encontrar príncipe soberano no mundo, já que “todos os Príncipes da Terra estão sujeitos às leis de Deus e da natureza, e a várias leis humanas comuns a todos os povos”¹⁵, e “se não quiserem ser culpados de lesa-majestade divina, fazendo guerra a Deus, a cuja grandeza todos os monarcas do mundo devem subjugar-se e baixar a cabeça com todo temor e reverência”.¹⁶

Para Bodin, “a marca principal da majestade soberana e do poder absoluto é, essencialmente, o direito de impor leis aos súditos sem o consentimento deles”.¹⁷ Segundo ele, o príncipe soberano e absoluto está isento das leis de seus predecessores e também daquelas que ele mesmo edita, por entender ser impossível por natureza impor a lei a si mesmo.¹⁸ Registra, no entanto, limitações que se aplicam a todas as monarquias, mesmo quando considerada a máxima amplitude de suas prerrogativas, como restrições inerentes ao direito divino ou

¹² ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado absolutista* (tradução João Roberto Martins Filho). São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 15.

¹³ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 26.

¹⁴ MOUSNIER, Roland; HARTUNG, Fritz *apud* ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado absolutista* (tradução João Roberto Martins Filho). São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 48/49.

¹⁵ BODIN, Jean. *Os Seis livros da República: Livro Primeiro*. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2011, p. 205.

¹⁶ BODIN, Jean. *Os Seis livros da República: Livro Primeiro*. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2011, p. 207.

¹⁷ BODIN, Jean, *Lês Six Livres de la Republique*, Paris, 1578 *apud* ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado absolutista* (tradução João Roberto Martins Filho). São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 50.

¹⁸ BODIN, Jean. *Os Seis livros da República: Livro Primeiro*. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2011, p. 207.

natural. Bodin sustentava que estava “fora da competência de qualquer príncipe no mundo cobrar impostos livremente de seu povo, ou sequestrar os bens de outra pessoa arbitrariamente”; pois “o príncipe soberano não tinha poderes para transgredir as leis da natureza ordenadas por Deus — de quem ele era a imagem na Terra —, lhe sendo vedado tomar a propriedade de outrem sem um motivo justo e razoável”.¹⁹

Na conclusão de Perry Anderson, a monarquia absoluta no Ocidente se submetia, na verdade, a um duplo limite: (1) dos corpos políticos tradicionais (que estavam abaixo dela); (2) de um direito moral abrangente (que estava sobre ela). Dito de outra forma, o Absolutismo operava dentro dos limites necessários da classe cujos interesses ele assegurava.²⁰

Independente dessa concepção de existir ou não certo limite ao poder real, na realidade o Estado Moderno não nasceu com um caráter democrático e o Absolutismo representou a decadência da monarquia, já que o rei se enxergava imbuído de um poder divino, absoluto e sem limites. O seu capricho se tornava lei e com o tempo o monarca buscava concentrar todos os poderes, para não dividi-los nem mesmo com os corpos políticos tradicionais. O rei estava acima da lei e não havia um Estado de Direito. Essa forma de Estado não apenas arruinou a monarquia como também produziu uma desigualdade excessiva.

Acerca desse fundamento da monarquia absolutista, de que o poder do rei emanava de um poder divino, Olavo de Carvalho destaca que os monarcas imperialistas iniciaram a unificação territorial sob o estandarte da fé, mas que o verdadeiro início dos tempos modernos foi marcado pelas atitudes dos chefes de Estado que se automeavam representantes diretos de Deus, remodelando os seus discursos cristãos segundo o seu interesse nacional, muitas vezes de modo contraditório ao modelo cristão universal e supranacional.²¹

¹⁹ BODIN, Jean, *Lês Six Livres de la Republique*, Paris, 1578 *apud* ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado absolutista* (tradução João Roberto Martins Filho). São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 50.

²⁰ ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado absolutista* (tradução João Roberto Martins Filho). São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 50.

²¹ CARVALHO, Olavo de. *O Jardim das Aflições – de Epicuro à ressurreição de César: ensaio sobre o Materialismo e a Religião Civil*. 3. ed. Campinas: Vide Editorial, 2015, p. 286, 288 e 289.

Henrique VIII, por exemplo, arvorando-se em representante da Fé, invocava a sua vontade política como expressão direta e pura da vontade divina, a ponto, inclusive, de não precisar das bênçãos do Papa, e de, mais tarde, aproveitando-se das revoltas protestantes, fundar uma igreja nacional, anglo-católica, após a negativa quanto ao pleito consistente na obtenção de uma anulação matrimonial. Já Luís XIV, conferiu a si mesmo a autoridade de ‘Rei Cristianíssimo e filho primogênito da Igreja’, como forma de beatificar o interesse nacional francês, reprimindo a ação da Igreja que ele mesmo dizia representar.²²

Com isso, na verdade, os governantes dos séculos XVI a XVIII atuavam de acordo com suas supremas vontades, ainda quando elas estivessem em oposição ao que era preconizado pelos cleros ou pelas outras vontades divinas concorrentes.

Alguns teóricos, como Jean Bodin, Richard Hooker e Thomas Smith “impingiam a noção de que os reis governavam por direito divino inerente às suas ilustres pessoas e à natureza das coisas – e independente, portanto, de qualquer sanção religiosa”.²³ Portanto, respaldados por esse fundamento teórico de representação divina, os monarcas tinham uma justificativa para a concentração de poder sem limites.

Mas cumpre destacar que a tônica do modelo de Estado absolutista estava em concentrar o poder a nível nacional. A França, a Inglaterra, a Espanha e Portugal tornaram-se fortes e conseguiram manter-se com corpos sociais concentrados e coesos, como verdadeiros Estados-Nações.

Jorge Miranda ressalta que a importância histórica do Estado absolutista é a unificação do Estado e da sociedade após a superação de uma situação de divisão de privilégios, para um contexto de coesão nacional que revelava certa igualdade no que diz respeito aos vínculos de poder.²⁴

²² CARVALHO, Olavo de. *O Jardim das Aflições – de Epicuro à ressurreição de César*: ensaio sobre o Materialismo e a Religião Civil. 3 ed. Campinas: Vide Editorial, 2015, p. 286, 288 e 289.

²³ CARVALHO, Olavo de. *O Jardim das Aflições – de Epicuro à ressurreição de César*: ensaio sobre o Materialismo e a Religião Civil. 3. ed. Campinas: Vide Editorial, 2015, p. 290.

²⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: o Estado e os sistemas constitucionais*. 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 86.

Mas esse modelo centralizador ao extremo dos principais Estados da Europa começou a sucumbir após episódios como as revoltas por uma reforma na Igreja, o enfraquecimento do Cristianismo, a perda de função da nobreza e o crescimento da burguesia apoiadora. Com o declínio do anterior sistema feudal e a proteção do Estado absolutista, a burguesia ganhou cada vez mais importância e acumulou riquezas até revelar a sua insatisfação.

“O contraste entre o poder econômico obtido pela burguesia por intermédio da incrementação das bases do capitalismo e sua falta de poder político acabam levando-a a Revolução Francesa, marco inicial do Estado Liberal”.²⁵

Nessa época ainda não existia um Estado Constitucional, já que a primeira Constituição é a dos Estados Unidos da América, de 1787, fora da Europa e anterior a Revolução Francesa. Portanto, ainda não havia o surgimento de direitos e garantias constitucionais.

Nesse período de vigência da monarquia absolutista, não havia ainda a limitação ao poder do Estado, característica que se verificava também no poder punitivo, igualmente ilimitado. Isso porque era o valor religioso que legitimava um direito, baseado nas normas divinas, sem qualquer debate valorativo que transcendesse a vontade de Deus. A pena era uma retribuição ao pecado cometido e, justificada pela palavra divina, se mostrava alheia a qualquer racionalidade. Conseqüentemente não encontrava limites, tal qual o poder punitivo estatal.

Essas características não mudaram até que surgissem as condições históricas e políticas que possibilitariam o surgimento de limitações ao poder punitivo. Até então a vida de quem manifestasse um discurso alternativo e limitador corria perigo. Aquele que criticasse a tortura ou a pena de morte assinava a própria sentença. Não se pode ignorar, porém, a existência de críticos bastante heroicos que, em grande parte, anteciparam importantes argumentos liberais.²⁶

²⁵ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 27.

²⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 515.

2.2 Estado Liberal de Direito

Na condição de resistência ao Absolutismo, surge o Estado Liberal. Nessa nova conformação de Estado, o poder político, em linhas gerais, confere limitações a sua própria atuação e reconhece direitos individuais de caráter fundamental.

O direito fundamental à liberdade, no entanto, precisa ser contextualizado de acordo com a transição entre as duas realidades estatais, a absolutista e a liberal. Essa passagem é fonte de muita controvérsia entre os pensadores políticos da idade moderna. Para a compreensão do caminho percorrido até o constitucionalismo vivenciado nos dias de hoje é preciso discorrer sobre a superação do Estado absolutista.

Antes do advento do liberalismo, principalmente na França, iniciou-se um movimento filosófico que dominou a Europa no século XVIII, o Iluminismo, assim nominado pelos seus idealizadores, filósofos que, propugnando o protagonismo da razão, diziam estar no Século das Luzes, em oposição ao período anterior, da Idade Média, que tratavam como a Idade das Trevas. O período medieval foi orientado pela fé e dogmas cristãos, especialmente católicos, e o Iluminismo propunha a soberania da razão esclarecida (*la raison éclairée*), iluminada.

Na Idade Média a sociedade comungava a mesma fé e a cultura era baseada no princípio religioso, sendo, a verdade, o fruto da revelação divina. Os valores fundamentais se encontravam na Bíblia, o livro sagrado do Cristianismo, e subordinavam o homem ao transcendente.

Com a penetração da filosofia iluminista, a cultura dominante passa a ser fundamentada na razão. A obra iluminista, por excelência, era a Enciclopédia, que, para valorizar a razão humana e romper com o Estado até então vigente, destacava a proeminência do homem e colocava em dúvida as verdades reveladas pelas sagradas escrituras.

Embora se destaque a Revolução Francesa (1789-1799) como o ponto culminante na conversão entre o Antigo Regime e o Estado de Direito, são relevantes, como antecedentes dessa transição, ebulições sociais ocorridas na

Inglaterra, um século antes, que criaram as condições para a primeira revolução industrial, e nos Estados Unidos, que ensejaram a primeira constituição escrita em sentido moderno.

O momento histórico era marcado por muitas guerras religiosas e, em meio a tantas divergências, a Enciclopédia buscava modificar todo conhecimento existente até então, arrebatando cada vez mais leitores e seguidores. Nesse longo período da Revolução, buscou-se mudar os fins do Estado. Antes, sob uma base teológica, o Estado cooperava com a Igreja para a salvação das almas. Com o Iluminismo, promove-se esse rompimento, pregando-se a supremacia do bem estar das pessoas sobre a fé, para que elas tivessem uma vida mais confortável com a satisfação das necessidades materiais.

Segundo Tiago Adão Lara, para a maioria dos humanistas, não se negava o valor da religião, tanto é que boa parte desses estudiosos era católica ou protestante, mas se defendia que o homem tinha que valorizar a sua humanidade, sentimentos, força natural e razão, antes mesmo de apelar ao divino. O viver bem exigia que o homem descobrisse os segredos da natureza por conta própria, para que pudesse dominá-la.²⁷

Mas ao contrário de Tiago Adão Lara, há quem sustente que a Revolução Francesa teve por objetivo aniquilar a própria Igreja e, junto com ela, os fundamentos do Cristianismo. Neste sentido, Orlando Fedeli,²⁸ escreveu que antes de buscar destruir diretamente a Igreja com a decretação da Constituição Civil do Clero, a Revolução Francesa procurou afastar obstáculos e resistências que obstruíam a sua ação antirreligiosa, levando a França à perseguição religiosa e à guerra civil.

Já na percepção de Alexis de Tocqueville, apesar de a filosofia da revolução ser profundamente irreligiosa, não havia o objetivo principal de abolir o poder religioso. Mas o seu enfraquecimento era uma consequência, por ser incompatível com o novo modelo que se esperava de sociedade. Isso porque se almejava a

²⁷ LARA, Tiago Adão. *Caminhos da razão no Ocidente: a filosofia ocidental, do renascimento aos nossos dias*. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1988, p. 26/27.

²⁸ FEDELI, Orlando. *Constituição Civil do Clero: a revolução dentro da Igreja*. MONTFORT Associação Cultural.

igualdade natural dos homens, a abolição de todos os privilégios de castas, de classes e de profissões, a soberania do povo, a onipotência do poder social e a uniformidade das regras. Para isso, era necessário atacar simultaneamente todos os poderes estabelecidos, apagando as tradições e renovando os costumes e os usos.²⁹

O fato é que na revolução defendeu-se a soberania da razão. Com as ideias antirreligiosas, que objetivavam abolir o poder religioso que existia no Estado vigente, para a formação de uma sociedade nova, difundiu-se o desprezo pela fé, que passou a ser enxergada como mera superstição.

A Revolução Francesa, fundamentada no ideário da liberdade, teve êxito em derrubar o Estado absolutista. Prevaleceu a ideologia da superioridade dos direitos naturais e inalienáveis do Homem perante o Estado. Conforme Paulo Bonavides,³⁰ os princípios filosóficos do liberalismo partiram da revolta social da burguesia, que de classe dominada inicialmente, passou a ser a classe dominante nesse período histórico.

A realidade econômica da época, marcada pelo atingimento do limite máximo da produção manufatureira, foi um fator preponderante para a instalação da crise e a consequente revolta da burguesia. Exigia a implantação de novas técnicas e a industrialização dos meios de produção. A burguesia aspirava que o Estado não mais interviesse na economia e reclamava a aplicação de um sistema mais liberal (economia liberal). Com isso eclodiu o antagonismo entre o rei absoluto e o anseio de um Estado que fosse liberal, motivando a burguesia a fomentar, na Inglaterra, a Revolução Gloriosa, e, posteriormente, na França, a Revolução Francesa.³¹

Para ganhar força política, a burguesia se valeu das teorias do contrato social de Locke e de Rousseau. Com suas doutrinas racionalistas, em que o Estado era decorrência de um pacto social entre os indivíduos, produto da razão humana, esses

²⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Tradução de José Miguel Nanni Soares. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2017, p. 53/54.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 42.

³¹ RUDÁ, Antonio Sólón. Direito Penal Constitucional: da formação dos Estados modernos à política de criminalização como forma de controle social. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2636, 19 set. 2010.

autores foram os precursores do liberalismo. Fizeram oposição a Hobbes, que apesar de também ser um contratualista, era favorável ao Absolutismo, já que entendia que em benefício da paz e da segurança, o homem tinha que se sujeitar totalmente ao Estado e ao Absolutismo necessário do poder soberano.

Para John Locke, o poder de governo estava sujeito ao controle dos homens no meio social, já que esses, no artificial pacto social, não delegaram todos os seus direitos, mas apenas aqueles necessários para a manutenção da paz e da segurança de todos. O Estado tem por objetivo o bem comum e, por isso, ao regulamentar a vida em sociedade, deve respeitar e garantir os direitos fundamentais da pessoa humana, que lhe são anteriores e superiores.³²

Conforme Sahid Maluf foi o contratualista Jean Jacques Rousseau que assumiu a posição de destaque dentre os teóricos do voluntarismo:

O Estado é convencional, afirmou Rousseau. Resulta da vontade geral, que é uma soma da vontade manifestada pela maioria dos indivíduos. A nação (povo organizado) é superior ao rei. Não há direito divino da Coroa, mas, sim, direito legal decorrente da soberania nacional. A soberania nacional é ilimitada, imutável, total e inconstrangível. O governo é instituído para promover o bem comum, e só é suportável enquanto justo. Não correspondendo ele com os anseios populares que determinaram a sua organização, o povo tem o direito de substituí-lo, refazendo o contrato (sustenta, pois, o direito de revolução).³³

Edmund Burke, apesar de ser simpatizante de boa parte das concepções que surgiram nessa época, principalmente quanto à limitação do poder da monarquia (fora adepto da implantação da monarquia parlamentarista na Inglaterra), rejeitava a nova sociedade que estava sendo delineada a partir da Revolução Francesa e também o modo pelo qual ela vinha sendo imposta pelos revolucionários. Isso porque, para ele, era necessário o respeito às instituições antigas. Ele defendia, por exemplo, a hereditariedade do titular do poder, os costumes e a tradição, e rechaçava a ideia de o povo poder eleger qualquer um para chefe do Poder e impor um novo sistema político à força, de acordo com o pensamento de novos filósofos.

³² MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 71.

³³ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 72.

Burke, cujo espírito era inflamado por uma aversão à Revolução Francesa, entendia que a revolução deveria ser sempre o último recurso dos homens inteligentes e virtuosos. O autor a compara com o ocorrido na Inglaterra, lugar em que houve mais cautela, pois na famosa Declaração de Direitos se garantiu a religião, as leis e as liberdades, que já existiam há muito tempo e estavam em perigo. Em sua concepção, a liberdade é uma herança que não pode ser alcançada da forma como os revoltosos da França fizeram, como se nunca tivessem vivido em uma sociedade civil e pudessem refazer tudo a partir do nada.³⁴

Em sua crítica, Burke diz que os franceses podiam suprimir o despotismo melhorando e adaptando a sociedade já existente, ao invés de se valer de violência e de premissas falsas, iludindo os homens com vãs esperanças, enquanto o rumo trilhado era uma desigualdade de fato mais amarga. As falsas luzes e a falsa igualdade prometida, em verdade, levaram a França a evidentes calamidades, comprando miséria com crime, impondo insolentemente opiniões e práticas irreligiosas e tratando com muito furor um monarca. Em suma, compreende que as consequências foram péssimas ao povo francês: leis não cumpridas, tribunais destituídos, indústria aniquilada, comércio quase extinto, impostos não pagos, povo empobrecido e papel moeda emitido por um poder novo e precário. Grande defensor da liberdade, conclui que ela poderia ser atingida de forma próspera sem o derramamento de sangue e desordem.³⁵

Sem aprofundar mais sobre a justiça ou a injustiça dos meios empregados pelos revolucionários para ascender ao poder, até porque esse ponto é objeto de profundas controvérsias, a verdade é que a burguesia revolucionária conseguiu suprimir o poder da nobreza, reduzir os poderes da Coroa e se sagrar vitoriosa depois de investir, no poder, o terceiro estado.

Nesse modelo político e jurídico do Estado burguês prepondera a liberdade do indivíduo em face à ingerência do Poder Público. Manoel Gonçalves Ferreira

³⁴ BURKE, Edmund. Trad. Renato de Assumpção Faria, Denis Fontes de Souza Pinto e Carmen Lúcia Richter Ribeiro Moura. *Reflexões sobre a Revolução em França*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 71.

³⁵ BURKE, Edmund. Trad. Renato de Assumpção Faria, Denis Fontes de Souza Pinto e Carmen Lúcia Richter Ribeiro Moura. *Reflexões sobre a Revolução em França*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 72/74.

Filho, de maneira precisa, ressalta que um dos grandes desideratos do liberalismo foi a limitação de poder, constituindo a garantia dos direitos do homem a razão de ser desse Estado. A tônica estava em exigir que o Poder Público tivesse limites, para que não interferisse no domínio próprio e irredutível da liberdade individual. Assim, a limitação do poder foi considerada um princípio liberal por excelência.³⁶

É durante o Estado Moderno que surge o constitucionalismo contemporâneo, expressão de um movimento propenso à confecção de um documento escrito, instituído tanto a partir da independência das colônias americanas como também da Revolução Francesa.

O Estado Liberal de Direito foi o primeiro modelo de estado moderno que consagrou o ideal de Estado de Direito, significando a primazia do Direito diante dos abusos do poder despótico do Antigo Regime.³⁷ Esse Estado de Direito pode ser encarado em uma perspectiva mais formal, consistente na ideia de que a lei estabelece os poderes públicos e as suas formas de exercício (princípio da legalidade), e também no aspecto material, segundo o qual se acrescenta, ao primeiro, um conteúdo principiológico de respeito aos direitos fundamentais do indivíduo.³⁸

Nesse modelo liberal, mediante a técnica formal da divisão de poderes e o emprego do princípio da legalidade, a sociedade conserva direitos de defesa frente ao Estado, havendo o reconhecimento de que os poderes públicos são exercidos com limites e respeito à liberdade formalmente reconhecida aos indivíduos.³⁹ Os cidadãos, ao invés de súditos a mercê do soberano, passam a usufruir de direitos contra o titular do poder.

Referido formato de Estado fez com que se reconhecessem os chamados direitos fundamentais de primeira geração, cujo titular era o homem individualmente considerado, que reivindicava uma abstenção do Estado em sua esfera particular.

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 279.

³⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 37.

³⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 35.

³⁹ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado Social y democratico de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 32.

Esses novos direitos eram de natureza negativa, pois impunham uma série de restrições ao Estado, para que este se comportasse de forma omissiva.

O cidadão, nessa filosofia individualista, passou a ocupar o centro da sociedade, sendo enxergado como um ser racional, autônomo, responsável e livre, titular de direitos fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade de expressão e a propriedade privada, direitos esses emanados dos anseios da burguesia. Nessa perspectiva, quanto mais distante o Estado dos atos da vida social, mais amplo torna-se o campo de liberdade atribuído ao cidadão.⁴⁰

Como já mencionado, o Direito Penal está intimamente vinculado ao pensamento político e o modelo de Estado vigente, sendo esses os elementos que determinam a forma pela qual será exercido o poder sancionador. Concretamente afirma-se que o Direito Penal moderno foi construído a partir do Iluminismo, já que deste movimento eclodiram os ideários de fixação de limites ao poder do Estado.

Há, segundo Peña Cabrera, uma estreita relação entre o Direito Penal e a Constituição, tendo os dois nascido e evoluído de forma concomitante. O autor confirma que foram as ideias políticas iniciadas no Iluminismo que influenciaram tanto a marcha das ideias constitucionais quanto penais, já que ambas são marcadas por uma limitação do poder do Estado, e que o Direito Penal nada mais é que o instrumento mais intimidador do poder político, por ter como consequência uma pena criminal.⁴¹

Sob a égide do Iluminismo a base fundante do Direito passa a ser o homem, ficando o delito desvinculado da noção de pecado. Edifica-se o princípio da legalidade do delito e da pena, como importante instrumento de proteção da liberdade e de contenção dos desmandos autoritários do Estado. A pena ganha uma fundamentação racional, para que a punição seja proporcional ao mal causado. Pode-se afirmar que a arquitetura do Direito Penal moderno teve inspiração na célebre obra “Dos Delitos e das Penas” de Cesare Beccaria, que propugnou maior

⁴⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 37/38.

⁴¹ PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal*, parte general. Lima, Grijley, 1994, p. 48.

humanização às penas. Ele refutava a tortura e a crueldade das penas, além de considerar que elas deveriam ser proporcionais ao dano social causado.

2.3 Estado Social de Direito

As desigualdades econômico-sociais e as péssimas condições de vida presentes entre o final do século XIX e o início do século XX, período de inspiração e ações governamentais de cunho liberal, gerou intensas reações na sociedade, que passou a reclamar uma nova configuração de Estado.

Em seu início, marcado pelos princípios da “liberdade, igualdade e fraternidade”, o liberalismo da burguesia capitalista teve, para a superação do regime absolutista, o apoio dos camponeses e das camadas sociais exploradas, já que o ideário revolucionário favorecia tanto os interesses individuais da burguesia enriquecida como dos aliados economicamente menos favorecidos. Todavia, quando o capitalismo ingressou na fase industrial, a burguesia, com a consolidação do poder político e econômico, ignorou a distribuição social da riqueza e excluiu o povo do acesso ao governo.⁴²

No período em questão houve, de um lado, o acréscimo súbito de riqueza nas mãos dos empresários (classe burguesa), e de outro, a penúria da classe trabalhadora. Isso porque o advento da industrialização resultou na diminuição da necessidade de mão-de-obra, ocasionando a redução dos salários e o aumento da massa de desempregados, já que o trabalho também era uma mercadoria submetida à lei da oferta e da procura.

Da mesma forma que o sistema feudal e o Estado absolutista, o Estado Liberal veio a ser questionado ante as novas e complexas transformações sociais. Constatou-se que a Revolução Industrial, impulsionada pelo avanço tecnológico, além de diminuir as oportunidades de trabalho, desencadeou a urbanização das cidades, impactando no crescimento demográfico e gerando a massificação do

⁴² LONZONI, Augusto. *Iniciação às ideologias políticas*. 2. ed. São Paulo: Ícone Editora, 1987, p. 16/17.

consumo, o aniquilamento de empresas de pequeno porte e a globalização das informações. Em razão da falta de intervenção estatal na regulamentação sócio-econômica, a nova classe de proletariados passou a viver na miséria, insurgindo-se diante da inércia estatal fundamentada na ideia central do liberalismo: *laissez faire, laissez passer*.

E, como resultado dessas insatisfações, surgiram variadas manifestações contra o liberalismo. Como bem escreve Flávio Eduardo Turessi:

partindo para uma concepção diametralmente oposta ao liberalismo, houve quem negasse a existência dos direitos fundamentais e buscasse construções autoritárias para a superação da crise social, dando margem à formatação de Estados totalitários, como a Alemanha nazista, a Itália fascista e o bloco soviético comunista. De outra banda, houve quem, inspirado e influenciado por ideais sociais da Igreja, buscasse soluções mais ponderadas, não extremistas, conferindo ao próprio Estado uma postura proativa para a superação da grave crise social.⁴³

Para o enfrentamento da crise social, no primeiro enfoque mencionado, o regime nacional-socialista demonstrou que a ideia de segurança ou de paz pública pode ser interpretada de maneira mal-intencionada, para, sob o manto da aplicação dos princípios do Estado Social, legitimar regimes autoritários.

A expressão Estado Social tem um caráter equívoco, comportando fenômenos distintos. Uma constante para o aparecimento dessa forma de Estado é, para Paulo Bonavides,⁴⁴ a intervenção ideológica do socialismo, que pode se compadecer com regimes políticos bem antagônicos, como a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo. Tanto que a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista e Portugal salazarista foram Estados Sociais. Ainda na opinião do autor, também o foram, a Inglaterra de Churchill e Attlee, os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt, a França, com a Quarta República e o Brasil, desde a Revolução de 1930.

Jorge Miranda também menciona a emergência dos modelos soviético e marxista-leninista, inspirados em ideologias antiliberais e nas ideias da Revolução

⁴³ TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 36.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 183/184.

Russa de 1917, sendo, o primeiro, feito em nome de todo o poder aos *soviets* (conselhos de operários, soldados e camponeses) e, o segundo, feito em nome da ideologia marxista-leninista.⁴⁵

Nesse contexto histórico, sob a influência da visão liberal, houve a percepção de que os direitos individuais conquistados pela revolução burguesa se tornaram insuficientes após os resultados negativos do capitalismo burguês, já que os indivíduos não pertencentes à classe dominante careciam de condições materiais para desfrutá-los. O mecanismo de auto-regulação do mercado ensejou o empobrecimento dessas camadas menos favorecidas, que se deram conta de que a fruição da liberdade só poderia concretamente ser atingida com a satisfação das necessidades vitais mínimas.

Com isso, o controle burguês de classe começava a se enfraquecer, e o Estado, conforme Lorenz von Stein, “passa a ser de todas as classes, fator de conciliação, mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital”.⁴⁶ A noção contemporânea de Estado Social surge a partir da busca pela superação da contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, independentemente do regime político existente.

Conforme bem ressalta Mir Puig, historicamente o Estado Liberal e o Estado Social eram retratados em uma relação dialética de tese e antítese, quando, na realidade, poderiam convergir em uma síntese, evitando-se os totalitarismos:

la sustitución paulatina del Estado Liberal por el intervencionista representó una progresiva relajación y un distanciamiento de las *garantías* liberales, que acaban viéndose como prejuicios burgueses puramente formales, frente a los cuales no tiene por qué retroceder la acción del Estado. Se llega así a los *totalitarismos* de izquierdas o de derechas que van sembrando el panorama político de entre las dos guerras mundiales. Pero ello no significa que el Estado Liberal y el Estado Social no puedan converger en una síntesis. El Estado intervencionista no implica necesariamente una concepción autoritaria. Lo único esencial al mismo es la asunción de una función de incidencia activa en las relaciones sociales efectivas, y esta función puede ponerse al servicio no sólo de una minoría o de un discutible *todo social*, sino también del progreso efectivo de cada uno de los ciudadanos. Siendo así, no resultará contradictorio con ese Estado Social el imponerle los límites propios

⁴⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: o Estado e os sistemas constitucionais*. Tomo I. 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 102/103.

⁴⁶ Lorenz von Stein *apud* BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 185.

del Estado de Derecho, igualmente al servicio del ciudadano, los cuales podrán impedir que se desarrolle la tendencia del Estado Social a un intervencionismo autoritario, que dejaría de servir a los intereses —también reales— del particular.⁴⁷

A ideia do modelo estatal social representou um caminho atraente para o enfrentamento das desigualdades sociais, por ter se mostrado uma solução para a elevação do nível de bem-estar social através do incremento de uma igualdade de natureza material.

Por isso houve uma mudança do núcleo ideológico, que deixou de ser o individualismo, de onde nasceram a liberdade e a propriedade, se revelando uma preocupação com o bem comum. Consequentemente, ao invés de uma abstenção do Estado, vislumbrava-se uma atuação positiva, por parte dele, nos âmbitos econômico, social e cultural. Essa proeminência ativa pretendida se consolidou como promotora dos direitos identificados como de segunda dimensão (trabalho, saúde, educação, assistência social, lazer etc.). Com isso, ao contrário do modelo liberal, em que se pleiteou uma separação entre o Leviatã e o indivíduo, no Estado Social reivindicou-se a interação entre Estado e sociedade.

Nesse contexto, conforme Manuel García-Pelayo, passou-se da proteção da sociedade em face ao Estado à proteção da sociedade por meio da ação do Estado. “Nesta nova visão o Estado passa a ser regulamentador de toda vida e saúde social, verdadeiro garantidor dos serviços públicos”,⁴⁸ para o atingimento de uma sociedade mais igualitária, com maior justiça social.

Mas o Estado Social apenas foi alcançado depois de um processo evolutivo, que segundo Tereza de Souza, percorreu três períodos: (1) a intervenção estatal nas relações laborais, despontando as primeiras leis trabalhistas; (2) a intervenção estatal na economia, com a regulamentação das atividades econômicas e

⁴⁷ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado Social y democratico de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 33

⁴⁸ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal racional: propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 45.

financeiras; e (3) o Estado prestacional, fase que representou o auge do Estado Social.⁴⁹

As Constituições pioneiras na adoção de um Estado Social foram as Constituições de Queretaro, do México, de 1917, e de Weimar, Alemanha, de 1919, consistentes em uma segunda fase do constitucionalismo, no qual se consagraram os direitos de segunda geração.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho discorda de que a Constituição mexicana de 1917 tenha sido o marco consagrador da nova concepção dos direitos fundamentais (direitos de segunda geração). Ele entende que esse diploma trouxe uma repercussão mínima, já que as únicas novidades apresentadas foram o nacionalismo, a reforma agrária, a hostilidade em relação ao poder econômico e um elenco dos direitos do trabalhador (Título VI), sem previsão, no entanto, do direito ao trabalho propriamente dito.⁵⁰ O constitucionalista aponta a Constituição alemã de Weimar de 1919 e a espanhola de 1931 como os documentos mais expressivos no reconhecimento dos direitos sociais, apesar de a Constituição mexicana ter minimamente incorporado essas novas ideias.⁵¹

Com a ruptura do paradigma liberal, uma nova dimensão de direitos se tornou perceptível, redefinindo-se os já consagrados direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade, uma vez que o cidadão-proprietário passou a ser enxergado como “cliente” de uma administração pública que busca garantir bens e serviços.⁵² No entanto, Bechara faz o contraponto acerca do risco de incidência de um efeito negativo, qual seja: “o intervencionismo excessivo apto a conduzir ao limite os conflitos políticos e sociais, colocando em perigo a própria existência da democracia”.⁵³

⁴⁹ SOUZA, Teresa Cristina de. Os direitos fundamentais e a evolução dos modelos de Estado. *Conteúdo jurídico*, Brasília-DF: 13 jun. 2013.

⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64/65.

⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 292.

⁵² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 59.

⁵³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 40.

O Estado Social, também chamado de Estado Providência, recebeu críticas em razão do advento de uma excessiva burocratização (por vezes acompanhada de corrupção), da quebra da competitividade na economia global, da falta de recursos financeiros e da ineficiência no cumprimento do seu principal desiderato, a promoção dos direitos sociais em busca de uma sociedade concretamente igualitária. Com isso emergia a necessidade de outro modelo de Estado.

2.4 Estado Democrático de Direito

Os dois modelos de Estado de Direito existentes até então, o Liberal e o Social, foram insuficientes para atender aos reclamos da sociedade. O Estado de natureza liberal, embora tenha instituído relevante proteção à liberdade, não deu solução para a pobreza e a miséria imperantes nas classes menos favorecidas. Quanto ao Estado Social, o intervencionismo exagerado que promoveu, concebido na pretensão de alcançar uma sociedade mais igualitária, deu azo ao surgimento de Estados totalitários.

Nesse sentido o Estado de Direito, fundado no princípio da legalidade e, portanto, considerado a partir da premissa de que o poder é limitado pelo Direito, precisava de uma nova fórmula, que somasse os aspectos positivos dos modelos anteriores, liberal e social, com a proteção dos direitos fundamentais individuais e também sociais, mas que obtivesse sucesso em extirpar os efeitos negativos já sentidos pela sociedade.

Com isso, para se evitar que as regras condutoras da sociedade fossem impostas apenas por uma classe dominante, ou que regimes autoritários tolhessem a liberdade sob o pretexto de cumprir direitos sociais, gestou-se a fórmula do Estado Democrático de Direito, segundo a qual o regramento da vida coletiva seria concebido em decorrência de um procedimento democrático e verdadeiramente popular.

Mas a democracia moderna, que foi reinventada quase concomitantemente na América do Norte e na França, não teve por espírito, originariamente, a defesa do

povo pobre, tendo sido a fórmula política encontrada pela burguesia para se defender de um governo irresponsável e para extinguir os antigos privilégios dos estamentos do clero e da nobreza.⁵⁴

A liberdade política por meio do sufrágio universal foi, portanto, uma árdua conquista revolucionária, adquirida após o conflito entre o trabalho e o capital. A burguesia teve que renunciar ao vigente sufrágio censitário, instrumento que, até então, lhe assegurava a sua conservação política. Já com o sufrágio universal, a burguesia passou a repartir o poder político com a massa proletária, perdendo o controle total do Estado. No entanto, essa concessão preservou ideologicamente a melhor qualidade que existia na antiga tradição liberal, qual seja: a liberdade moderna como valorização da personalidade, agora já no âmbito da democracia plebiscitária.⁵⁵

O modelo do Estado Democrático de Direito é uma opção política que resultou de um consenso obtido após mais de dois séculos de experiências, em que se reconheceu a necessidade de submeter o poder estatal a limites jurídicos democráticos, com base na concepção liberal, e de atribuir, ao Estado, as funções de conciliador dos problemas sociais.⁵⁶

Na concepção de Norberto Bobbio o Estado Liberal e o Estado Democrático são interdependentes: (1) o liberalismo é um pressuposto histórico e jurídico da democracia, já que para a existência dela são necessárias certas liberdades a fim de que possa ser exercida de forma correta, isso porque, para uma definição mínima de democracia, não bastam a existência de regras de procedimentos ditadas pela maioria, ou que se atribua, a um elevado número de cidadãos, o direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, exige-se também que os cidadãos chamados a decidir ou a eleger seus representantes (tomadores de decisão) estejam diante de alternativas reais de escolha, medida que só se verifica quando garantidas a liberdade e as suas derivações, nascidas no Estado Liberal,

⁵⁴ COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63/64.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 188/189.

⁵⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 42.

que englobam, por exemplo, a livre expressão de opinião e a liberdade de reunião e associação; (2) a democracia também é necessária para o liberalismo, diante do fato de que o poder democrático garante tanto a existência como a persistência das liberdades fundamentais.⁵⁷

A democracia também é indissociável em relação às proteções herdadas dos modelos sociais de direito, pois a igualdade do Estado Liberal tinha caráter meramente formal, ou seja, era apenas uma garantia legal abstrata, e apenas a igualdade de fundo material, inspirada em direitos sociais, é que proporciona ao indivíduo as condições concretas de igualdade, que lhe conferem o exercício a sua cidadania plena. Destaque-se que a recíproca também é verdadeira, tendo em vista que apenas com a existência do poder democrático é que os indivíduos podem participar das deliberações políticas do Estado, de forma a selecionar os programas que criem as condições básicas para o atingimento do princípio da solidariedade, com a distribuição dos recursos comuns.

Alinhavado a essa ideologia, Canotilho:

a articulação da socialidade com democraticidade torna-se, assim, clara: só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar do governo da pólis. Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais. A juridicidade, a socialidade e a democracia pressupõem, assim, uma base jurifundamental, incontornável, que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais.⁵⁸

Mir Puig, ao escrever sobre a Constituição da Espanha, também conclui que a fórmula identificada como “Estado Democrático de Direito” é produto da fusão dos princípios do Estado Liberal e do Estado Social, mas entende que a sua síntese

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. Trad. Marco Aurélio Nogueira. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 19.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”)*.

permite a superação de seus componentes básicos através do acréscimo de uma terceira característica, que é a democracia.⁵⁹

Com isso, o Estado Democrático de Direito não é a simples conjunção dos Estados Liberal e Social, podendo ser enxergado como uma evolução desses modelos, pois além de assegurar o respeito à liberdade e aos demais direitos individuais e sociais, traz um ingrediente novo, que é a democracia, possibilitando que os cidadãos sejam protagonistas das decisões políticas aptas a criar as condições sociais e econômicas para o bem-estar social.

Neste sentido, são as lições de Sabrina Nasser de Carvalho:

neste modelo de Estado, os postulados estão preconizados sob a prevalência dos direitos fundamentais e nos preceitos participativos da sociedade civil. Com isso, tem-se que os governantes estão vinculados ao respeito estrito dos direitos que perfazem a dignidade humana e, ainda, que as decisões políticas devem ser o resultado da intensa participação da sociedade civil nas deliberações de larga importância política e social.⁶⁰

O Estado de Direito nem sempre é democrático, pois, para sê-lo, é necessário que se assente no princípio da soberania popular, impondo-se a efetiva e operante participação popular na política pública. Porém, mais do que a participação na formação das instituições representativas, que é apenas uma etapa da evolução do conceito de Estado Democrático, o princípio democrático também visa garantir os direitos fundamentais da pessoa humana.⁶¹

“A democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”.⁶² Nessa ordem de ideias, o Estado Democrático de Direito também representa a soma dos diferentes núcleos de

⁵⁹ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado Social y democratico de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 31.

⁶⁰ CARVALHO, Sabrina Nasser de. *Processos coletivos e políticas públicas: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016, p. 18/19.

⁶¹ CROSA, Emilio *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 117.

⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 126.

direitos fundamentais que marcaram as diversas fases evolutivas do Estado de Direito moderno.⁶³

Quanto a essas fases, também chamadas de gerações de direitos, o Estado Democrático de Direito absorve os de primeira (direitos civis e políticos), os de segunda (direitos econômicos, sociais e culturais) e os de terceira dimensão (de titularidade difusa ou coletiva, relacionados aos valores fraternidade e solidariedade, “para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos – tem-se aqui o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, e a conservação do patrimônio histórico e cultural”).⁶⁴ A doutrina tem apontado até mesmo direitos fundamentais de quarta geração, a exemplo de Paulo Bonavides, que elenca, entre eles, a democracia, a informação e o pluralismo, e os aponta como direitos indispensáveis para a concretização da sociedade aberta do futuro.⁶⁵

Essa classificação dos direitos fundamentais em gerações foi instituída, pela doutrina, apenas para situar o momento histórico de seu surgimento, com o acolhimento das respectivas reivindicações, uma vez que não existe substituição de uma geração por outra, mas sim complementação. Todos os direitos permanecem válidos mesmo após o surgimento de novas dimensões, “ainda que o significado de cada uma sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos; assim, um antigo direito pode ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais”.⁶⁶ Antonio-Enrique Pérez Luño aponta que “as diversas gerações de direitos fundamentais nada mais são que aperfeiçoamento desses mesmos direitos e não novas gerações”.⁶⁷

Para Bolzan de Moraes, o Estado Democrático de Direito também ultrapassa a formulação do Estado Liberal e do Estado Social (Welfare State capitalista) porquanto impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de

⁶³ COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz. *O Direito Penal e os influxos legislativos pós-Constituição De 1988: Um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição?*

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 137/138.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 571.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 138.

⁶⁷ Antonio-Enrique Pérez Luño *apud* PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 129.

transformação da realidade. Da associação entre o núcleo liberal e a questão social, obtém-se efetivamente a igualdade por meio do asseguramento mínimo de condições de vida ao cidadão e à comunidade.⁶⁸

É por meio da dinâmica distributiva que o Estado Democrático de Direito busca alcançar o progresso material da sociedade, assegurando a todos os seus integrantes as condições indispensáveis para a sua inclusão política e para a conservação de seu poder de influência nas deliberações no âmbito estatal. Desta forma o Poder Público consegue elevar todos à condição de sujeitos de direitos, ao invés de limitar parte das pessoas como mero objeto de um processo político estritamente formal.⁶⁹

A permanente participação do povo nas decisões políticas do Estado também implica na vantagem de garantir que o seu aparato seja conduzido de acordo com os anseios presentes da sociedade, acompanhando a dinâmica que as transformações sociais reclamam.

O Direito Penal, na qualidade de mais rígido instrumento de controle social, precisa atuar subordinado à carga valorativa de um Estado Democrático de Direito, em consonância com os direitos fundamentais, dentro, portanto, dos limites dos princípios penais e processuais constitucionais. Apenas quando pautado nos parâmetros preestabelecidos pela Constituição democrática é que o Direito Penal gozará, também, de legitimidade democrática.

Isso porque o Estado Democrático de Direito é a construção em que todo o ordenamento jurídico, inclusive o Direito Penal, é exteriorizado em obediência aos parâmetros democráticos. O Estado Democrático de Direito não se revela somente quando o Estado e os seus cidadãos se submetem à lei, mas também na hipótese de a norma ser criada com respeito à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos.

⁶⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Dos Direitos Sociais aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

⁶⁹ CARVALHO, Sabrina Nasser de. *Processos coletivos e políticas públicas: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016, p. 23.

Seguindo essa lógica, se o legislador cumpre o paradigma axiológico constitucional e criminaliza condutas de acordo com as transformações e os anseios sociais, em última análise, não cabe ao Judiciário arbitrariamente descriminalizar condutas em contrariedade à vontade popular (que foi manifestada através dos representantes eleitos).

Para que o sistema penal seja sólido e coerente, o seu conteúdo não pode apresentar discrepância entre a aparência e a realidade. Inexiste sustentação lógica em se adotar determinada rigidez, mediante a criação de novos tipos penais, causas de aumento de pena, qualificadoras e agravantes, ao tempo em que, por outro lado, se afrouxa a legislação para estabelecer medidas que, por exemplo, evitam o cumprimento das penas privativas de liberdade.

Com vistas à proteção efetiva da sociedade e à utilização do Direito Penal como eficiente instrumento de controle e pacificação social, o Estado Democrático de Direito reclama um equilíbrio, a se materializar pela adoção de um modelo ponderado, que de um lado não seja extremamente repressor, e que igualmente não conceda privilégios indevidos, flertando com a impunidade.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Norberto Bobbio, acerca da teoria kelsiana, diz que “o ordenamento jurídico é uma cadeia de normas que criam poderes e de poderes que criam normas”.⁷⁰

O direito é criado pelos legitimados do poder, mas também é o direito que legitima e limita o poder, já que no Estado de Direito existe uma submissão de todo o poder político ao direito.

O ordenamento jurídico é formado não apenas por regras prescritivas, mas também por um arcabouço principiológico que orienta todo o sistema normativo, não importando se positivados ou não.

O princípio, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo (...)⁷¹

Conforme Ruy Samuel Espíndola, “os princípios designam a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam”.⁷² Ademais, “os princípios incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade”.⁷³

Esses princípios, quando dispostos no texto constitucional, inclusive irradiam toda a estrutura infraconstitucional, porquanto no escalonamento das normas, a Constituição Federal ocupa o vértice de uma pirâmide e, portanto, é ela que orienta

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Garcia. 6. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1997, p. 156/157.

⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 922.

⁷² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 2002, p. 53.

⁷³ DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1995, p. 59.

todas as demais disposições de níveis mais baixos, fundamentando e limitando também o Direito Penal.

Na Lei Maior podem ser extraídos diversos princípios explícitos, assim como implícitos, sendo estes não escritos, mas decorrentes logicamente de todo o sistema constitucional. Se o direito limita o poder, e se os princípios integram o direito, o estudo deles se torna imprescindível para o estabelecimento dos limites do poder estatal.

Considerando que o Direito regula condutas humanas e que o Direito Penal tem por finalidade proteger os bens jurídicos mais relevantes, para a punição das condutas lesivas a esses interesses, o legislador necessita se valer de todo o arcabouço principiológico para orientar, impulsionar e limitar o poder de criação das normas incriminadoras que possibilitarão a intervenção punitiva.

Se os princípios refletem uma ideologia conforme o modelo de Estado vigente, a sua seleção no ordenamento jurídico e observância como instrumento de limitação do poder punitivo, é que irá diferenciar um regime democrático de um autoritário. O Direito Penal, ciência eminentemente moderna, para se harmonizar ao Estado Democrático de Direito, não pode se desviar de seu modelo garantista clássico, que tem como alicerce os princípios da legalidade estrita, da responsabilidade pessoal, da ofensividade dos delitos, equilibrados, proporcionais, de forma a manter um Direito Penal de intervenção mínima em respeito à proteção da dignidade da pessoa humana, para que o indivíduo não sofra abusos e restrições em sua liberdade além do necessário.

É importante ressaltar que foi mais recentemente que os princípios assumiram posição de maior destaque no que tange a sua normatividade, porquanto a sua juridicidade percorreu algumas fases.

Na fase jusnaturalista, mais antiga e tradicional, os princípios pertenciam a uma esfera inteiramente abstrata, com uma normatividade praticamente nula e duvidosa.⁷⁴ Já na fase positivista, os princípios ingressam nos Códigos, podendo ser

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 259.

extraídos das normas vigentes em determinado sistema jurídico, mas eram tidos como fontes de mero teor supletivo, subsidiário.⁷⁵ No período pós-positivista, quando atingiram *status* constitucional, alçaram o patamar mais alto da escala normativa, funcionando como fundamento para todo o sistema jurídico, se tornando a 'norma das normas'.⁷⁶ Dada a sua normatividade contemporânea, além de informarem todo o ordenamento jurídico, atuam como filtro de verificação de validade das normas.

No mesmo sentido, quanto à normatividade dos princípios, Yacobucci sustenta que o Direito Penal, formalizando a atividade sancionadora, pressupõe um arcabouço principiológico que racionalize a sua existência e aplicação. Os princípios, por sua influência jusfilosófica, e caráter normativo, se apresentam como diretrizes, normas, valores de caráter normativo, que se impõem em toda a configuração do Direito Penal, regulamentando toda a convivência humana. Com isso, eles determinam a política criminal, funcionam como limite do poder decisório e também como garantias dos cidadãos em face da atividade sancionadora do Estado.⁷⁷

É nesse contexto do pós-positivismo que os princípios merecem ser interpretados, permeando toda a atuação estatal em matéria penal. Sendo o Direito Penal o braço forte do Estado, é à luz dos princípios constitucionais penais que ele irá conformar os bens jurídico-penais. Disso decorre que o aparato punitivo-penal não pode ser criado com desvio aos valores e limites compatíveis com um modelo de Estado Democrático de Direito, estabelecido por uma Constituição que possui força ativa para conformar a realidade política e social.

3.1 Dignidade da Pessoa Humana

A ideia de um valor intrínseco ao ser humano, inerente à condição humana, já era desenvolvida no campo da filosofia, mas o reconhecimento, no plano jurídico, do

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 262.

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 289/290.

⁷⁷ YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *El sentido de los principios penales: su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 360/361.

homem como ser dotado de dignidade, surgiu especialmente no curso do século XX, a partir da experiência da Segunda Guerra Mundial. Das práticas políticas nazistas e do holocausto, que culminaram na distinção dos homens em diferentes categorias, emergiu a necessidade de proteção da pessoa humana contra qualquer forma de sua degradação e discriminação.

As referências na Bíblia de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus já demonstravam que o homem era imbuído de um valor próprio, que o diferenciava dos outros seres. São Tomás de Aquino reafirmou essa ideia e a somou à capacidade de autodeterminação, que era uma qualidade inerente à natureza humana, já que o homem, livre por natureza, existia em função da sua própria vontade.

No período inicial da colonização da América Espanhola, o padre e teólogo Francisco de Vitória, professor da Universidade de Salamanca, questionou incisivamente as práticas do Reino Espanhol, consistentes em submeter os nativos a tratamento distinto do concedido aos demais súditos da Coroa. Segundo o historiador americano Thomas E. Woods Jr, Vitória se tornou reconhecido por ter lançado as bases do moderno Direito Internacional, em conferências publicadas sob o título “Sobre os índios e a Lei de Guerra”. Em seus escritos enunciou, conforme Woods Jr, com fundamento na doutrina cristã e inclusive na obra tomista, que todos os homens são iguais e, mais do que isso, possuem um lugar único na Criação, razão pela qual devem receber dos seres humanos, seus semelhantes, tratamento que nenhuma outra criatura pode reivindicar. Nas palavras de Woods Jr, o eclesiástico ensinou que sequer o pecado mortal destituía o homem de seus direitos naturais, e que, obviamente, inexistia distinção, no que tange aos direitos naturais, entre batizados e não batizados. Na concepção do clérigo, os direitos naturais, nos quais se insere a dignidade, não existiam apenas para os cristãos, sendo atinentes a todos os homens, indistintamente.⁷⁸

⁷⁸ WOODS, Thomas E. Jr. *Como a Igreja Católica Construiu a Civilização Ocidental*. Trad. Élcio Carillo. 9. ed. São Paulo: Editora Quadrante, 2014, p. 131/136.

Thomas Hobbes, apesar de entender que a natureza fez os homens iguais, tanto em corpo como em espírito,⁷⁹ identificava neles valores distintos, já que entendia que os indivíduos, assim como todas as coisas, também tinha um preço, que dependia da necessidade e julgamento de outrem, ainda que o sujeito atribuísse a si mesmo o mais alto valor possível. Para melhor demonstrar o seu raciocínio, dizia que um hábil condutor de soldados tinha um preço alto em tempo de guerra, mas não em período de paz. A dignidade estava relacionada com a importância pública da pessoa, conforme o valor que a República atribuía a ela, através de cargos de direção, funções judiciais e empregos públicos.⁸⁰

Immanuel Kant sustentou que a racionalidade é um atributo peculiar da pessoa humana, que é o único ser que se determina, de forma autônoma, em conformidade com a representação de certas leis. Essa natureza do homem como ser racional o torna um fim em si mesmo e não um meio para o uso arbitrário da vontade de terceiro.⁸¹ Essa qualidade da pessoa humana a torna um ser dotado de dignidade e, por conta disso, diferentemente das coisas, que têm preço e podem ser substituídas por outras equivalentes, o homem paira acima de todo e qualquer preço, sendo insubstituível.⁸²

Se a pessoa humana é um fim, e não um meio, essa concepção de dignidade da pessoa humana do filósofo alemão Kant repudia a coisificação e a instrumentalização do ser indivíduo. Ingo Sarlet explica que essa ideia não impede que o homem seja instrumentalizado de forma espontânea e voluntária, como ocorre, por exemplo, em uma prestação de serviços. O que se repele é o seu emprego como meio para o uso arbitrário e egoístico a disposição de outrem.⁸³

Inclusive, a pessoa humana, na concepção de Estado Democrático de Direito, é o fim primordial do Estado, e não um mero meio de sua atividade, razão pela qual

⁷⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Capítulo XIII. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 106.

⁸⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Capítulo X. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 77/78.

⁸¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67/68.

⁸² KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 77.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 61.

se o Estado existe, é em função da pessoa humana, e não o contrário.⁸⁴ Em razão de sua dignidade, o homem não pode ser objeto da ação estatal, até porque possui valor pré-estatal.

Nos Estados autoritários, porém, inverte-se toda essa lógica. Como o totalitarismo rechaça a opção democrática e não acata o princípio da dignidade da pessoa humana, torna o Estado um fim e o homem um meio, mudando o raciocínio formulado por Kant, tendo em vista que a pessoa humana passa a ter um preço e não uma dignidade.⁸⁵

A dignidade da pessoa humana, como um fim e valor fundante, se insere nos sistemas jurídico-constitucionais no período posterior a Segunda Grande Guerra, seguindo a linha da Declaração dos Direitos do Homem da ONU (1948), que, rechaçando qualquer distinção entre as pessoas (conforme ocorreu na profunda barbárie nazista), reconheceu, em seu artigo 1º, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para os outros em espírito de fraternidade”.

A dignidade da pessoa humana ganhou *status* de princípio fundante dos direitos fundamentais e das próprias ordens políticas e, com isso, integra, como núcleo, os modelos de Estado, especialmente aqueles com característica democrática.

O emprego da dignidade da pessoa humana nos textos constitucionais teve significado mais relevante nos países que reconstruíram a sua democracia após experimentarem modelos autoritários, resgatando a humanidade dos seus cidadãos e lhes atribuindo a livre escolha do seu destino.

Valor matricial do constitucionalismo contemporâneo e da ordem internacional, a dignidade humana, ainda quando não escrita em dado sistema normativo, pode ser encontrada de maneira implícita nos sistemas constitucionais

⁸⁴ BLECKMANN *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 78.

⁸⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio da Dignidade da pessoa humana e a exclusão social*.

que reconhecem os direitos e as garantias fundamentais, conferindo conteúdo ao respectivo Direito positivo.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana foi acolhida, na Constituição de 1988, como um dos fundamentos da República Federativa, e o foi de maneira inédita, na medida em que não era prevista expressamente nas constituições anteriores. Na visão de Antônio Carlos da Ponte, a constitucionalização da dignidade humana e, principalmente, a opção do constituinte de destacá-la como fundamento do Estado brasileiro, a transforma em alicerce e objetivo maior da sociedade, com o reconhecimento de que as pessoas são a razão da existência do Estado.⁸⁶

Hans Kelsen formulou a noção de que as constituições ocupam o ápice da ordem jurídica, promovendo fundamento de validade para o restante do ordenamento jurídico, que se estrutura, de forma escalonada, na forma de uma pirâmide. Para ele, o fundamento de validade da própria Constituição “é a norma hipotética fundamental”.⁸⁷

Em nossa Constituição Federal de 1988, essa norma hipotética fundamental é a dignidade da pessoa humana, visto que esse preceito se constitui na espinha dorsal que orienta todos os princípios e regras do nosso ordenamento jurídico.

Conforme Carmen Lúcia, a dignidade da pessoa humana “converteu-se, pois, no coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana estampado nos direitos fundamentais acolhidos e assegurados na forma posta no sistema constitucional”.⁸⁸

Há considerável dificuldade em se conceituar a expressão “dignidade da pessoa humana”, por se tratar de um termo aberto, impreciso, indeterminado, diversificado, que ao longo do tempo se modifica e adquire novos conteúdos. Farias,⁸⁹ embasado nas ideias de Canotilho e na literatura jurídica contemporânea, evita apresentar um conceito rígido, para não torna-lo incompatível com o pluralismo

⁸⁶ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 80.

⁸⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247 e 224.

⁸⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio da Dignidade da pessoa humana e a exclusão social*.

⁸⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 50.

e a diversidade, que são valores prestigiados nas sociedades democráticas modernas.

Justamente em razão da mencionada elasticidade conceitual, não há aqui a intenção de explorar as diversas construções já desenvolvidas pela doutrina. Mas optou-se por colacionar a definição externada por Ingo Wolfgang Sarlet, autor que em sua obra afirma que a compreensão que possui, ao longo das reedições publicadas, foi ajustada em duas ocasiões:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁹⁰

A dignidade humana, como um princípio que é, obriga o Estado e a comunidade em geral a observá-la e, dado esse caráter vinculante, cria uma dimensão defensiva e outra prestacional.

Observe-se que a dimensão defensiva é analisada a partir de um prisma negativo. Nesse ângulo, a dignidade se consubstancia em um obstáculo pleno e insuperável, uma verdadeira baliza, que se destina a proteger as particularidades e a autonomia dos indivíduos em face de interferências de terceiros ou do próprio Estado.⁹¹

No prisma da prestação, a dignidade impõe uma tarefa, exigindo um comportamento ativo do Estado, consistente em direcionar as suas ações e políticas

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 70/71.

⁹¹ LADEUR e AUGSBERG *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 57.

públicas para a preservação da dignidade já existente e para a criação de condições destinadas aos seus plenos exercício e fruição.⁹²

A dignidade da pessoa humana irradia ao Estado e à comunidade papéis diversificados e muitas vezes imprecisos. Todos os indivíduos têm o dever recíproco de respeitar a dignidade alheia e de ter o seu valor pessoal respeitado. O Estado, além de salvaguardar a dignidade de seu povo com respeito ao individualismo, precisa, concomitantemente, atuar para evitar violações por parte de outros particulares e viabilizar as mínimas condições sociais àqueles mais carentes.

Pérez Luño bem ressalta que a dignidade da pessoa humana traduz uma garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas e humilhações, como também implica, em um sentido positivo, no pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.⁹³

Essa ideia da existência de um dever do Estado de assegurar uma existência digna aos mais necessitados por meio de programas e políticas sociais harmoniza-se com o direito a um mínimo existencial (implícito), diante do fato de que o ente político precisa assegurar uma sociedade inclusiva, em que todos os indivíduos possam desfrutar dos bens e serviços disponibilizados. O nosso Supremo Tribunal Federal tem buscado concretizar essa ideia de mínimo essencial por meio de decisões judiciais que obrigam o Estado a atuar, por exemplo, nas áreas da saúde, da educação, da moradia, da assistência e da previdência social. Nessa perspectiva, não se assegura, através do aparato estatal, somente o direito à vida, e sim a uma vida com dignidade.

Na ordem constitucional brasileira a dignidade da pessoa humana não é apenas o fundamento da República Federativa, vindo a assumir, também, as funções de princípio e regra, servindo como valor fundante de todas as escolhas políticas formuladas pelo Estado.

⁹² PODLECH *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 57.

⁹³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 318.

Francisco Fernández Segado, assim como considerável fração da doutrina, afirma que a dignidade da pessoa humana é um valor absoluto e que, diante disso, até as pessoas que se comportem de forma reprovável devem ter sua dignidade reconhecida.⁹⁴ Da mesma forma, Ferreira dos Santos entende que a dignidade sempre deverá prevalecer diante dos outros princípios.⁹⁵

Sem a pretensão de aprofundar o assunto, antes de discorrer acerca desse caráter pleno da dignidade humana, cumpre esclarecer que, para Robert Alexy, as normas jurídicas podem ser de duas naturezas, regras e princípios, devendo se destacar que essa tipologia influencia no tratamento da dignidade da pessoa humana.

Conforme Alexy como os princípios não contém um mandamento definitivo, exigem que algo seja realizado na maior medida possível, e o grau dessa concretização depende das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, pois as razões de um princípio podem ser afastadas quando confrontadas com razões antagônicas. As regras, por sua vez, possuem uma lógica própria, visto que estabelecem que algo seja realizado exatamente da forma como prescrevem, podendo, no entanto, tais determinações falhar diante de impossibilidades jurídicas ou fáticas, circunstância em que ela deixará de ser aplicada. Portanto, enquanto os princípios são mandamentos de otimização, as regras se afiguram como normas que vem ou não a ser satisfeitas, a depender do caso concreto.⁹⁶

Ronald Dworkin igualmente preconiza que as regras, quando válidas, devem ser aplicadas na forma do tudo-ou-nada, ou seja, ou incidem integralmente ou não se aplicam, ao passo que os princípios, como apenas indicam uma direção, não têm como consequência necessária uma determinada decisão.⁹⁷

⁹⁴ SEGADO, Francisco Fernández. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamento jurídico. Estado & Direito. *Revista Luso-Espanhola de Direito Público*, p. 23.

⁹⁵ SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo, Celso Bastos, 1999, p. 94.

⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 103/104.

⁹⁷ DWORKIN *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 104.

Ingo Sarlet concorda com a classificação de Alexy e Dworkin e explica que a dignidade, quando assume a condição de regra jurídica, seja impositiva ou proibitiva de condutas, pode ter valor absoluto e expressar a regra do tudo-ou-nada, como no caso da proibição da tortura e de penas desumanas e cruéis. Entende o referido autor que, na hipótese de a dignidade assumir a feição de princípio, mesmo prevalecendo sobre outros princípios e devendo ser aplicada na maior medida possível, não se afigura como um preceito absoluto, dando ensejo, por vezes a uma necessária relativização, nas situações em que se estabeleça tensão entre as dignidades de diversas pessoas ou até mesmo entre a vida e a dignidade do mesmo indivíduo.⁹⁸

De fato, é possível que haja conflito entre o direito à vida e à dignidade de um mesmo sujeito, como no caso em que ele possua uma doença que o tenha levado a um estado terminal. Na esteira do nosso atual ordenamento jurídico penal, em que não se admite a eutanásia como forma de abreviar a vida daquele que já vive sem dignidade, o direito à vida prevalece sobre a dignidade, e vindo alguém por termo à vida alheia nesse caso, responderá por homicídio. É possível, porém, na hipótese, a aplicação de uma causa de diminuição de pena, em razão do reconhecimento de uma atuação pautada em relevante valor moral, consistente na intenção de preservar a dignidade da vítima e dar fim a um sofrimento irreversível que a própria não mais suporta. O exemplo em questão demonstra que a dignidade nem sempre possui um caráter absoluto.

Outra situação emblemática em que o direito à vida prevaleceu sobre a dignidade da pessoa humana se deu no caso da proibição do fornecimento da fosfoetanolamina sintética (pílula do câncer). As duas posições antagônicas, pela constitucionalidade da lei que permitia o fornecimento do medicamento e pela sua inconstitucionalidade, expressavam uma intenção de resguardar a saúde. Com o fundamento de que não havia estudos conclusivos sobre a eficácia da fosfoetanolamina, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o direito à vida e à integridade física deveria prevalecer sobre a dignidade dos pacientes, que afirmavam que a substância proporcionava mais qualidade de vida.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 85/86.

Por vezes ocorre a colisão entre as dignidades de pessoas distintas e, nesses casos, a solução para tal tensão será uma ponderação diante do caso concreto. A dignidade da pessoa humana, como se observou, nem sempre pode ser encarada como um valor de caráter absoluto. Na realidade, eventualmente a dignidade tem um caráter dúplice, só podendo ser assegurada para alguns, com a respectiva limitação para outros.

É o caso que se verifica, por exemplo, em relação às pessoas presas. Encarcerados têm, ordinariamente, limitação à dignidade, na medida em que o próprio aprisionamento, por si só, enseja uma série de restrições às esferas de direitos fundamentais, principalmente da liberdade. Isso não significa que o detento, ainda que tenha cometido atos indignos e repugnantes, deva ser privado totalmente de sua dignidade ou mantido em condições desumanas. O que se tem é uma relativização desse preceito em prol da dignidade dos demais membros da coletividade, afinal ao Estado também se atribui o asseguramento dos direitos à segurança, vida e dignidade das vítimas de crimes, e, no juízo de ponderação a se realizar, quando necessário e inevitável, o sacrifício deve incidir sobre o sujeito que, ao cometer crimes, não respeitou a dignidade alheia.

Mesmo sendo a dignidade um valor de mais alta hierarquia, não existe uma absoluta imunidade contra intervenções restritivas.⁹⁹

A dignidade humana como valor fundante que informa todo o ordenamento jurídico, também orienta a estrutura do Direito Penal, não devendo ser um princípio utilizado apenas como argumento de sustentação da opressão do Estado frente ao autor de um fato criminoso. O Direito Penal, como um instrumento de controle social que intervém para a proteção da sociedade, tem a dignidade humana como valor que se irradia também para a criminalização de condutas, não apenas as que ofendem bens jurídicos individuais, de matriz liberal-individualista, mas também as que violam bens de feição coletiva, aperfeiçoando-se com uma perspectiva mais humana e plena para a maioria que compõe a sociedade.

⁹⁹ KLOEPFER *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 161/162.

Em um regime democrático de direito no qual o modelo político se destina a garantir ao homem uma existência livre e digna, a dignidade emerge como um valor pré-estatal, que se impõe a todo ordenamento penal, para proteção não apenas do cidadão que se sujeita ao poder punitivo estatal, mas também de toda a sociedade, que perde parte de sua dignidade quando submetida à insegurança pública. Se o homem é o fim do Estado e todos têm a mesma medida de dignidade, a partir de um juízo de ponderação, não é tolerável que o particular perca a sua liberdade e a sua segurança em prol da liberdade daqueles que deveriam estar sob a tutela do direito punitivo.

3.2 Princípio da Legalidade

Postulado básico do Direito Penal, o princípio da legalidade é o preceito segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena pode ser aplicada, sem que antes o delito e a sanção tenham sido estabelecidos por lei, vindo a expressar uma real limitação ao poder estatal de interferir nas liberdades individuais.¹⁰⁰

Para a maioria dos autores, a origem histórica do princípio da legalidade remonta a 1215, na Inglaterra, quando foi produzida a Magna Carta, um documento que limitou o poder do monarca, impedindo o exercício, por parte dele, do poder absoluto. Para Mir Puig¹⁰¹ já havia ali um embrião do que viria a ser o moderno princípio da legalidade, a despeito de não ter excluído, como fonte de criminalização, o costume, e de estar mais relacionado a uma garantia processual. O escrito preconizava, no artigo 39, que “nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra.”¹⁰²

Segundo Nelson Hungria, a Magna Carta de 1215 já estabelecia a ideia fundamental de limitação da autoridade do Estado em face da liberdade individual, a

¹⁰⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21.

¹⁰¹ MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal. In *Maestros del Derecho Penal*, nº 5. 2. ed. Montevideo: B de F, 2013, p. 125/126.

¹⁰² A menção à “lei da terra” invocava os costumes.

qual foi desenvolvida com maior profundidade por John Locke, no século XVII, e Montesquieu, no século XVIII, através da famosa obra 'Espírito das Leis' (1748). Foi esse último pensador francês quem definiu o conceito de liberdade como sendo a possibilidade de o indivíduo se orientar pela lei, sendo-lhe permitido fazer tudo o que não estivesse proibido.¹⁰³ Beccaria, influenciado pelas ideias iluministas, em sua famosa obra 'Dos delitos e das Penas' (1764), defendeu que a autoridade do direito penal estava submetida à lei:

só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida pelo contrato social. Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, aplicar pena a outro membro dessa mesma sociedade, superior aos limites fixados pelas leis.¹⁰⁴

Na condição de princípio político-liberal, a legalidade representou uma proteção da liberdade individual em face da autoridade do Estado absoluto, com vistas a contê-la e a evitar o poder ilimitado do despotismo monárquico. Como cânone oriundo do Estado de Direito, se difundiu para vários países depois de reconhecido no art. 9º da Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Ensina Jescheck que a legalidade que adotamos hoje está fundamentada historicamente na teoria do contrato social do Iluminismo, visto que foi a partir da pregação dos teóricos da 'Era da Razão' que surgiu como real apotegma político¹⁰⁵ para a contenção da expansiva autoridade do Estado. O Direito Penal de vanguarda tem como uma de suas principais características a submissão ao império das leis, desse modo, apenas os ditames legais constituem mecanismo legítimo para criar crimes e penas, e não a vontade do rei da monarquia absolutista.¹⁰⁶

¹⁰³ HUNGRIA, Néson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, volume V. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 42.

¹⁰⁴ BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 30.

¹⁰⁵ JESCHECK *apud* LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

¹⁰⁶ VALLEJO, Manuel Jaén. *Principios constitucionales y derecho penal moderno: estudios sobre cuestiones de especial relevância constitucional*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999, p. 19.

É criação de Feuerbach, datada de 1813, o brocardo latino que conhecemos como sintetizador do significado do princípio da legalidade – *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O teórico pretendeu vincular a legalidade a outro objetivo, relacionando-a com a ideia de prevenção geral como um fim da pena. Sob o influxo da teoria da coação psicológica, o alemão entendia que “o objetivo da cominação da pena na lei era a intimidação de todos, como possíveis protagonistas de lesões jurídicas”, e, por isso, “toda pena pressupunha uma lei penal”.¹⁰⁷

O princípio da legalidade, no Brasil, tem matriz constitucional, e figura expressamente no artigo da 5º, XXXX, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Desde a Constituição do Império, de 1824, se delineou como relevante postulado constitucional, tendo sido consagrado, ainda, nas Leis Maiores de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967.

A legalidade, como uma garantia do cidadão frente à atuação do Estado em matéria penal, representa a exteriorização política do princípio, impedindo a imposição de penas não previstas no ordenamento jurídico em momentos de comoção social e vedando a analogia *in malam partem* das normas penais incriminadoras. Nesse papel de garantia, não se admite nenhum tipo de flexibilidade. Antônio Carlos da Ponte também menciona que a legalidade possui um sentido jurídico: (1) amplo, em que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (2) estrito, traduzindo o princípio da anterioridade ou da reserva legal.¹⁰⁸

O Direito Penal se sujeita ao sentido mais restrito da legalidade (reserva legal), pois apenas leis emanadas do Poder Legislativo podem ser fontes formais e diretas para a criação dos tipos penais incriminadores e a fixação das correspondentes penas. Sendo o Direito Penal o mais rígido instrumento de controle social, para manter-se fiel a sua dimensão política e funcionar como verdadeira garantia do cidadão frente ao arbítrio estatal, somente pode emanar da lei, em respeito à separação de poderes e a vontade popular.

¹⁰⁷ FEUERBACH *apud* BUSATO, Paulo César. Direito Penal. Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30.

¹⁰⁸ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 83.

Base estrutural do próprio Estado de Direito, o princípio da legalidade é a pedra angular dos sistemas penais que aspiram segurança jurídica, uma vez que possibilita que o indivíduo anteveja as hipóteses que permitem a intervenção do poder punitivo e também impede que o cidadão se submeta a uma coerção diversa daquela já prenunciada pela lei.¹⁰⁹

García-Pablos de Molina ensina que a submissão à lei é um postulado irrenunciável, mas lembra que, infelizmente, nos regimes totalitários que surgiram depois, a história demonstrou que também, com a lei, se pode fazer o que quiser.¹¹⁰

Para Francisco de Assis Toledo, o postulado *nullum crimen, nulla poena sine lege* é, em sua função de garantia da lei penal, desdobrado em quatro outros subprincípios: (1) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; (2) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; (3) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; (4) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.¹¹¹

Conforme a *lex praevia*, o indivíduo se sujeita a crimes e penas anteriormente estabelecidas, não podendo ser surpreendido pela aplicação de leis criadas posteriormente. Veda-se a retroatividade da lei penal nova a fatos pretéritos. Por ser uma garantia individual de liberdade do cidadão contra a aplicação de normas não previamente conhecidas, essa vedação só subsiste quando a nova lei agrava a sua situação, desse modo, por exceção, admite-se a retroatividade da norma penal que seja mais favorável ao indivíduo. Mantovani¹¹² salienta que a irretroatividade da lei penal mais gravosa dá ao cidadão a segurança jurídica de se proteger diante de mudanças valorativas do legislador, vedando punições mais severas do que as previstas, na lei, no momento do fato.

Com a exigência de *lex scripta* se admite que apenas a lei escrita figure como fonte do direito penal. Em outras palavras, o poder punitivo, nesse contexto, está

¹⁰⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1999, p. 67.

¹¹⁰ García-Pablos de Molina *apud* BUSATO, Paulo César. *Direito Penal. Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 37/38.

¹¹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22.

¹¹² MANTOVANI *apud* LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 26

submetido à reserva da lei. Conforme já mencionado, não se admite o estabelecimento de crimes ou das penas por fonte diversa daquela emanada do Poder Legislativo, já que segundo os artigos 22, I, e 48, ambos da Constituição Federal, o Congresso Nacional tem competência exclusiva para legislar em matéria penal. Da mesma forma, se estabelece a proibição da invocação do costume para a imposição de crimes ou penas. No entanto, como bem ressalta Assis Toledo,¹¹³ isso não significa que o costume esteja totalmente abolido do sistema penal, pois ele assume grande importância em sua função de elucidar o conteúdo de alguns tipos penais.

Outro corolário do princípio da legalidade é a exigência de lei estrita (*lex stricta*), impedindo a aplicação da analogia no direito penal. No direito, a analogia ocorre quando o aplicador da lei, diante de um caso que não dispõe de expressa regulamentação legal, aplica a regra prevista para um caso semelhante. O objetivo dessa vedação é evitar surpresas ao indivíduo, para que não receba uma subsunção ou punição que não era prevista para a conduta praticada. Mas apenas a analogia que representa um prejuízo ao réu é a que está proibida, já que nosso sistema penal admite a analogia em benefício do réu (*analogia in bonam partem*).

A proteção do cidadão contra o arbítrio estatal também exige a taxatividade da norma penal, pois de nada adianta a adoção do princípio da legalidade se o preceito não for certo, claro e preciso. Sem isso o indivíduo não conheceria previamente as regras do jogo e o que está permitido ou proibido no campo comportamental. Conforme Luiz Luisi¹¹⁴ a taxatividade é um postulado direcionado ao legislador para que ele não elabore tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas que possam levar o intérprete a entendimentos distintos e contraditórios.

Certamente os tipos penais fechados possibilitam maior eficácia à função garantidora do Direito Penal, visto que o destinatário da norma compreenderá

¹¹³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25.

¹¹⁴ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 24.

melhor o teor da proibição e terá maior aptidão para evitar a conduta tipificada. Ademais, a lei penal será mais exitosa em sua função intimidadora.

Ocorre que as rápidas transformações sociais trouxeram à baila um aumento de condutas culposas e também o incremento do dever de agir para evitar resultados desastrosos. A dinâmica das relações sociais e de sua evolução impede que o legislador preveja, de antemão, todas as possibilidades fáticas para a descrição de normas penais incriminadoras. O avanço da tecnologia, os novos interesses econômicos, a globalização, entre outras situações, podem afetar cada vez mais a saúde humana, as relações coletivas e o meio ambiente, reclamando um incremento contínuo na atuação do Direito Penal, visando até mesmo novas esferas de interesses jurídicos, como os difusos e coletivos.

Por isso, a dialética da modernidade exige que o Direito Penal continue se desenvolvendo, para que seja um instrumento de controle eficaz na solução dos novos conflitos sociais.

As novas tecnologias podem interferir na saúde humana em uma série de situações concretas e ensejar a necessidade de criação de tipos penais, para novas tutelas e responsabilizações. A contínua evolução científica pode, por exemplo, sem uma adaptação adequada na esfera penal, gerar riscos elevados à saúde no campo da biotecnologia, no emprego de agrotóxicos, no uso de novos produtos químicos nas indústrias, na formulação de novos medicamentos sem observância das devidas cautelas, na utilização de “cobaias” em protocolos de pesquisas clínicas, nas transplantações de órgãos e nas epidemias que não se resolvam no âmbito estritamente administrativo.

É por isso que para a proteção da saúde, algumas situações demandam a adoção de tipos penais abertos, assim como de normas penais em branco,¹¹⁵ de forma a atender a atual sociedade, de caráter dinâmico, que não se coaduna mais com a dogmática penal estática de um direito penal clássico. “A leitura da evolução

¹¹⁵ Sobre o conceito de norma penal em branco, veja: “nela o preceito, quanto ao conteúdo, é indeterminado, sendo preciso somente quanto à sanção. É aquele, pois, preenchido por outra disposição legal, por decretos, regulamentos e portarias. Na conhecida frase de Binding ‘a lei penal em branco é o corpo errante em busca de alma’” (NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. v. 1, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 47).

do tipo penal é o exato traçado da objetividade fechada rumo à normatização aberta”,¹¹⁶ prestigiando os princípios constitucionais penais e, concomitantemente, possibilitando o combate seguro, técnico e eficiente às novas formas de criminalidade, sem ultraje pueril ao princípio da legalidade.¹¹⁷

Ao perceber o aumento dos crimes culposos, Welzel, em sua época, já apontava para novas fórmulas capazes de propiciar ao juiz e ao cidadão quais as condutas que deveriam se tornar proibidas pela lei penal. As alterações das relações sociais difundiram a necessidade de, através da lei penal, controlar comportamentos que poderiam, por violação dos deveres de cuidado, criar consequências não desejadas pela ordem legal vigente. A eleição dos fins passava a dividir importância com a escolha dos meios, uma vez que o agente, para alcançar determinada meta, não poderia se preocupar apenas com a legalidade desta, mas também com os prováveis efeitos colaterais que o seu ato eventualmente promoveria.¹¹⁸

Mas conforme bem assevera Alamiro Velludo Salvador Netto, ainda que os tipos abertos sejam claramente relevantes na sociedade contemporânea, é necessário que respeitem limites. O Tipo penal deve possibilitar que o intérprete consiga pelo menos inferir um conjunto de situações factuais que visam ser evitadas pelo legislador, de modo que se a descrição penal permitir infundáveis possibilidades, sem qualquer limitação ao poder de punir, ao invés de um tipo aberto, será um verdadeiro ‘não tipo’.¹¹⁹

¹¹⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 39.

¹¹⁷ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 86.

¹¹⁸ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à teoria da ação finalista*. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 50.

¹¹⁹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 40.

3.3 Princípio da Culpabilidade

Na linguagem vulgar, atribuir culpa a alguém significa imputar-lhe uma censura em razão da prática de um fato ou acontecimento.¹²⁰ Segundo Paulo César Busato¹²¹ e Rogério Greco,¹²² no sentido técnico-jurídico, a culpabilidade, termo que deriva da culpa, é compreendida em três diferentes dimensões: (1) princípio informador, que impede a chamada responsabilidade objetiva (sem culpa); (2) categoria dogmática, em que integra o conceito analítico de crime; e (3) elemento de graduação da pena.

De acordo com a primeira acepção mencionada, em que a culpabilidade se afigura como um preceito informador do Estado Democrático de Direito, não há crime sem dolo e sem culpa (*nullum crimen sine culpa*). Esse cânone também presta reverência à dignidade humana, pois impede, ao servir como uma garantia do cidadão frente à opressão do Estado, que este atribua àquele a responsabilização por um resultado quando inexistam vínculos subjetivos. Como diz Nilo Batista: “não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-somente de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico”.¹²³

É controverso, na doutrina, qual seja o momento histórico em que se passou a aferir o aspecto subjetivo do agente que tenha praticado um crime. Ensinam Zaffaroni e Pierangeli¹²⁴ que no Direito Penal primitivo a responsabilização se fundamentava frequentemente na existência do resultado produzido, sem que importasse se esse fato humano foi praticado de forma dolosa ou culposa.

¹²⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 216.

¹²¹ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 183.

¹²² GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 119.

¹²³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1999, p. 104.

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 523/524.

Além da intrínseca relação com a dignidade humana, o princípio da culpabilidade também se conecta ao da legalidade, tendo em vista, como destacado por Juarez Cirino, que a reserva legal é pressuposto ou conteúdo da culpabilidade, e que a culpabilidade só existe quando o sujeito tem conhecimento, real ou possível, do tipo de injusto,¹²⁵ na medida em que um indivíduo apenas pode determinar ou evitar a sua conduta, visando a um comportamento estritamente adequado à lei, se souber, previa e detalhadamente, se ela incide em uma norma incriminadora.

A partir do momento em que o vínculo psicológico entre o autor e o fato se torna uma condição necessária, o sujeito não pode ser responsabilizado pelo resultado quando este decorrer de caso fortuito, pois nesse caso constituirá um irrelevante penal.

Reputa-se a culpabilidade como uma grande conquista do Direito Penal moderno, sem dúvida por conta de que figura como um mecanismo de valorização da liberdade, porque é um princípio limitador *do jus puniendi*. Sua previsão legal consta expressamente do artigo 18 do Código Penal de 1940, e do artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, sendo que este último estabelece textualmente que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Na compreensão de Luiz Régis Prado, além do amparo em disposições expressas, encontra guarida constitucional implícita no artigo 1º, III, que consagra a dignidade humana, no artigo 4º, II, dispositivo que estabelece a prevalência dos direitos humanos, e no artigo 5º, caput, que enuncia a inviolabilidade do direito à liberdade.¹²⁶

Não é possível que, sob a égide das modernas e democráticas legislações penais, a responsabilidade penal seja objetiva e difusa, visto que nenhum cidadão pode ser responsabilizado criminalmente pela conduta de terceiros, mas somente pela sua própria, e desde que seja ela decorrente de dolo ou culpa. Desse mandamento se extrai a impossibilidade de responsabilidade sucessiva (intranscendência da pena)¹²⁷, coletiva, subsidiária ou solidária.

¹²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 24.

¹²⁶ PRADO, Luiz Régis. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

¹²⁷ já que a pena havia sido aplicada a outrem por sua própria culpa.

A importância do estudo da culpabilidade, segundo Marco Aurélio Florêncio Filho:

ganhou especial destaque no direito penal, que, num primeiro momento, tinha como finalidade tão-somente o afastamento da responsabilização objetiva no direito penal, entretanto, com o advento da Modernidade e a estruturação científica do direito penal, em especial, a partir da dogmática penal nascente na Alemanha, a culpabilidade ganhou autonomia na teoria do delito, deixando de ser analisada apenas como exclusão da responsabilidade objetiva para ser compreendida, também, como elemento autônomo na estrutura do crime. Ainda, cumpre destacar que, dentro da teoria da pena, a culpabilidade passou a ser concebida como medida e limite para sua aplicação.¹²⁸

Durante o século XIX, sob a influência da visão científicista, amparada em uma teoria psicológica, se enxergava a culpabilidade como uma mera relação anímica entre o agente e o fato criminoso, e o maior defensor dessa concepção era Franz Von Liszt. Em momento posterior, a partir da destacada monografia de R. Frank, publicada em 1907 com a denominação “Estrutura do Conceito de Culpabilidade”, e de estudos subsequentes de Berthold Freudental, James Goldschmidt e Edmund Mezger, definiu-se a culpabilidade como um juízo de reprovação. Surgia a teoria “psicológico-normativa”. Seus defensores sustentavam que a reprovação existia na hipótese de o agente, detentor da consciência do injusto ou de sua probabilidade, imbuído de dolo ou culpa, podendo agir de acordo com o direito, optava por contrariá-lo.¹²⁹

De acordo com a teoria “psicológico-normativa”, a culpabilidade, antes entendida apenas como um fenômeno meramente natural, psicológico, passa a agregar um elemento normativo, que reclama a averiguação, no caso concreto, da exigibilidade ou não de um comportamento distinto do efetivamente realizado. A culpabilidade recebe *status* de um juízo de reprovabilidade, incidente sobre o autor de um fato típico e ilícito que poderia ter sido evitado.

Não há, no presente trabalho, a intenção de aprofundar discussões sobre o tema, mas cumpre salientar que hoje, diante da proeminência da teoria finalista da

¹²⁸ FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio Florêncio Filho. O tratamento da culpabilidade antes da formação da dogmática penal e o surgimento da presunção do conhecimento de lei. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 19, n. 37, 2016.

¹²⁹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 36.

ação, adota-se, no que se refere à culpabilidade, a teoria normativa pura. Segundo Luiz Vicente Cernicchiaro,¹³⁰ no finalismo de Welzel, a culpabilidade foi alijada do elemento subjetivo, que se deslocou para o fato típico. Desvincilhada de elementos anímicos, restou à culpabilidade um conceito axiológico negativo, consistente em reprovação ou censura ao autor da conduta criminosa.

Na condição de juízo de reprovabilidade,¹³¹ a culpabilidade, no finalismo, se integra por três elementos: a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude. Nessa concepção, sendo apenas normativa, não é composta por elementos subjetivos (dolo e culpa), que se deslocaram para o fato típico.

Nessa segunda perspectiva analisada, da culpabilidade como categoria dogmática, ela funciona como fundamento da pena, constituindo-se em um “juízo de valor que permite atribuir responsabilidade pela prática de um fato típico e antijurídico a uma determinada pessoa, para a conseqüente aplicação da pena”.¹³² Somente após a valoração de seus elementos (imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude) é que será possível concluir se deve ou não ser aplicado um juízo de censura em relação ao comportamento observado.

Quanto à culpabilidade como fundamento da pena, Palazzo destaca que ela projeta uma perspectiva eticizante ao sistema penal, porque o homem, como sujeito de responsabilidade moral, pode se autodeterminar para o “bem” ou para o “mal”.¹³³ A reprovação apenas irá recair sobre o sujeito que, podendo atuar em conformidade com o direito, opta por agir contrariamente ao exigido pela lei.¹³⁴

¹³⁰ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUR, Paulo José da Costa. *Direito penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 99.

¹³¹ “Culpabilidade diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Reprovável ou censurável é aquela conduta levada a efeito pelo agente que, nas condições em que se encontrava, podia agir de outro modo” (GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal: parte geral*, v. I. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 169).

¹³² BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

¹³³ PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal: um estudo comparado*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 52/53.

¹³⁴ REALE JR, Miguel. *Teoria do Delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 87.

Na dogmática penal, em relação ao conceito analítico de crime, a culpabilidade tem natureza distinta a depender da teoria adotada quanto ao crime: se a perspectiva partir da teoria tripartite, a culpabilidade será um dos elementos constitutivos do crime, ao lado do fato típico e da ilicitude; na hipótese de se compreender o crime como um fenômeno bipartite, a culpabilidade terá a qualidade de um pressuposto para a aplicação da pena.

Nesse diapasão, reconhecida a existência do crime, tem ensejo a fixação da pena criminal, ocasião em que a culpabilidade será apreciada em uma terceira perspectiva, para, de acordo com o caso concreto, definir em que medidas de extensão e intensidade a pena será aplicada.

Palazzo¹³⁵ assevera que o Estado, ao impor a pena, deve conter-se nos estritos limites da culpabilidade e levar em conta a exigência personalística de respeito à dignidade humana, a fim de que, na persecução da finalidade preventiva, não abuse de seu poder punitivo.

O Código Penal de 1940, na fixação da pena criminal, adotou um critério trifásico. Durante a individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF) a culpabilidade será analisada na pena-base, pois o artigo 59 do Código Penal determinou que as circunstâncias individuais do criminoso sejam consideradas, de forma que a pena concreta venha a ser fixada na devida proporção com a respectiva culpabilidade.

Sobre essa questão, Luiz Régis Prado menciona explicitamente que a culpabilidade tem a missão de resguardar a proporcionalidade da pena, devendo ser entendida como um mecanismo limitador da sanção penal.¹³⁶

Quanto à proteção dos bens jurídicos universais, entre os quais se inclui a saúde coletiva, apesar da crescente prática de condutas ilícitas por pessoas jurídicas, não há, no âmbito penal, no Brasil, a possibilidade dessa punição. Essa responsabilidade penal do ente coletivo é admitida, em maior ou menor grau, nas legislações de diversos países, como Holanda, Portugal, Espanha, Irlanda, Noruega,

¹³⁵ PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal: um estudo comparado*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 53.

¹³⁶ PRADO, Luiz Régis. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

Finlândia, Islândia, Dinamarca, Suécia, Estados Unidos e Japão,¹³⁷ no entanto, no Brasil, segundo a lei vigente, só se permite em crimes ambientais.

Conforme se demonstrou, toda a dogmática penal da culpabilidade se assenta sobre as balizas da culpa individual, razão pela qual um dos argumentos daqueles que se opõem a responsabilização do ente coletivo é justamente o de que se a culpabilidade precisa ter caráter individual, não pode ser transferida para uma pessoa jurídica.

A proteção aos bens jurídicos coletivos reivindica a formulação de uma teoria do delito que inove em alguns aspectos, abrangendo a responsabilização de pessoas jurídicas em uma amplitude maior do que a atual, ou seja, para além dos crimes ambientais.

Na visão de Shecaira¹³⁸ é evidente a necessidade de reformulação nessa seara, porque não é incomum que crimes praticados nesse universo da atuação empresarial resultem em sanções punitivas a pessoas diversas dos agentes diretos das transgressões, incidindo a funcionários ou empregados de nível inferior, que não influem no comando da empresa e podem ser trocados por outros quando oportuno.

Destaque-se que essa mudança de paradigma não demanda necessariamente qualquer afastamento dos princípios constitucionais. Basta uma reinterpretação ponderada e cuidadosa para o atendimento a outros valores igualmente protegidos constitucionalmente.

No que tange a mudanças na leitura de institutos penais, isso aparenta ser uma necessidade, dada a dinâmica das relações sociais, sempre em transformação. O que hoje é tido como fato consolidado e de caráter definitivo, amanhã, diante de avanços científicos e novas tecnologias, passa a não sê-lo. Desenvolvimento científico é um evento que pode apresentar novos riscos à saúde do homem e, por consequência, gerar desastres que atentem contra a qualidade de vida ou a própria existência humana. Por esse motivo se compreende que não engessar o Direito

¹³⁷ BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEZHIN, Guilherme de Sá. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado. *Revista dos Tribunais*, vol. 961, novembro de 2015.

¹³⁸ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 112.

Penal é fundamental, e que na sociedade moderna se espera que ele possua os mecanismos para enfrentar, com eficiência, os problemas que venham a emergir ao longo do tempo. Daí se vislumbra que, por exemplo, a ampliação de tipos penais abertos e dos crimes de perigo abstrato, não seja essencialmente incompatível com os princípios da taxatividade da lei penal e da ofensividade.

3.4 Princípio da Intervenção Mínima ou Necessidade

Consoante toda a exposição contida neste trabalho, a função do Direito Penal é a exclusiva proteção a bens jurídicos. Resta, então, delinear quais são esses interesses que merecem a tutela da lei criminal. Intervenção mínima é um preceito que, dentre outros já mencionados, provém da Europa, no contexto da filosofia política da Ilustração, e que até hoje exerce influência sobre as legislações ocidentais. Expressa uma nítida finalidade de limitar o poder punitivo, sendo de sua essência a ideia de que apenas os bens jurídicos mais relevantes ao indivíduo são os que merecem a mais rígida das intervenções jurídicas, a prevista na esfera penal.

Entende-se que a sua origem está na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que pregava que “a lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada (art. 8º)”. Tal mandamento exprimiu tanto o princípio da intervenção mínima como o da legalidade, de forma que o primeiro exerceu a função de delimitação do segundo, restringindo o arbítrio do legislador no seu poder de criação de normas penais incriminadoras. Nessa esteira, as penas somente são claramente inevitáveis quando buscam salvaguardar bens jurídicos igualmente cruciais.

A compreensão de que o Estado deva intervir o mínimo possível na esfera de liberdade do cidadão está intimamente relacionada à teoria do bem jurídico, pois a seletividade do Direito Penal tem por mote a necessidade ou não de proteção de determinado bem.

Embora apenas mais adiante, em outro capítulo, se desenvolverá, neste trabalho, com maior profundidade, a teoria do bem jurídico, desde já se colaciona, para fins didáticos e de ilustração, o conceito que Esperanza Vaello Esquerdo confere a bem jurídico:

os bens jurídicos constituem valores ou interesses protegidos pelo Direito na medida em que são pressupostos necessários para que as pessoas desenvolvam sua vida social, podendo ser de natureza individual (vida, liberdade, honra, etc.) ou comunitária (saúde pública, segurança do Estado, meio ambiente, entre outros).¹³⁹

Esses interesses são valorados e selecionados de acordo com a cultura predominante em cada sociedade, o que inviabiliza a determinação de um critério absoluto, rígido e fechado para todo e qualquer ordenamento jurídico. Apesar de existir uma zona de consenso, em que alguns bens possuem o mesmo grau de importância em todas as sociedades, coexistem zonas de conflito, nas quais alguns valores oscilam de cultura para cultura.¹⁴⁰

Não há dúvidas, por exemplo, de que a vida é um bem valorado em qualquer ordenamento jurídico, mas enquanto em algumas comunidades ela possui um valor quase absoluto, justificando maior gama de criminalizações para protegê-la, em outras sociedades ela tem menor amplitude e, conseqüentemente, disso decorre uma intervenção penal minimizada, não se punindo condutas como o aborto e a eutanásia, situações em que acaba prevalecendo, no primeiro caso, a autodeterminação da mulher e, no segundo, a autodeterminação do doente.

Jorge de Figueiredo e Manuel da Costa Andrade salientam que alguns crimes fazem parte de um senso comum, presente em qualquer lugar e época, por despertarem o mesmo sentimento de solidariedade. Apontam que outros são produtos de formulação no exclusivo interesse minoritário de alguns, e decorrem do

¹³⁹ ESQUERDO, Esperanza Vaello. *Introducción al Derecho Penal*. San Vicente del Raspeig: Universidad de Alicante, 2002, p. 42.

¹⁴⁰ GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 65.

reconhecimento de um juízo circunstanciado de moralidade ou de específicos arquétipos de organização econômica, social ou política.¹⁴¹

É por isso que Francisco Bueno Arús assevera que “nenhum critério científico é apto para assinalar o que se deve castigar, com que se deve castigar e entre quais limites temporais há de ser determinado o castigo”.¹⁴² De fato, em cada sociedade se percebe alguma variação na valoração dos bens jurídicos. A seleção dos valores e escolha dos comportamentos que ensejarão a tutela penal dependerá da política criminal, da opinião pública e, de forma geral, dos valores que influenciam a cultura.

A ideia de que o Estado deve interferir o mínimo possível na esfera de direitos do indivíduo decorre implicitamente da Constituição Federal, impondo-se ao Direito penal uma intervenção baseada no critério da necessidade, de forma a se manter sempre subsidiário e fragmentário. Desse cânone se infere que o Direito Penal funciona como *ultima ratio legis*, ou seja, a sua proteção só se torna necessária quando os outros ramos do direito se mostrarem ineficazes como instrumentos de inibição de comportamentos indesejados.

Parte da doutrina esclarece que sob a luz do rígido movimento de “Lei e Ordem”, o Direito Penal causou graves ofensas à liberdade, diante disso, defende um retorno à concepção de mínima intervenção. Alguns autores propugnam uma minimização próxima ao abolicionismo penal, ao passo que outros, menos radicais, alegam a necessidade de um equilíbrio, ainda que próximo da ideia de minimização.

Para Paulo Queiroz, o Direito Penal, ainda que orientado para a dignificação do homem, é uma opção extrema, que só deve intervir quando isso se mostrar imprescindível e insubstituível, o que só ocorreria na hipótese de ter havido o fracasso das instâncias primárias de prevenção e controle social (família, escola, trabalho, etc.) e de outras medidas de intervenção jurídica (civil, administrativa,

¹⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 89.

¹⁴² ARÚS, Francisco Bueno. *La ciencia del derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*. Madrid: Thomson Civitas, 2005, p. 130.

trabalhista). Na visão do penalista, o caráter subsidiário do Direito Penal conduz a um modelo de política criminal radicalmente descriminalizador.¹⁴³

Rogério Greco, por sua vez, sugere um Direito Penal do equilíbrio, embora defenda uma visão minimalista da intervenção. Ele entende, inclusive, que a responsabilização da pessoa jurídica por crimes ambientais fere o caráter subsidiário do Direito Penal, tendo em vista que nessa situação, o direito administrativo e outras soluções jurídicas são suficientes para permitir a resolução de conflitos de forma satisfatória e com mais rapidez. Afirma que o poder de polícia, bem empregado pelo Executivo, admite pronta imposição de multas e interdição de atividades (executoriedade do ato), se antecipando a eventual discussão sobre a legalidade do ato, afeta ao Poder Judiciário. Quanto ao Direito Penal, para impor as mesmas sanções, depende do esgotamento do devido processo legal.¹⁴⁴

Aqueles que defendem uma posição de equilíbrio, com observância do princípio da intervenção mínima, mas uma tendência expansionista, sob a lógica de que o direito penal precisa crescer para se adequar ao progresso e desenvolvimento das sociedades mais complexas, tendem a ser cunhados de defensores de um Direito Penal simbólico.

É inegável que os ordenamentos jurídicos, na escala global, estão tendendo a um movimento de ampliação, pois como está a se demonstrar neste capítulo dos princípios penais, o desenvolvimento da ciência, da tecnologia e a globalização têm tornado as sociedades mais complexas, e exigido a criação de novos tipos penais, o que é possível, no mais das vezes, a partir da releitura dos institutos penais, para abrir a possibilidade de ampliação de tipos penais abertos, de normas penais em branco, de crimes de perigo, de crimes culposos, de mais possibilidades de imputação etc.

Jesús-María Silva Sánchez destaca que é frequente que se acuse a expansão do Direito Penal como fruto de uma perversidade do aparato estatal que procura dar respostas rápidas por meio de um Direito Penal simbólico. Mas o autor

¹⁴³ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 118.

¹⁴⁴ GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 73/75.

explica que a sua impressão é a de que esse fenômeno tem como pano de fundo uma razão mais profunda, que é a influência do modelo social que veio se configurando durante, ao menos, duas décadas, mudando a expectativa que as camadas sociais depositaram no Direito Penal.¹⁴⁵

Não há como comparar a sociedade atual, muito mais exposta a riscos, com a conjuntura da sociedade da época da Ilustração, que tinha por principal insurgência a limitação estatal após a vivência da atuação arbitrária do anterior regime Absolutista na esfera de liberdade. Claro que não se desconhece a intranquilidade de alguns países que vivem um direito penal autoritário sob um regime de ditadura, como a Venezuela ou Cuba. Mas essa é a exceção na sociedade contemporânea, e é por isso que o expansionismo penal não é admissível na medida em que ultrapasse o limite do tolerável. Não há sentido e não se mostra razoável, na sociedade de riscos, a pura e simples repulsa ao Direito Penal.

O Direito Penal, desde o Estado Liberal, subsiste com plena possibilidade de adequação aos princípios garantistas, sendo certo que essa correlação entre a esfera criminal e os aludidos preceitos não significa que a dogmática penal precise ser engessada para se mostrar ponderada.

O legislador, possuidor de legitimidade constitucional e democrática, conta com uma boa margem de liberdade para selecionar os bens jurídicos, mas deve atuar vinculado à Constituição e aos princípios político-criminais que emanam dela.¹⁴⁶

Tendo a Constituição a qualidade de norma superior do ordenamento jurídico, não é ela que deve ser interpretada em consonância com o princípio fundamental da intervenção mínima, e sim o contrário, visto que é o próprio que deriva do texto constitucional. Cabendo à Constituição determinar as diretrizes no âmbito criminal, seria inconcebível que a ideia de intervenção mínima contrariasse os seus mandamentos, definindo políticas em desacordo com as diretrizes constitucionais. Santana Vega escreve que o princípio da intervenção mínima precisa se manter

¹⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 23.

¹⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 69.

dinâmico, orientando-se por uma dupla vertente, que visa evitar a sua estagnação: uma negativa, que se traduz em processos de descriminalização, e outra positiva, que garanta a atualização do Direito Penal.¹⁴⁷

De fato, sob a égide da Constituição Federal, os bens jurídicos precisam estar em constante revisão, principalmente em virtude de sua dinamicidade, pois se tornam mais ou menos relevantes de acordo com a cultura de cada época.

Sem discutir a visão de Ferrajoli sobre a abolição das penas de prisão, assunto que fugiria à intenção deste estudo, cumpre destacar que o escritor sugere a descriminalização de todas as contravenções penais e crimes que tenham como sanção a pena de multa, até mesmo quando a pena pecuniária for imputada de forma alternativa à prisão. Na visão dele essas condutas podem ser reprimidas apenas no âmbito do direito administrativo. Ensina o florentino que, a fim de evitar a excessiva inflação das proibições penais, se faz necessária uma profunda revisão da hierarquia dos bens jurídicos, para uma melhor seleção daqueles que merecem tutela no âmbito penal.¹⁴⁸

Essa concepção prospera parcialmente, por isso, merece uma aplicação cautelosa. De acordo com o preceito da intervenção mínima, o direito penal se propõe a regulamentar as condutas mais relevantes de acordo com a época e o local, e tal circunstância demanda uma revisão permanente dos comportamentos humanos criminalizados. O fato é que, abstrata e hipoteticamente, não se pode simplesmente descartar um caráter cíclico da atividade criminalizadora, cujo pêndulo avança e se retrai a depender dos valores que, ao longo do tempo, permeiem determinada sociedade. Assim, embora eventualmente determinadas contravenções penais mereçam atualmente ser abolidas, porque não tenham mantido a relevância que possuíam a época de suas edições, outras requerem atualização, para expressar maior amplitude e rigor, de acordo com um novo contexto social.

¹⁴⁷ VEGA, Dulce María Santana *apud* TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 131.

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 335.

Exemplificando, em 2015, a conduta de vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar bebida alcóolica a criança ou adolescente, passou a ser crime, em razão de o legislador entender que a realidade demonstrou que, na atualidade, a punição na categoria de contravenção penal era insuficiente para a proteção da saúde desses sujeitos vulneráveis.

O endurecimento da punição, em razão de novo contexto social, também aconteceu há alguns anos, quando o porte ilegal de arma de fogo deixou de ser contravenção penal, em 1997, para se tornar crime; o mesmo ocorreu, recentemente, em 2018, com a importunação ofensiva ao pudor.

Conforme as ideias acima traçadas, o princípio da intervenção mínima, quando adequado ao da dignidade humana, não pode, de forma alguma, representar um obstáculo à ação proativa do Estado na proteção dos direitos fundamentais. A Constituição Federal é um ponto de partida para a descriminalização de condutas, mas também para a criminalização. Criminalizar atendendo aos limites de relevância do bem jurídico significa tutelar direitos fundamentais. As diretrizes gerais, de todo modo, estão contidas na Lei Maior, na qualidade de norma superior e fundamental do Estado.

Na condição de instrumento de proteção aos direitos fundamentais, o Direito Penal deve atenção estrita aos mandados de criminalização previstos na Constituição. Tais são encargos de natureza constitucional, que definem de que maneira e em que medida certos bens jurídicos, pela sua relevância, será especialmente protegido. Esse assunto será explorado, de forma mais detalhada, no último capítulo.

As Constituições de um Estado Democrático de Direito, principalmente quando dirigentes, permanecem vinculadas aos princípios garantistas do Estado Liberal, mas elencaram novos valores, para atender necessidades que, vigentes nas complexas relações sociais modernas, demandam um aumento na intervenção penal, tendendo a um expansionismo moderado.

Além da possibilidade de surgirem novos interesses jurídicos diante de uma realidade antes inexistente, é possível que os bens jurídicos já previstos em âmbito

constitucional não tenham recebido, pelo legislador ordinário, a valorização merecida em um primeiro momento da vigência da Carta Maior, ou então que inicialmente tenham sido satisfatoriamente protegidos por outros ramos do direito, tornando-se mais vulneráveis com o passar do tempo. O que se quer dizer é que diversos motivos podem levar à necessidade de ampliação da intervenção penal e, para isso, a dogmática-penal não pode ser engessada, mas passível de adaptações constantes, acaso se faça necessário.

Jesús-María Silva Sánchez, de maneira bem clara, demonstra como as transformações sociais e as mudanças de valores em épocas distintas repercutiram sobremaneira no Direito Penal. Em sua exposição comparou o modelo da pós-industrialização com os da sociedade do desenvolvimento do século XIX e da primeira metade do XX.

Defendeu que ao tempo da industrialização, valorizou-se o desenvolvimento e o progresso, ainda que à custa da coletividade. No ambiente da época, que valorizava o avanço industrial, a dogmática-penal construiu o conceito de 'risco permitido', que funcionou como um freio à incriminação de condutas, flexibilizando a necessidade de as empresas adotarem medidas de segurança muito rigorosas, que pudessem embaraçar o progresso tecnológico. O risco era permitido ainda que se soubesse, de antemão, que resultaria em inevitáveis lesões e mortes. Saliu que na sociedade da pós-industrialização, um novo paradigma teve ensejo, consistente em uma sobrevalorização da necessidade de "viver" e da liberdade de não padecer, em detrimento da liberdade de ação. Mudou o equilíbrio até então existente e, diante disso, a ponderação dos custos e benefícios de certa conduta ocasionou a retração da figura do risco permitido.¹⁴⁹

Hassemer destaca que os problemas ambientais, as drogas, a criminalidade organizada, a economia, a informática, a tributação, o comércio exterior e o controle sobre as armas despertam a atenção pública, emergindo a necessidade de providências para o seu controle. Ressalta que nesses casos a intervenção penal pode ser imediata, não sendo necessário aguardar o fracasso dos outros sistemas

¹⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 42/44.

de controle. A *ultima ratio* é substituída pela *prima ratio*, já que para as pessoas responsáveis por essas áreas, o Direito Penal pode ser a única solução para a resolução dos problemas.¹⁵⁰

Não é tarefa fácil delimitar o interesse jurídico que deva ser protegido pelo Direito Penal e, conseqüentemente, a extensão dessa esfera legal. O equilíbrio entre todos os princípios limitadores impede que haja uma supercriminalização e também a imobilização na liberdade política de selecionar os bens que merecem a tutela penal. É importante que a dogmática penal se mantenha afinada com a realidade, mas dentro de uma racionalidade, segundo a qual o legislador transite entre o mínimo estabelecido pelos mandados de criminalização da Constituição e o novo contexto que vai se impondo em uma sociedade que reivindica, com razão, por mais segurança.

3.5 Princípio da Ofensividade ou Lesividade

Trata-se de preceito diretamente relacionado à ideia de intervenção mínima, concepção segundo a qual o direito penal se dirige apenas à tutela dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. Ofensividade é um dos filtros do cânone político-criminal de intervenção mínima, vindo a canalizar uma restrição ao espectro das condutas que merecem a tutela penal.

A ideia de ofensividade tem uma dupla expressão: de um lado reclama que toda infração penal exteriorize e materialize um fato que lesione ou exponha a perigo um bem juridicamente tutelado e, de outro, delimita a fronteira entre o ilícito penal e as atitudes internas e fatos carentes de lesividade, estes últimos, inatingíveis pelo Direito Penal.¹⁵¹

Nilo Batista enuncia que a lesividade tem quatro funções principais, que auxiliam na identificação das atitudes internas e dos fatos que são carentes de

¹⁵⁰ HASSEMER, Winfried *apud* TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 132/133.

¹⁵¹ GONZÁLEZ CUSSAC *apud* BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 152.

punição, e afastam a incidência da norma penal incriminadora: (1) não incriminação de uma atitude meramente interna; (2) proibição de punição de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; (3) vedação à incriminação de simples estados ou condições existenciais; e (4) não incriminação de condutas desviantes que não afetam qualquer bem jurídico.¹⁵²

Rogério Grego diz que todas essas funções estabelecidas por Nilo Batista se resumem a uma mesma lógica: a de que o Direito Penal só pode, de acordo com o princípio da lesividade, proibir comportamentos que extrapolem o âmbito do próprio agente e atinjam bens jurídicos de terceiros, atendendo-se o brocardo *nulla lex poenalis sine injuria*.

O primeiro aspecto apontado por Nilo Batista, identificado como a não incriminação de uma atitude meramente interna, tem como mote a não punição da mera cogitação, vedando a punição do homem pelo que pensa, já que isso está restrito à sua esfera de intimidade e não produz qualquer lesão a interesse de terceiro.

Quanto ao segundo aspecto, a proibição de punição de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio sujeito, caracteriza-se por não permitir a punição na hipótese de ocorrência de autolesão (suicídio e automutilação), crime impossível, simples conluio entre duas ou mais pessoas e atos preparatórios. No que toca a esse último caso, isso se dá porque, sem o início da execução, não há qualquer ataque ao bem jurídico titularizado por terceiro.

Assim como Nilo Batista, Emiliano Borja Jiménez entende que a punição ao uso de drogas atinge a ofensividade:

O consumidor de qualquer das substâncias qualificadas como drogas tóxicas, estupefacentes ou psicotrópicas, está atuando uma faceta de sua liberdade com relação à disposição de sua saúde de forma autônoma, ainda quando esta sofra menoscabos pelo prazer do consumo de narcóticos. Atendendo a esta perspectiva individual, a criação de barreiras punitivas por parte do Estado, que determinem uma obstaculização a esse direito de consumo, se apresenta como uma intolerável ingerência que se concretizaria numa vulneração de um dos fundamentos de natureza política e da paz social: o

¹⁵² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1999, p. 92/94.

direito ao livre desenvolvimento da personalidade, concreção da dignidade humana.¹⁵³

Essa compreensão, no que tange às drogas, enfrenta forte oposição. Sob o olhar do legislador, a finalidade de proibir o uso, não foi, de forma alguma, a de exercer um papel paternalista, consistente em proteger o usuário do risco, fazendo incidir a norma penal incriminadora pela autolesão. O crime do artigo 28 da lei de drogas tem por objetividade jurídica a saúde pública, assim, a sua pretensão é proteger o bem difuso saúde da população em geral, uma vez que a circulação da droga coloca em risco toda a sociedade.

No que diz respeito aos atos preparatórios, a perspectiva de Günther Jakobs se opõe a de Nilo Batista, na medida em que se mostra favorável à incriminação do estado prévio à lesão a um bem jurídico. Defende o alemão que é possível fracionar, em diversos injustos parciais, o injusto global correspondente ao estado da lesão, e assim analisar o comportamento de forma fragmentária, reconhecendo o injusto a cada etapa da apreciação, mesmo os produzidos precocemente. Afirma o autor que essas normas de defesa exercem a importante missão de garantir as condições de vigência das normas principais, aquelas referentes aos delitos de lesão, e que são eficazes no asseguramento das expectativas. Mas admite que essa punição não pode ocorrer de maneira discricionária.¹⁵⁴

A ofensividade também veda a incriminação de mero estado ou condição existencial. Nesse sentido, Zaffaroni esclarece que se o direito é uma ordem reguladora de condutas, não pode apenar a pessoa simplesmente pelo que ela é, e sim pelo que ela fez.¹⁵⁵ Apenas o Direito Penal do fato se coaduna com o princípio da lesividade, pois, segundo este, se pune alguém pela atitude praticada, pela violação efetiva ao bem jurídico de terceiros. Isso é diferente do panorama constatado no Direito Penal do autor, amparado na ideia de que a punição deve se

¹⁵³ JIMÉNES, Emiliano Borja. *Curso de política criminal*. Valência: Tirant lo blanch, 2003, p. 92/93.

¹⁵⁴ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 159/161.

¹⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 118.

fazer presente em razão da condição pessoal do sujeito, ainda que ele não intervenha, em qualquer medida, em bens jurídicos de terceiros.

No que tange à quarta função da ofensividade, não se admite a incriminação de condutas que são consideradas desviadas e reprovadas estritamente no campo moral, sem qualquer repercussão a bem jurídico alheios. O princípio da lesividade, por esse motivo, não possibilita que se puna aquele que opta por se entregar a práticas sexuais anormais, desde que seja maior e capaz.

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara questiona duas situações existentes na Lei de Biossegurança, que entende serem casos de indevida intervenção penal, com afronta à lesividade, pois tipificam condutas por mera questão de ordem moral.

Aponta inicialmente o crime de clonagem humana e levanta dúvidas acerca de qual seja o bem jurídico tutelado pela norma. Justifica-se que seria a irrepetibilidade do patrimônio genético humano, em consonância com a Declaração Universal sobre o Genoma Humano. No entanto, ela critica que haja, nessa conduta, ofensa a um bem jurídico supraindividual, na medida em que ela representa uma somatória de irrepetibilidades de patrimônios genéticos individuais. Nessa esteira, defende que, nos casos em que exista o consentimento do titular do material genético para a clonagem, não deveria existir crime, até porque existem gêmeos univitelinos, de forma que haveria ausência de ofensa a qualquer bem jurídico de terceiro, ainda que boa parte da sociedade entenda tal conduta como imoral. Também indica como infringência à lesividade a criminalização de intervenções genéticas em células germinais humana, cujo fundamento é a proteção da integridade do patrimônio genético e, por consequência, da própria natureza humana. Entende a autora que nem toda terapia genética humana em linha germinal significa ofensa ao bem jurídico, visto que em algumas situações poderia promover a prevenção ou a cura de grave enfermidade genética.¹⁵⁶

A ideia central do princípio da ofensividade é aquela segundo a qual um determinado fato só pode ser incriminado se causar “lesão ou ao menos perigo de lesão” a um bem jurídico relevante para a sociedade. São intensos os debates

¹⁵⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 155/156.

doutrinários acerca de quais seriam os limites da lesividade para a admissão de uma intervenção jurídico-penal, principalmente no que diz respeito à possibilidade ou não de se antecipar a tutela penal.

Nesse contexto, ressalte-se que a lesão e o perigo de lesão caracterizam uma classificação quanto à afetação do bem jurídico. Nos delitos de dano o tipo penal prevê uma conduta lesiva a um bem jurídico, e esta só passa a ter relevância jurídica no âmbito penal quando ocorre a consumação do resultado lesivo. Já nos crimes de perigo o injusto penal configura-se com a mera existência da situação de risco. Com isso, o perigo encerra uma possibilidade ou probabilidade de dano e o dano é, por sua vez, a consumação de um perigo.¹⁵⁷

Nas lições de Roxin, os crimes de lesão são caracterizados pela necessidade da superveniência de dano ao bem jurídico. Na ausência de lesão, resta um indiferente penal ou, no máximo, dependendo do caso, se caracteriza a tentativa. Os crimes de perigo já são aqueles em que a ação ou omissão somente traduzem uma ameaça mais ou menos intensa para o objeto da ação.¹⁵⁸

O perigo é classificado em concreto ou em abstrato.¹⁵⁹ No primeiro caso, exige-se que o risco ao bem jurídico seja comprovado no caso concreto, levando-se em consideração um juízo de probabilidade do dano. O crime de perigo abstrato, por sua vez, é presumido, bastando a simples prática da conduta arriscada.

¹⁵⁷ QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 9. ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013, p. 223.

¹⁵⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoria Del Delito*. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Diaz Y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 335/336.

¹⁵⁹ Fábio Roberto D'Ávila diferencia os delitos de perigo concreto e de perigo abstrato de maneira bem interessante, lecionando que no primeiro caso o bem jurídico entra no raio de ação da conduta perigosa, havendo por isso uma verdadeira crise do bem jurídico. Já o crime de perigo abstrato se satisfaz com a simples interferência na esfera de manifestação do bem jurídico, a qual elimina dele a segurança da sua continuidade existencial (D'ÁVILA, Fábio Roberto. *O ilícito nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental*. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 75, Edição Especial, p. 21). Juarez Cirino dos Santos também faz interessante diferenciação entre os tipos de perigo concreto e abstrato, afirmando que nos tipos de perigo concreto há efetiva produção de perigo para o objeto da ação, sendo a ausência de resultado lesivo ao bem jurídico meramente acidental, como o que ocorre com o crime de perigo para a vida ou a saúde de outrem (art. 132). Já nos crimes de perigo abstrato, penaliza-se a presunção de perigo da ação, não importando a produção real de perigo para o bem jurídico protegido, como no abandono de incapaz (art. 133) e a difusão de doença ou praga (art. 259). (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: ICP, Lumen Juris, 2005, p. 40).

Parcela da doutrina entende que a punição dos crimes de perigo abstrato é inconstitucional, por ofensa ao princípio da ofensividade, enxergando-os de forma negativa quando os comparam com os delitos de lesão e de perigo concreto. Nesse sentido, Bittencourt diz que só é possível a tipificação de algum crime quando haja, no mínimo, perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico, não se justificando a intervenção penal fora dessa hipótese no âmbito de um Estado Democrático de Direito.¹⁶⁰

Esse entendimento instaura o debate acerca da possibilidade de o direito penal, à luz de um sistema de garantias, poder ou não autorizar a criminalização dos delitos de perigo abstrato sem incorrer no risco de ampliar a criminalização da antecipação de lesões. E, uma vez possível a incriminação desses delitos de perigo presumido, restaria a indagação acerca de como poderia o intérprete estipular os juízos adequados para constatar a real periculosidade de certos comportamentos em uma complexa sociedade de risco.¹⁶¹

José Francisco Faria Costa esclarece que o perigo já existia antes da Primeira Revolução Industrial, mas naquela época ainda era enxergado como fator externo à sociedade, podendo ser desencadeado pela fúria dos elementos naturais, pelas guerras, doenças, ou seja, era algo alheio ao patrimônio cultural. Ainda que sem a consciência que se tem hoje, o perigo já era percebido como uma situação desvaliosa, declaradamente má, e que se queria evitar. Naquele contexto somente o resultado danoso (violação efetiva do bem jurídico) era suscetível de desencadear uma responsabilização criminal, da qual decorre a pena para o restabelecimento do equilíbrio.¹⁶² Apesar de perigos internos nunca terem deixado de existir, não havia ainda uma consciência ético-jurídica sobre a necessidade de um cuidado interno como fonte de consequência penal.¹⁶³ Até mesmo porque, nesse tempo, o que se buscava era contornar uma relação de causa e efeito, e não o cuidado-de-perigo.

¹⁶⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49.

¹⁶¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 109.

¹⁶² COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 321/323.

¹⁶³ COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 328/329.

Apenas em raras situações, como na prática da feitiçaria ou de atos de heresia, é que se aplicava a sanção penal sem a ocorrência de dano em termos materiais, o que abria uma brecha no meio daquele sistema fechado.¹⁶⁴

A partir da Primeira Revolução Industrial (século XVIII), com a produção de bens e a complexidade das relações, percebeu-se que a máquina era um fator potencializante de riscos à segurança dos trabalhadores. Os novos perigos incrementavam as chances de ocorrência de danos à integridade física e à saúde dos indivíduos que laboravam através delas, emergindo a intervenção do direito para a criação de normas protetivas, principalmente de segurança. Esse perigo ganhou espaço no âmbito penal, abrindo a possibilidade de avaliação do ato em si, e não apenas do dano.¹⁶⁵

Segundo Arantes Bozola, foi na Alemanha, durante o século XX, que os crimes de perigo ganharam maior atenção. Essa evolução foi tão marcante a ponto de muitos autores acusarem o ordenamento penal alemão atual de ter mais delitos de perigo que os tradicionais delitos de lesão, situação que se verifica também em outros países ocidentais. Essa tendência começou com os crimes de perigo concreto, pouco depois da Segunda Guerra Mundial, e rapidamente foram substituídos pela propagação expressiva dos crimes de perigo abstrato.¹⁶⁶

Certo é que os crimes de perigo abstrato têm sido uma realidade no nosso ordenamento jurídico penal. Como bem destaca Cuesta Aguado,¹⁶⁷ a sociedade se desenvolveu com a incrementação dos riscos, e essa nova realidade foi exigindo a intervenção do direito penal em fases preliminares, como forma de prevenir os graves prejuízos que poderiam advir de condutas ameaçadoras, principalmente à vida e à saúde, as quais são bens jurídicos relevantes e, muitas vezes, irreparáveis.

¹⁶⁴ COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 334.

¹⁶⁵ COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 243.

¹⁶⁶ BOZOLA, Tulio Arantes. *Os crimes de perigo abstrato no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 08.

¹⁶⁷ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de. *Tipicidad e imputación objetiva*. Mendoza: Ediciones jurídicas Cuyo, 1998, p. 84/85.

Marcelo Lamy destaca que o direito penal precisa atender aos aspectos pragmáticos e contextuais, sob pena de a dogmática se tornar uma simples criação intelectual desconectada da realidade, e a prática se configurar uma ação sem fundamentos. Nessa conjuntura, enquanto ao tempo do Direito Penal clássico o propósito era o de corrigir o delinquente, ocasional ou o habitual, ou o de afastar da sociedade o criminoso incorrigível, na atualidade clama-se por “reivindicações protetivas”, pois a sociedade do risco teme o aumento da possibilidade de danos globais, que afetem vítimas muitas vezes não delimitáveis. Os novos instrumentais de produção de dano exigem um Direito Penal que enfoque mais na ação que no resultado, até porque é este último o que se quer evitar.¹⁶⁸

Apesar de ser mais adequada, no mundo ideal, apenas a tipificação dos crimes de perigo concreto, por essa mecânica garantir maior segurança ao indivíduo frente ao arbítrio estatal, não há como ignorar a existência, no mundo moderno, de condutas notoriamente perigosas. Por isso, conciliar a tipificação dos crimes de perigo abstrato com a intervenção mínima, evitando-se a criminalização de qualquer fonte de perigo invisível, detendo-se apenas às condutas intoleráveis, se revela não apenas uma opção, mas a medida necessária.¹⁶⁹

3.6 Princípio da Proporcionalidade e sua dupla face

Expoente do Iluminismo penal e da escola clássica, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, influenciado por uma visão contratualista de sociedade, assinalou que os homens, cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade incerta, anuíram em sacrificar uma parcela de sua liberdade em favor do Estado, em troca de uma vida com maior grau de segurança e tranquilidade. Beccaria defendeu que a soma das porções de liberdade formava a soberania da nação, enunciou a obrigação de o Estado tutelar a liberdade contra

¹⁶⁸ LAMY, Marcelo. Conflitos dogmáticos da proteção penal do meio ambiente e da ordem econômica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 11 – jan./jun. 2008.

¹⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 256/257.

usurpações privadas, praticadas por outros indivíduos, e sustentou que as penas deveriam passar a ser estabelecidas contra os infratores das leis.¹⁷⁰

Embora o princípio da proporcionalidade tenha raízes históricas na antiguidade,¹⁷¹ foi com Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”, publicada em 1747, e com Beccaria, no estudo “Dos delitos e Das Penas”, datado de 1764, que esse relevante cânone se consagrou, com força e intensidade, no âmbito penal.

Segundo Beccaria, a legitimidade na intervenção do Estado em favor do cidadão surge no momento em que este último atribui àquele uma parcela de sua liberdade. Essa cessão fortalece o poder punitivo estatal, apesar disso, não resulta, em favor do Estado, no surgimento de uma prerrogativa arbitrária e plena, pois é fruto de um consenso dos indivíduos e só admite a coerção estritamente necessária para a defesa da coletividade. Não implica, a princípio, no afastamento da proteção estatal ao indivíduo singularmente considerado, e se afigura, na realidade, como uma fundamental limitação ao poder de punir.

Mencionando Montesquieu, Beccaria diz que “toda pena que não derive da absoluta necessidade é tirânica”. Salaria que as penas expressam maior Justiça, quanto mais sagrada e vigorosa forem, respectivamente, a segurança e a liberdade que o soberano dá aos súditos.¹⁷²

É possível concluir que o milanês já vislumbrava que as penas previstas para os delitos deveriam ser proporcionais, tanto em relação ao mal causado à

¹⁷⁰ BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 27.

¹⁷¹ Essa concepção de equilíbrio, em termos mais genéricos, foi gestada em período relacionável à Idade Antiga e à Idade Média, sendo mais tarde desenvolvida no âmbito das teorias do Estado (FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 156.). Ferrajoli destaca que a exigência de que a pena seja proporcional à gravidade do delito já tinha sido expressada por Platão, “Le leggi”, cit., IX, 857b, p. 362-363: “Não temos que distinguir entre o ladrão que rouba muito ou pouco, ou que rouba de lugares sagrados ou profanos, nem atenderemos a tantas outras circunstâncias inteiramente dessemelhantes entre si, como se dão nos roubos que, sendo variados, exigem que o legislador se atenha a elas impondo castigos totalmente diferentes?”. O princípio foi contemplado na Magna Carta de 1215, que nos itens 20 e 21 fala de “proporção” entre pena e transgressão. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 361).

¹⁷² BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 28.

sociedade, como no tocante àquilo que era necessário para o estabelecimento da segurança e da tranquilidade:

não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.¹⁷³

Basileu Garcia, referindo-se à obra “Dos Delitos e Das Penas”, destaca que o “grande pequeno livro” foi, conforme disse Faustin Hélie, “o primeiro grito da consciência pública para a reforma do Direito Penal, que se encontrava em profundo atraso, assinalando-se pela crueldade das sanções, que eram requintadamente desumanas”.¹⁷⁴

Considerada a trajetória da evolução do Estado, extensamente analisada ao longo deste trabalho, cumpre ressaltar que a intervenção punitiva, ainda que referida como um produto derivado de um contrato social, revelou-se um fenômeno bastante opressor durante a monarquia absolutista, sofrendo modificações apenas com o surgimento da razão iluminista e dos anseios burgueses, e das contemporâneas reivindicações de uma nova sociedade, que buscava garantias aos direitos individuais, notadamente os de primeira geração.

A proporcionalidade veio a ser acolhida expressamente no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que dispõe que “a lei só deve estabelecer penas estritamente e evidentemente necessárias (...)”, e na Emenda VIII à Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, de 1791, cujo texto registra que “não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns”.

A defesa da liberdade, embrionária no período da Ilustração, instaurou uma dialética no âmbito do conflito penal: de um lado, eclodiu a proteção do direito fundamental à liberdade do indivíduo e, de outro, se insurgiu o direito fundamental à

¹⁷³ BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 37.

¹⁷⁴ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1954. V. I, t. I, p. 43/44.

segurança da sociedade. Nesse contexto, com a finalidade de resolver esse pretense antagonismo, surgiu a relação entre o exercício do poder punitivo de atribuição do Estado e o princípio da proporcionalidade, e se entendeu que era necessário mensurar, através do preceito mencionado, os interesses contrapostos.

Gilmar Mendes explica que a doutrina diverge quanto aos fundamentos que dão origem e sustentação ao princípio da proporcionalidade. Alguns autores defendem que a sua gênese encontra-se nos próprios direitos fundamentais, enquanto outros sustentam que o mandamento é expressão diretamente derivada do Estado de Direito. Ensina que também há vozes que apregoam no sentido de que seja um postulado pertencente ao direito suprapositivo. Segundo o ministro, a Corte Constitucional alemã aparentemente tem compreendido que o preceito se originou no âmbito dos direitos fundamentais e também como uma consequência da adoção do Estado de Direito. No Brasil, não sendo um postulado constitucionalmente expresso, muitas explicações se prestam a fundamentá-lo, já tendo sido considerado, inclusive, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como elemento integrante ou cláusula implícita dos direitos fundamentais e, ainda, como um princípio geral de direito.¹⁷⁵

Na medida em que o fim do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídicos e que a responsabilização criminal é limitada àqueles comportamentos que lesionem ou criem perigo ao bem jurídico tutelado, a restrição também deve alcançar o meio utilizado pelo legislador para o atingimento dessa finalidade.¹⁷⁶ Em outras palavras, a teoria do bem jurídico tem vínculos efetivos com a proporcionalidade, uma vez que, sendo ela uma concepção limitadora do direito penal, deve ser moldada dentro dos limites rigorosamente necessários.

Na visão clássica, proporcionalidade significa “proibição de excessos” por parte do Estado. Nessa visão não cabe ao Estado, a pretexto de combater infrações penais, exagerar na restrição aos direitos fundamentais e, desse modo, em sua tarefa legiferante e naquela correspondente à aplicação da lei, deve lançar mão de

¹⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 219/225.

¹⁷⁶ RUDOLPHI *apud* CORREA, Teresa Aguado. *El principio de proporcionalidade em derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 114.

moderação, diante do fato de que lhe é vedado ultrapassar as balizas da justificada necessidade.¹⁷⁷

Estabelecendo uma relação entre a concepção de bem jurídico e a proibição de excesso, transcrevem-se as lições de Winfried Hassemer:

en la prohibición de exceso se pone de relieve la tradición clásica de los derechos fundamentales como fundamento de derechos de defensa frente a las intromisiones estatales. Esta prohibición hace efectivos los límites a las intervenciones del Estado que sobrepasan la medida legítima. El bien jurídico penal se integra de manera natural en la prohibición de exceso constitucional. Incluso se puede decir que la reconstrucción penal de la prohibición de exceso no sería en absoluto posible sin la idea de bien jurídico. (...) De acuerdo con esto, el bien jurídico porta el núcleo de la justificación de una prohibición de actuar; una prohibición penal de acción – en forma de amenaza penal para una determinada conducta – no se puede justificar si no se puede remitir a que persigue de forma adecuada una finalidad admitida.¹⁷⁸

Claus Roxin assevera que a norma penal deve sempre proteger um interesse jurídico, sob pena de ser ineficaz e excessiva a intervenção na liberdade dos cidadãos.¹⁷⁹

O conceito de bem jurídico também se mostra um dado necessário para determinar a espécie e a medida da sanção penal incidente, pois a hierarquia desses bens é que define, quanto à proporcionalidade, qual seja a intervenção penal necessária.

O juízo de proporcionalidade em sentido amplo tem por objetivo analisar os custos e os benefícios de uma intervenção punitiva. Segundo a doutrina e a jurisprudência alemãs, esse juízo envolve um raciocínio trifásico, formado por adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A *adequação* existe quando um meio é apto a alcançar o fim desejado. Haverá *necessidade* quando se fizer presente a noção de que a medida penal escolhida pelo legislador foi a

¹⁷⁷ BONFIM, Edilson Mougnot. O moderno processo penal, suas três velocidades e seu método interpretativo. *Revista Ministério Público Est. PA*, Belém, v.8, n. 8, p. 1-342, 2015, p. 71.

¹⁷⁸ HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o huego de abalorios dogmático?* Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2007, p. 98/99.

¹⁷⁹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 7/8.

adequada, e que não deveria ter sido outra, igualmente eficaz, que não limitasse o direito fundamental ou que o limitasse em menor grau. *Proporcionalidade em sentido estrito*, por sua vez, é o resultado de uma ponderação realizada mediante um juízo concreto de equilíbrio, no qual se constata se a gravidade da lesão e a transcendência de suas razões são proporcionais, indicando que as vantagens da promoção do fim superam as desvantagens da intrusão no âmbito do direito fundamental restringido.¹⁸⁰

As restrições que afetem direitos e interesses dos cidadãos encontram limite na imprescindibilidade para assegurar o interesse público, não devendo, o Estado, lançar mão de medidas mais gravosas quando outras, menos rígidas, forem suficientes para atingir os fins da lei.¹⁸¹

Canotilho resume de forma bastante didática o que vem a ser a proporcionalidade, estabelecendo que os meios e os fins precisam ser equacionados através de um juízo de ponderação, para se avaliar se o meio utilizado é ou não proporcional em relação ao fim pretendido. Essa equação permite averiguar se determinada escolha é suficiente ou insuficiente para atingir um determinado objetivo: sopesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.¹⁸²

O equilíbrio estabelecido pela proporcionalidade é realizado, abstratamente, no momento de criação do Direito pelos legisladores, e concretamente, quando da aplicação da sanção pelos Juízes ou Tribunais, seja na cognição ou na fase de execução da pena ou da medida de segurança.

Bernal Pulido faz um interessante alerta, salientando que a forma como o juiz irá definir o significado de idoneidade, necessidade e proporcionalidade, acaba lhe outorgando um horizonte muito amplo de subjetividade.¹⁸³

¹⁸⁰ FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 161/162.

¹⁸¹ SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 104/105.

¹⁸² CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 219.

¹⁸³ PULIDO, Carlos Bernal *apud* BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 197.

Assim como a liberdade, a prestação da segurança é, também, uma das principais finalidades do Estado. Trata-se de uma garantia basilar que sempre se fez presente, desde antes do Estado Liberal. Nesse sentido, há uma obrigação estatal que vai além da abstenção quanto ao avanço indevido sobre os bens e as liberdades dos cidadãos (segurança frente ao Estado), e que estabelece uma política de proteção a bens jurídicos e liberdades em relação ao ataque promovido por terceiros (segurança através do Estado).¹⁸⁴

Em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal se sustenta na Constituição Federal e nas garantias nela insculpidas, reveladas desde a Era da Razão. Não se admitem espaço para atuações arbitrárias, que restrinjam a liberdade individual além do necessário, ou omissões na defesa dos direitos fundamentais da sociedade quando o Estado deva atuar, e não se abster.

A proporcionalidade não se expressa somente como uma garantia de que o Estado não atuará indevida e excessivamente contra as liberdades do indivíduo. Modernamente a doutrina identificou que nela se revela uma face diversa, essencialmente ativa, que consiste em proteger a coletividade no aspecto da segurança e em assegurar os direitos dos indivíduos em face das agressões promovidas por outros.

Diante disso, a proporcionalidade, ao mesmo tempo em que atua para conter o poder incriminador, limitando-o somente à proteção de objetos legítimos, também pode definir um âmbito mínimo irrenunciável de tutela penal, impondo, portanto, criminalizações, e definindo que o sejam em determinada medida. Há quem critique essa face ativa da proporcionalidade, por enxergar a Constituição como mera garantidora de omissões estatais. Trata-se, no entanto, no mundo contemporâneo, caracterizado por uma sociedade dinâmica, moderna e de riscos e massas, de uma concepção, manifestamente insatisfatória, alheia à realidade.¹⁸⁵

¹⁸⁴ DETLEV STERNBERG-LIEBEN. Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal. In HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o huego de abalorios dogmático?* Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2007, p. 443, 458 e 447.

¹⁸⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Estudos e Monografias. Editora Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995.

Ao Estado cumpre atuar proporcionalmente, seja na função de defesa quanto na de proteção. Na primeira hipótese, visando evitar, em favor do indivíduo, restrições desproporcionais promovidas pelo Estado, fala-se que age para a “proibição de excesso”. No segundo caso, quando se dirige a proteger a segurança dos cidadãos e até mesmo a liberdade de um indivíduo em face de outros, criminalizando condutas para não atuar aquém do exigido na Constituição, atua na modalidade “vedação da insuficiência”.

A “vedação da insuficiência” é reputada, por Mougenot, como “proibição da proteção deficiente” ou “proibição da infraproteção”. Segundo ele, nessa perspectiva da proporcionalidade, “o Estado se compromete, pela via constitucional, a tutelar bens e valores fundamentais, tais como a vida, a liberdade, a honra etc., e deve fazê-lo, obrigatoriamente, na melhor medida possível”.¹⁸⁶

Essa construção teórica que explicita uma “vedação da insuficiência” não conta, ainda, com uma elaboração científica sofisticada, tanto por ter sido percebida recentemente,¹⁸⁷ quanto pela forte oposição enfrentada no plano doutrinário.¹⁸⁸

A dupla face da proporcionalidade decorreu de um novo olhar sobre o Direito, que pela necessidade prática dos novos tempos, rompeu o padrão tradicional. No liberalismo, com a proteção do indivíduo em face do Estado, o cerne era o homem individualmente considerado. Já no Estado Social buscava-se uma tutela direcionada essencialmente para o grupo. Agora, em um Estado Democrático de Direito que rege problemas característicos da sociedade pós-moderna, busca-se atender todo o conjunto dos cidadãos, nos planos individual e coletivo, o que poderia

¹⁸⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. O moderno processo penal, suas três velocidades e seu método interpretativo. *Revista Ministério Público Est. PA*, Belém, v.8, n. 8, p. 1-342, 2015, p. 72.

¹⁸⁷ A proibição da deficiência não é um conceito clássico, tendo sido consagrado pelo Tribunal Constitucional Alemão em face do legislador especialmente em sentenças sobre a proibição do aborto, sobre o dever de proteção da vida humana antes do nascimento, cf. BVerfGE 88, 203, p. 281 e ss. (HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o huego de abalorios dogmático?* Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2007, p. 101).

¹⁸⁸ JOHANNES DIETLEIN *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: Editora Revista dos Tribunais, março-abril, 2004, p. 103.

implicar inclusive em se considerar inconstitucionais as omissões do legislador quanto ao seu dever de proteção.¹⁸⁹

Por mais que haja dificuldade de se apurar a exata medida da proporcionalidade, até porque não corresponde a um juízo absoluto, a diretriz de referência será sempre a dignidade da pessoa humana, considerando o Estado Democrático de Direito, atual modelo de organização política. A Constituição é o fundamento normativo do Direito Penal, mas a forma como o legislador poderá atuar e em que limite o fará, são objetos de estudo do último capítulo, em que se dissecará o tema “Mandado de Criminalização”.

¹⁸⁹ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 74.

4 BEM JURÍDICO-PENAL E O DIREITO À SAÚDE

4.1 Bem jurídico-penal

O direito acompanha as mudanças de paradigma da sociedade, regulamentando, no aspecto social, em um dado momento histórico, condutas determinadas, nos termos ordenados pela coletividade organizada. Na medida em que a sociedade se desenvolve, germinam interesses jurídicos novos, relativos a sujeitos antes não reconhecidos no universo das relações jurídicas, os quais passam a demandar a mesma proteção dispensada àqueles direitos outrora conquistados.

Proteger é da essência do Direito e o objeto dessa proteção pode ser apontado como o conjunto dos bens jurídicos que se consolida na seara jurídica através da tutela da lei. Especificamente na esfera do Direito Penal, notadamente o ambiente de maior rigidez no Direito, em que se aplicam as sanções mais gravosas ao homem, como a privação à liberdade, tem-se a necessidade de se selecionar, como objeto de proteção, cuidadosamente, os bens absolutamente essenciais ao homem. A delimitação dos bens jurídicos merecedores de proteção no âmbito penal é uma garantia importante para o cidadão, já que limita¹⁹⁰ as situações em que o Estado pode exercer o seu *jus puniendi*.

É ferrenha a discussão sobre quais bens devam ou não ser tutelados pelo Direito Penal. Alguns autores defendem uma intervenção mínima, ao passo que outros sugerem que a atividade penal normativa tenha maior amplitude, através da proliferação do rol de condutas incriminadoras, com a finalidade de amparar bem jurídicos que não recebam a proteção necessária dos outros ramos do Direito.

A ideia de que as normas jurídicas têm por escopo a proteção a interesses caros à coletividade é atemporal e sempre esteve presente em todas as sociedades, desde a antiguidade mais remota. É verdade, porém, que o conceito de bem jurídico,

¹⁹⁰ Luiz Regis Prado destaca como mais importantes funções atribuídas ao bem jurídico: (1) a função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado; (2) a função teleológica ou interpretativa; (3) a função individualizadora; (4) a função sistemática (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7ª. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 61/62).

no aspecto dogmático, científico, se moldou no curso da história, ao longo de lentas transformações.

Da Roma Antiga às Ordenações Afonsinas havia proteção de alguns bens jurídicos, tais como a vida e o patrimônio, ainda que de modo não sistemático e sem a consciência da existência de seu conceito e funcionalidade.¹⁹¹

Conforme Prado,¹⁹² em tempos passados, o ilícito penal tinha uma dimensão mais teológica ou privada, sendo antes de tudo um pecado decorrente da desobediência da ordem divina. Posteriormente, com o advento do Iluminismo (Era da razão ou época das luzes) e, portanto, com a difusão do uso da racionalidade, a filosofia penal se desvinculou das preocupações éticas e religiosas e se pautou na compreensão da existência de um contrato social, firmado e regulado em virtude das necessidades do corpo social.

A ruína da concepção divina da ordem jurídica acompanhou a perda de autoridade da Igreja e, com a chegada de uma era fundada na razão humana, em que o Estado se sedimentou a partir de um contrato social, o Direito, de resultado da vontade divina, passou a ser fruto do protagonismo humano, dimensionado a partir da natureza das coisas.

Apenas por volta do século XIX, a partir de pressupostos jusnaturalistas, surgiu um preliminar conceito de bem jurídico, decorrente do estudo de Feuerbach, quando este reputou o delito como ofensa a um direito subjetivo alheio.

Mesmo considerada uma concepção privatista, marcadamente individualista, foi tida como um avanço em comparação ao Absolutismo que antecedeu ao Iluminismo, já que significava a proteção do indivíduo frente ao arbítrio estatal, uma vez que impunha um limite ao poder do Estado.¹⁹³

¹⁹¹ CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, 2011.

¹⁹² PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7ª. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 29/30.

¹⁹³ TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 59/60.

De fato, a passagem do Estado Absolutista para um Estado Liberal foi um momento que permitiu que a teoria do bem jurídico ganhasse importância, pois neste momento de vigência das ideias iluministas o cidadão tinha a garantia de apenas aceitar que o Estado criasse tipos penais incriminadores quando visasse a proteção de bens jurídicos.

Para essa concepção de Feuerbach, o Estado só poderia intervir penalmente quando fosse praticada uma conduta que lesionasse algum direito dos cidadãos, sendo o Estado um garantidor das condições de vida em comum.¹⁹⁴ Nesse sentido, sem a existência de uma lesão a qualquer um desses direitos subjetivos individuais não existiria crime a ser punido.

As ideias de Feuerbach, como a de que a religião e a moral não deveriam influir na elaboração de normas penais, foram incorporadas ao Código Penal da Baviera, de 1813,¹⁹⁵ do qual ele foi o autor. Conforme Manuel da Costa Andrade:¹⁹⁶

Feuerbach parte do dogma de que a finalidade do Estado é a proteção da liberdade e não a da promoção da cultura ou da moralidade. [...] Separa o direito da moral. Ao Estado não cabe formular juízos sobre a moral, nem erigir-se em protetor da religião. A moral e a religião convertem-se em assuntos privados.

O progresso alcançado através desse diploma não impediu que Feuerbach e sua doutrina recebessem críticas, porque ao mesmo tempo em que tal legislação se alicerçava em uma ideia, embora ainda embrionária, de bem jurídico, nela figuravam condutas criminosas que causavam danosidade social, por perigo à ordem e à

¹⁹⁴ GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. La teoría del bien jurídico em el derecho penal. Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 5; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ensayo preliminar. In: FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal comum vigente em Alemania*. Traducción al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p.21 *apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003, p. 38.

¹⁹⁵ No que concerne à legislação penal desse período, ela era dominada pelo CP napoleônico de 1810, grandemente alterado em 1832. A Alemanha e a Itália achavam-se divididas em vários Estados (reinos, ducados, gran-ducados, principados, etc.), nos quais apareceram numerosos códigos penais. Nos territórios alemães, os mais importantes são o código bávaro de 1813 (totalmente alheio à influência do código francês) e o código prussiano de 1851, que vigorava na maior parte dos Estados da Alemanha do norte (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. Atualizador Fernando Fragoso. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 53).

¹⁹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 45.

segurança social, mas que concretamente não violavam quaisquer direitos subjetivos, como os delitos contra a honestidade e as infrações policiais.¹⁹⁷

Nem sempre o crime consistiria em uma ofensa a um direito subjetivo, já que nos delitos contra a sociedade (contra a paz pública, a incolumidade pública e a fé pública) não havia um titular específico e, por consequência, inexistia interesse subjetivo a ser protegido.¹⁹⁸

Conforme Hassemer,¹⁹⁹ esse movimento científico eclodiu como uma arma contra uma concepção moralista de Direito Penal. Nessa compreensão, as condutas criminosas deveriam punir somente a violação de interesses reais de outros homens, os verdadeiros bens jurídicos, e não servir de tutela a valores meramente morais ou éticos.

A oposição decisiva a Feuerbach se deu em 1834, através de Birnbaum, que publicou uma obra de conteúdo liberal,²⁰⁰ limitadora do *ius puniendi* do Estado da Restauração, segundo a qual a conduta delitativa não lesionava 'direitos subjetivos', mas sim 'bens'. Esse conceito superou um obstáculo presente na doutrina de Feuerbach, que não permitia a incriminação de condutas contra a moral e a religião. A tese do "bem" de Birnbaum ganhou importância porque na época em que foi desenvolvida as circunstâncias sociopolíticas eram favoráveis à sua fundamentação ideológica. Tratava-se do período da Restauração, em que o Estado manifestava o interesse de incriminar condutas contra a moral.²⁰¹

À luz da doutrina de Feuerbach eram os *direitos* que figuravam no cerne da discussão sobre qual seria o objeto de proteção das condutas criminosas, e sob a

¹⁹⁷ GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 6;

¹⁹⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 35.

¹⁹⁹ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*; tradução de Pablo Rodrigo Afllen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p.56.

²⁰⁰ A publicação, em 1834, foi de um estudo sobre a tutela da honra ("Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung").

²⁰¹ MALARÉE, Hormazábal. *Bien jurídico y Estado Social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. 2ª ed. Barcelona: Editorial Jurídica ConoSur, 1992., p. 26 e 30.

compreensão de Birnbaum, os *bens* é que passaram a constituir o elemento essencial, a matriz legitimadora do direito penal.²⁰²

A doutrina afirma que na obra de Birnbaum não há uma referência precisa do significado de bem como objeto da lesão, deduzindo-se essa compreensão de maneira tácita a partir de expressões de natureza descritiva.²⁰³

Ao defender que o objeto de defesa do Direito Penal não se consubstancia nos direitos subjetivos, mas sim nos bens tutelados, Birnbaum explica que não é possível a violação do direito subjetivo, tendo em vista que ele se mantém incólume; a lesão é do objeto sobre o qual o direito subjetivo recai.²⁰⁴

Segundo explica Birnbaum:

de acuerdo com mi parecer, si se quiere tratar el delito como lesión, lo esencial es, y pongo el acento em ello, relacionar necesariamente este concepto com arreglo a sua naturaleza, no con un derecho, sino con un bien. Supongamos que perdemos algo o que somos despojados de una cosa que para nosotros es un bien al cual tenemos jurídicamente derecho, éste será el objeto de nuestro derecho y si nos es sustraído o se ve disminuido, nuestro derecho no se verá disminuído ni sustraído.²⁰⁵

Ou seja, o delito não elimina e nem diminui os direitos de outrem, lesionando tão somente o seu objeto. Assim, um furto pode privar alguém da posse de uma coisa, mas nunca do direito de propriedade, uma vez que o sujeito que furta tem a obrigação de restituir a coisa e a vítima tem o direito de recuperá-la.²⁰⁶

Helena Cláudio Fragoso diz que dessa percepção de Birnbaum surgiu então a teoria do bem jurídico:

²⁰² SINA *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 51/52.

²⁰³ SOUZA, Paulo Vinícius Spolender de. *Bem jurídico penal e engenharia genética humana*: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 49. No mesmo sentido: ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 52; e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003, p. 41.

²⁰⁴ Barbosa Castillo; Gómez Pavajeau *apud* PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.

²⁰⁵ MALARÉE, Hormazábal. *Bien jurídico y Estado Social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. 2ª ed. Barcelona: Editorial Jurídica ConoSur, 1992., p. 27.

²⁰⁶ Romagnosi *apud* PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.

se a norma visa impedir o resultado de dano ou perigo que deriva de determinada ação ou omissão proibida ou imposta sob ameaça de pena, é claro que o crime aparece como ofensa ou ameaça, ou seja, como dano ou perigo de dano, isto é, atingindo a um bem ou interesse.²⁰⁷

Luiz Luisi ressalta que Birnbaum foi um pioneiro no enfoque de que o direito penal devia ter por objeto bens jurídicos, mas com uma compreensão limitada a bens jurídicos materiais, corpóreos.²⁰⁸

A afirmação do conceito de bem jurídico se dá, historicamente, com o positivismo jurídico, a partir do declínio da Revolução Industrial, com destaque para os estudos de Binding e Lizst, que são expoentes do positivismo no campo das ciências penais.

O positivismo jurídico “implicou a valorização de uma clara separação entre ser e dever-ser, o que resultou na consideração do Direito exclusivamente como conjunto das normas positivas, independentemente da avaliação de seu conteúdo”.²⁰⁹ Com isso, nessa nova perspectiva positivista, o bem jurídico é compreendido como aquilo que é determinado pela lei.

Essa é a postura de Binding, que adota uma concepção formalista e imputa exclusivamente ao legislador a competência para decidir o que merece ou não ser reprovado penalmente e para identificar as formas de lesão que reivindicam a atuação do direito penal. Não há direitos inatos, com existência pré-jurídica. E segundo o texto de Binding mais recorrentemente citado:

é bem jurídico tudo o que não constitui em si mesmo um direito, mas, apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção íntegra e sem perturbações ela (a comunidade jurídica) tem, segundo o seu juízo, interesse e em cuja salvaguarda perante toda a lesão ou perigo indesejado, o legislador se empenha através das normas.²¹⁰

²⁰⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 36.

²⁰⁸ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 169.

²⁰⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 99.

²¹⁰ BINDING *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 65.

Flávio Eduardo Turessi²¹¹ conclui que a formulação apresentada por Binding é no sentido de que inexistem limites materiais para o processo legiferante. “O que valia para Binding era a escolha feita por parte do legislador, a qual poderia ser até aleatória”.²¹²

Por outro lado, para Franz Von Liszt, os interesses a serem penalmente protegidos existem antes e independentemente da lei. Há o predomínio da expressão *interesse juridicamente protegido*. Ademais, a dimensão da danosidade social deve estar presente no direito positivo.²¹³

Isso significa que com os estudos de Liszt se firma um conceito liberal de bem jurídico, que é anterior ao direito positivo e independe dele, sendo endereçada mais ao legislador, criando-se um conceito material de crime: “lesão ou perigo de lesão a um interesse vital garantido pela norma (bem jurídico)”.²¹⁴ Portanto, o bem jurídico não depende do juízo do legislador, uma vez que ele já existe anteriormente ao ordenamento jurídico como um interesse imanente do ser humano.

Enquanto para Binding a norma é a única fonte de revelação do bem jurídico, independentemente de seu conteúdo, para Liszt “todo o direito só existe por causa do homem. O conteúdo material antissocial do ilícito é independente da sua correta valoração por parte do legislador. A norma jurídica encontra-o, não o cria”.²¹⁵

Justamente em razão do extremado positivismo de Binding não faltaram críticas a sua doutrina. Manuel da Costa Andrade,²¹⁶ por exemplo, ressaltou que apesar de a concepção de Binding ter sido mais formal e permeada por um ideário liberal, deixava o perigo de o legislador atuar descoberto de uma legitimação material, e, portanto, à margem de uma limitação ética.

²¹¹ TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 65.

²¹² PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 30.

²¹³ LISZT *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 67.

²¹⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6ª. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

²¹⁵ LISZT *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 67.

²¹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 68.

Comparando-se os dois autores, pode-se concluir que Binding construiu um conceito puramente formal de injusto penal, para o qual não importa o seu conteúdo, enquanto Franz Von Liszt fez eclodir a ideia de um bem jurídico material.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado sublinha que para Liszt:

o injusto penal compreende a conduta culpável e ilícita. Do ponto de vista formal, é ilícita quando significa transgressão de uma norma estatal (mandato ou dever) e, em sentido material, quando opera uma lesão ou perigo de lesão a um interesse vital garantido pela norma (bem jurídico).²¹⁷

Pode-se concluir que as ideias de Liszt contribuíram para a contenção do arbítrio estatal, considerando que a sua concepção material de bem jurídico buscou preencher a noção formal, a qual restaria esvaziada se despida de um valor vital imanente ao homem. Nessa visão positivista de Liszt, assim como na expressada por Binding, o legislador é quem assume o papel de legitimador e limitador do Direito Penal.

Após a Revolução Burguesa, no início do século XX, as ideias positivistas sofreram fortes críticas com o aparecimento das orientações espiritualistas que, sob a influência da filosofia neokantiana, buscaram modificar o conceito de bem jurídico. Turessi²¹⁸ sublinha que essa nova perspectiva de bem jurídico se distancia da função garantista de cunho liberal. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara²¹⁹ acentua que a concepção neokantiana de bem jurídico “substitui a definição material do bem jurídico pela ideia de um valor, que não é tomado no sentido do indivíduo, mas sim como um valor cultural, no âmbito normativo”.

Assim, o neokantismo não reconhecia o bem jurídico como preexistente à norma, reputando-o como uma consequência da vontade legislativa a partir de um valor cultural extraído do mundo valorativo, e não do campo social.

²¹⁷ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6ª. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 38.

²¹⁸ TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 70.

²¹⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 106.

Mas conforme Bechara,²²⁰ essa ideia neokantiana também foi questionada, pois o reconhecimento de que o conceito de bem jurídico está unicamente no mundo dos valores acaba por compreender o delito como mera oposição de valores culturais, impedindo a averiguação de que o delito pode ser consequência da perturbação danosa da vida social.

A noção de bem jurídico continuou se desenvolvendo até o advento da Segunda Grande Guerra e da escola de Kiel,²²¹ surgida na Alemanha nazista, em 1935, cujo aparecimento prejudicou a evolução do dogma do bem jurídico, já que este conceito era incompatível com as diretrizes do Estado totalitário do regime nacional-socialista.

Conforme pontua Manoella Guz:

com a escola de Kiel desenvolveu-se uma negação crítica destrutiva do conceito de bem jurídico, com o desiderato de adaptar o Direito Penal ao Estado nazista. A missão do Direito Penal não era a proteção de bens jurídicos. A infração penal era simplesmente a infração de um dever, sendo que o Direito Penal mostrava um caráter autoritário, voltado ao autor e não ao fato. Além disso, admitia-se a analogia.²²²

A tese defendida na escola de Kiel era a de que o crime era essencialmente a violação do dever de obediência ao Estado. A realidade e o valor não poderiam ser separados e o “espírito do povo” devia servir de fonte do direito, cabendo ao Estado traduzi-lo por meio de seu chefe.²²³ A consequência acabaria sendo a falta de limites para a intervenção do Estado no Direito Penal, uma vez que a vontade do povo ficaria interpretada pela vontade do ditador.

Após a Segunda Guerra Mundial o conceito de bem jurídico penal voltou a prosperar, com o resgate da ideia de que ele era uma garantia do homem, na

²²⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 108.

²²¹ A escola de Kiel que culmina por dar sustentação teórica ao regime nacional-socialista na Alemanha nos anos 30 refutou, num primeiro momento, o dogma do bem jurídico por ser incompatível com as diretrizes do Estado totalitário, para admiti-lo posteriormente, quando perdeu sua identidade e não passava de instrumento inócuo.

²²² GUZ, Manoella. *Bem jurídico penal difuso e coletivo*, 2010. Dissertação Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

²²³ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 170.

condição de instrumento de limitação do *jus puniendi*. Surgiram então as concepções modernas, com o advento das teorias sociológicas e constitucionais.

O bem jurídico é assunto tão complexo e controverso que Jorge de Figueiredo Dias afirma que

a noção de bem jurídico não pôde, até o momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado.²²⁴

Já no período pós-guerra, Hans Welzel identificou, no comportamento humano, um conteúdo finalístico. Apesar de aceitar que o direito penal tem como função a proteção aos bens jurídicos, entendeu que esse mister ficou relegado a um segundo plano, quando comparado à função primordial de proteger valores.

De fato, Welzel concorda com a teoria da existência de bens jurídicos, mas prioriza a função ético-social, distinguindo “valor do resultado” de “valor da ação”. A missão principal do direito penal é a proteção desses valores ético-sociais da ação e, só por extensão, se direciona à proteção de bens jurídicos.²²⁵

Segundo Welzel, considerando que a intervenção penal ocorre quando o crime já se consolidou, a missão do direito penal:

é a proteção de bens jurídicos mediante a proteção dos elementares valores de ação ético-social. Mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência (obediência) dos valores de ato da consciência jurídica. A mera proteção de bens jurídicos tem um fim policial e negativo. Contrariamente, a missão mais profunda do Direito Penal é de natureza ético-social de caráter positivo.²²⁶

Paulo Queiroz,²²⁷ de forma bastante didática, sintetiza o pensamento de Welzel, explicando que a norma penal deve cumprir primeiramente a função de asseguramento da vigência dos valores éticos, e que isso pode ser conquistado com

²²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal - sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 43.

²²⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 6/7.

²²⁶ WELZEL *apud* QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39/40.

²²⁷ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39.

o fortalecimento do sentimento de respeito à vida, de consolidação da fidelidade matrimonial, e de sedimentação da honradez antes mesmo da preocupação de se evitar determinados resultados lesivos (lesão à vida, a instituição do matrimônio etc.).

Assim, apesar de o estudo do bem jurídico, como um instrumento de limitação do poder de punir do Estado, não representar o principal objeto de estudo de Welzel, sua visão acerca dos valores éticos na configuração da justiça ou injustiça da ação, já delineou um aspecto humanista após as atrocidades da segunda guerra.

Novas teorias, de caráter sociológico e constitucional, surgiram para contribuir na construção do conceito de bem jurídico. Na perspectiva sociológica merecem destaque os estudos de Knut Amelung, Winfried Hassemer, Jürgen Habermas e Günther Jakobs.

Janaína Paschoal²²⁸ parte da premissa de que os partidários da concepção sociológica do Direito Penal são funcionalistas na medida em que, nas suas respectivas compreensões, a finalidade dessa seara do Direito é tutelar o funcionamento da sociedade, não sendo necessário dispensar a ideia de bem jurídico penal. Luiz Regis Prado,²²⁹ acerca das teorias sociológicas, diz que o Direito é tido como um subsistema do sistema social geral e que o delito causa um transtorno ao correto funcionamento desse sistema. Assim, o Direito Penal é o instrumento que objetiva proteger este funcionamento, diante de um fato socialmente danoso.

O funcionalista Amelung trata o bem jurídico como um conceito de função sistêmica. Manuel da Costa Andrade explica que, na visão de Amelung, o Direito Penal deve obediência à Constituição, que apenas determina a proibição de condutas socialmente danosas. Logo, a norma só pode ser aplicada quando contribua para a manutenção do sistema social. Amelung identifica como *danosidade social* aquilo que perturbe as condições da convivência humana. O crime é apenas uma das formas de causação dessa disfuncionalidade social e

²²⁸ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

²²⁹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

ocorre quando há violação de uma norma institucionalizada, podendo colocar em risco a vigência das normas. Ao contrário do que parece, Amelung não se propõe a substituir o princípio do bem jurídico pelo dogma da danosidade social. Mas segundo este último critério, na medida em que devem ser crimes as condutas socialmente danosas, a tutela penal de uma pessoa não se dá em razão dela individualmente considerada, mas tão somente do ponto de vista social, já que nenhum sistema de interação pode existir sem pessoas e, portanto, a pessoa passa a ser meio de proteção do sistema social.²³⁰

Amelung peca por não explicar o que considera socialmente danoso e nem o que deve ser reputado bem jurídico. Propõe uma “reflexão sobre as condições funcionais da ordenação social como base de valoração para a determinação de bens jurídicos”.²³¹ Estabelece que na medida em que o bem jurídico depende de valoração do legislador, corre-se o risco de:

se ver convertido em bem jurídico qualquer objeto que o legislador tem por valioso e digno de proteção; mas sempre o legislador quererá, por princípio, fazer algo para melhor se assegurarem as condições da convivência humana.²³²

Já a doutrina de Habermas, outro importante representante da visão sociológica, procura inserir a teoria do consenso no âmbito penal, por entender que o acordo social obtido a partir de um diálogo é que dá legitimidade à criminalização de condutas. Busca descortinar a possibilidade ou não, nas sociedades modernas, de existência de uma “identidade racional”.²³³

Na concepção funcionalista de Hassemer um comportamento não pode ser proibido com ameaça punitiva se não tiver como justificativa a existência de um bem

²³⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 97 e 105.

²³¹ AMELUNG *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 101.

²³² AMELUNG *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 101.

²³³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003, p. 49.

jurídico; caso isso ocorresse, seria terror estatal.²³⁴ “Os valores sociais são protagonistas na fundamentação do Direito Penal, e devem ser observados como um reflexo histórico, naturalmente variáveis conforme a época na qual sejam analisados”.²³⁵ Hassemer afirma:

los bienes no son producto de procesos naturales, sino del acuerdo social basado en la experiencia. Valores tales como el matrimonio monogámico, la propiedad, la libertad, el honor o la salud no sólo son relativos, tanto desde el punto de vista histórico, como geográfico, sino también desde el punto de vista económico y cultural. Gráficamente se puede decir que los bienes no existen, sino que son producidos. [...] Incluso aunque los bienes e intereses estuvieran al alcance de las personas y, por tanto, se pudiera decir que son en cierto modo autónomos, el Derecho penal tendría necesariamente, para protegerlos, que someterlos a un proceso constitutivo en el que, desde el punto de vista del merecimiento de pena, analizaría primero su aptitud para ser protegidos penalmente y luego su posible modificación para ser objeto de protección. El legislador a la hora de crear una ley penal actúa, dentro de su margen de autonomía, "configurando" los bienes jurídicos, no simplemente "sacándolos" de la realidad social y reflejándolos, y en esa actuación lleva a cabo una función política y no simplemente demoscópica o estadística.²³⁶

Para Hassemer, a experiência de dada sociedade traduz e produz os valores que merecem a tutela penal. Para a seleção desses valores também interessa a análise acerca do merecimento da pena. É a realidade social que configura o bem jurídico.

Acerca dos comportamentos que são considerados intoleráveis em determinada sociedade, Hassemer ensina que dependem de valorações que são produto de três fatores: (1) a frequência dessas condutas; (2) a intensidade da necessidade da preservação do objeto merecedor da tutela; e (3) a intensidade da ameaça contra ele. Mas esses fatores mudam de nuance conforme determinado momento e contexto social. Portanto, na particularização do bem jurídico o que

²³⁴ HASSEMER *apud* ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 14.

²³⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Estudos e Monografias. Editora Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995.

²³⁶ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valência: Tirant to blanch, 1989, p. 111.

importa é a sua valoração subjetiva, com essas variantes temporais e sociais, e não a sua posição objetiva.²³⁷

Dentre os funcionalistas, a face mais radical é atribuída a Gunther Jakobs, que elaborou um sistema dogmático jurídico com base na teoria sociológica de Luhmann. Seguindo esses ensinamentos, dá-se maior ênfase ao princípio da danosidade social do que ao dogma do bem jurídico penal, já que se entende que este último é prescindível, pois é mais relevante a manutenção da fidelidade ao direito do que a limitação material para a punição penal. Como a função do Direito Penal, para Jakobs, é a confirmação da vigência da norma, nem se mostra necessário descortinar-se o conceito de bem jurídico.

Conforme o autor, o Direito Penal não tem por finalidade precípua proteger abstratamente os bens jurídicos, sendo a sua incumbência garantir a manutenção da confiança dos indivíduos de que os outros não cometerão crimes. Quando um agente pratica um comportamento delitivo, ele demonstra que seu estilo de vida é incompatível com a concepção de mundo estabelecida.²³⁸

Em outras palavras, apenas a danosidade social pode configurar fundamento para a legitimação da punibilidade. A disfuncionalidade da infração não se encontra propriamente na ofensa ao bem jurídico, e traduz um forte significado simbólico, consistente na negativa de obediência ao direito, que, não enfrentada, abala a confiança social na validade e na vigência das normas. Conforme esse entendimento, as normas consideradas na sua vigência e validade formal estão em primeiro plano, independentemente de seu conteúdo. Para Jakobs as normas são os verdadeiros bens jurídico-penais. E a pena, do mesmo modo que a infração, também vale pela sua expressividade simbólica, como reafirmação da norma violada.²³⁹

²³⁷ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 171.

²³⁸ MONTEALAGRE LYNETT, Eduardo *apud* SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 144.

²³⁹ JAKOBS *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 114/115.

Pairam várias críticas a essa teoria, sob a acusação de que esse fundamento, divorciado de limitadores materiais, leva a uma amplificação antiliberal da intervenção jurídica.

Conforme Baratta, apenas para ilustrar, essa renúncia da concepção de bem jurídico como objeto e critério da tutela penal, inviabiliza o potencial de garantia que esse instituto pode representar, dando margem à pancriminalização do sistema, ou seja, a uma expansão da tutela penal.²⁴⁰ Fora isso, afirma-se que essa teoria permite um retrocesso a um Direito Penal exclusivamente formal e potencialmente arbitrário, uma vez que esta concepção despida da proteção de bens jurídicos pode ser invocada por todo e qualquer modelo estatal, inclusive não democrático.²⁴¹

Luiz Regis Prado desaprova essas teorias sociológicas por entender que elas falharam: (1) na tarefa de formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar o que lesiona uma conduta delitiva e (2) no propósito de explicar qual é o critério de seleção da sociedade para criminalizar algumas condutas e não outras.²⁴²

É justamente nesse contexto que ganham importância as teorias constitucionais. Nessa perspectiva reconhece-se que a função principal do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais relevantes e que é no texto constitucional que o Direito Penal deve identificar os bens que lhe cabe proteger com suas rígidas sanções.

Segundo Claus Roxin, os bens jurídicos são imprescindíveis para a existência em comum, dando legitimação e sustentação para a penalização de comportamentos, porquanto a criminalização não pode se fundar na mera discricionariedade do legislador. Entende que

el legislador actual, aunque goza de legitimidade democrática, no puede incriminar algo sólo porque no le guste. La penalización de una conducta tiene que poseer una legitimación distinta de la que le otorga la mera voluntad del legislador [...] los bienes jurídicos no tienen una eterna validez iusnaturalista, sino que se ven afectados por los cambios en la estructura

²⁴⁰ BARATTA *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 127.

²⁴¹ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

²⁴² PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 45.

constitucional y las relaciones sociales [...] en um Estado democrático de Derecho, que es el modelo de Estado que tomo por base, las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistência libre y pacífica garantizando al tempo el respeto de todos los derechos humanos. Así pues, y em la medida em que esto no pueda conseguirse de forma más grata, el Estado debe garantizar penalmente no sólo las condiciones individuales necesarias para tal coexistência (como la protección de la vida y la integridad física, de la libertad de actuación, de la propiedad, etc.), sino también las instituciones estatales que sean imprescindibles a tal fin (uma Administración de justicia que funcione, unos sistemas fiscales y monetários intactos, uma Administración sin corrupción, etc.).²⁴³

Roxin, defensor de uma teoria crítica do bem jurídico,²⁴⁴ apregoa que em um Estado Democrático de Direito a intervenção jurídico-penal não pode ultrapassar as fronteiras de uma punição legítima, necessitando observar uma função social do Direito Penal. Ou seja, só pode ser objeto do Direito Penal aquilo que busque garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, toda vez que esses objetivos não possam ser obtidos através de outras medidas político-sociais mais leves, que restrinjam em menor medida a liberdade dos cidadãos. Para essa concepção “se deve encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, que então garanta a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade individual possível”.²⁴⁵

Claus Roxin denomina como bens jurídicos os objetos que se mostram dignos e legítimos de proteção por meio de normas penais. O penalista alemão propõe que esses interesses sejam definidos como *circunstâncias reais dadas*, tais como a vida, a integridade corporal ou o poder de disposição sobre as coisas (propriedade), além de outros direitos fundamentais e humanos, como o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de opinião ou religiosa; ou *finalidades necessárias* para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada

²⁴³ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o huego de abalorios dogmático?* Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2007, p. 443, 458 e 447.

²⁴⁴ Roxin apregoa um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, alegando que a caracterização “crítico-legislativa” lhe parece mais apropriada que o conceito de bem jurídico “crítico-sistêmico” defendido por Hassemer em sua monografia e em sua última conferência sobre o tema, já que a crítica se move no âmbito do sistema constitucional vigente (ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 20).

²⁴⁵ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 17.

indivíduo na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nesses objetivos (receita tributária). Distingue o autor as *circunstancias reais* dadas das *finalidades*, explicando que aquelas são preexistentes ao legislador, o qual as reconhece e as tutela por meio da lei; já as finalidades são criações dele para atender às necessidades do sujeito em sociedade.²⁴⁶

Nos últimos decênios surgiu “o que se pode definir como um processo de constitucionalização dos bens jurídicos penais”²⁴⁷ segundo o qual “é a norma constitucional e não a norma jurídico-penal que determina a eleição do bem jurídico”.²⁴⁸

Segundo destaca Antonio Carlos da Ponte:

se é a Constituição Federal que estabelece os valores primordiais a serem protegidos, toda e qualquer violação a um dado bem ou valor só será considerada ofensa a bem jurídico, caso atente contra postulados encontrados no próprio texto constitucional ou decorrentes dos princípios lá abraçados. A relevância penal de um dado bem ou valor deve ser analisada à luz da Constituição Federal, não do Código Penal.²⁴⁹

No Brasil, o modelo de organização do poder político é o Estado Democrático de Direito. Portanto, todos os institutos penais (o que abrange a delimitação do bem jurídico) devem ser funcionais, de modo a reproduzir as premissas e princípios desse modelo de estado, conforme os vetores expressos no texto constitucional. Sob essa ótica, o exercício do poder precisa observar a soberania popular, direcionado ao respeito à pluralidade e à dignidade da pessoa humana, juntamente com as expectativas sociais.²⁵⁰

O Poder Constituinte, em um dado momento histórico, considera os valores vigentes na sociedade e a sua relevância para a conservação dessa coletividade

²⁴⁶ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 18/19.

²⁴⁷ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 172.

²⁴⁸ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 171.

²⁴⁹ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 171/172.

²⁵⁰ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 173.

organizada. Com isso, “pode-se deduzir que, enquanto o constituinte busca os bens na sociedade, o legislador os retira da Constituição”.²⁵¹

Essa construção do bem jurídico a partir de uma leitura constitucional do direito penal recebe a crítica de que Estados totalitários foram engendrados com fundamento constitucional. Com isso, apenas a construção de uma concepção de bem jurídico acima da Constituição poderia evitar essa manipulação.²⁵² Ocorre que essa visão constitucionalista ainda é mais segura que a criação de conceitos de bem jurídico vagos e imprecisos.

Vale destacar a interessante contestação de Hernán Hormazábal Malarée sobre as teorias constitucionalistas do bem jurídico. Destaca que apesar de elas possuírem incontestável valor orientativo, não poderiam ser chamadas de teorias do bem jurídico, já que não revelam o conteúdo de bem jurídico, mas apenas estabelecem que a Constituição é o fundamento para uma política penal coerente com o modelo de Estado adotado.²⁵³

De fato, essa crítica tem certa razão. As teorias constitucionais trouxeram uma orientação significativa para a lógica do ordenamento penal de determinado Estado, com critérios mais seguros, já que a Constituição, além de limitar os bens passíveis de serem protegidos pelo Direito Penal, também não permite uma criminalização aquém de seus vetores. Mas, por outro lado, essas concepções não revelaram preocupação de estabelecer um conteúdo mínimo das condutas que deveriam ser punidas, ou seja, que necessitavam ser objeto de tutela penal. Elas apenas determinaram que o legislador observasse os vetores constitucionais.

Deste modo, continua sendo a sociedade a fonte inspiradora do que deve ser definido como bem jurídico. O legislador, na eleição das condutas criminosas, segue limitado aos valores sociais proclamados na ordem constitucional.

²⁵¹ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 49.

²⁵² BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes *apud* PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 173.

²⁵³ MALARÉE, Hormazábal. *Bien jurídico y Estado Social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. 2ª ed. Barcelona: Editorial Jurídica ConoSur, 1992, p. 139/140.

Reconhecendo-se a Constituição Federal como a fonte para o *ius puniendi* de determinado Estado, cumpre mencionar o que Janaína Paschoal²⁵⁴ chama de limites positivo e negativo ao Direito Penal. Segundo o limite positivo, o legislador infraconstitucional só pode tutelar penalmente os bens que são reconhecidos na Constituição. Neste viés extrai-se claramente o objetivo de limitar ainda mais o exercício do poder punitivo estatal.

Antonio Pagliaro²⁵⁵ se opõe a essa limitação positiva por restringir demasiadamente a liberdade do legislador de verificar a necessidade de punição de ofensas a outros valores não elencados na Constituição sob a perspectiva da prevenção geral e da prevenção especial.

Já na compreensão de que a Constituição represente um limite negativo, admite-se a criminalização de condutas que não afrontem o texto constitucional, ainda que o bem tutelado não esteja reconhecido no corpo constitucional. Portanto, no conceito de limite negativo basta não existir uma relação de contrariedade entre a lei e a Constituição.

Fernando Mantovani²⁵⁶ é partidário desta última tese e entende que podem ser criminalizadas condutas que não atentem diretamente contra os valores adotados pela Constituição.

Apesar de o exaurimento da análise das correntes constitucionais não ser o objeto principal deste trabalho, opta-se, nessa empreitada intelectual, pela ideia de limite negativo, tendo em vista que a Constituição não enuncia um catálogo fechado de quais comportamentos podem ou não ser incriminados. Nesse aspecto, não se deve deixar de considerar, ainda, a existência de Estados em que a Lei Maior é bastante sintética, e que esse formato enxuto poderia, em último caso, limitar demasiadamente o campo da punição penal, comprometendo gravemente a ordem social.

²⁵⁴ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 55/67.

²⁵⁵ PAGLIARO, Antonio *apud* Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 58.

²⁵⁶ MANTOVANI, Ferrando *apud* Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 57.

Portanto, nessa perspectiva, se entende que a Constituição pode vir a limitar, em alguns casos, o leque de punições, como também ser o ponto de partida para a criminalização de condutas relativas a bens protegidos constitucionalmente, ainda que essa tutela seja implícita dentro do sistema constitucional.

Rogério Greco destaca que existem bens relevantes que podem não ter sido agraciados no texto constitucional. Para ele a sociedade é versátil e proclama a defesa de valores que até então podiam não ser considerados tão fundamentais, mas que passaram a sê-lo diante de um específico momento histórico e contexto social.²⁵⁷

Portanto, a liberdade do legislador para a criminalização de condutas não será plena, uma vez que a escolha dos bens jurídicos que merecem tutela pelo ramo do Direito Penal estará limitada pelos valores constitucionais, tanto pelos fundamentos, princípios norteadores e direitos fundamentais como também pelo modelo de Estado Democrático de Direito, ora vigente. Lembrando que a dignidade humana é o fundamento e princípio basilar sobre o qual se sustenta todo o ordenamento jurídico, inclusive o sistema penal.

Não obstante a exigência desta função de unidade a ser cumprida pela Constituição, quando se adentra o campo da produção normativa infraconstitucional, e particularmente de um modelo penal como o brasileiro, que nos últimos tempos sofreu ampliações relevantes quantitativa e qualitativamente, é fácil notar uma certa dificuldade de coexistência de certos princípios e valores tradicionalmente imputados ao direito penal pelas vertentes liberais-iluministas, caracteristicamente individualistas, e uma outra gama de princípios e valores que sustentam a legitimidade de novas matrizes normativas dirigidas à tutela de bens não individuais.

²⁵⁷ GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 70/71.

4.2 Conceito de Saúde

O termo saúde é impreciso e complexo, difícil de ser conceituado, assim como o é a doença. Não encontra uma definição permanente, pois não pode ser satisfatoriamente explicado quando observado apenas no contexto de uma época ou sociedade. Sua abrangência e significado evoluem constantemente, refletindo novos conhecimentos e perspectivas, desse modo, de forma alguma comporta uma definição fechada e acabada.

Por isso Moacyr Scliar diz que a definição de saúde é extraída de um contexto social, econômico, político e cultural, justamente por não ter o mesmo significado para todos os indivíduos. Além de depender da época e do lugar, a sua representação também está associada à classe social, aos valores individuais, às concepções científicas, religiosas e filosóficas. Do mesmo modo a concepção de doença varia muito.^{258 259}

São Tomás de Aquino definia a saúde como “o hábito ou estado corporal que nos permite seguir vivendo” (Suma Teológica I-II ae, q.50, a. 1, c.). Ele a interpretava como uma condição geral que capacitava a pessoa a exercer as suas atividades cotidianas com autonomia. Não exigia uma aptidão plena, assim, mesmo que a pessoa sofresse de alguns males, poderia gozar, nesse aspecto geral, de saúde, desde que o seu estado permitisse a fruição das ocupações rotineiras.

A noção mais conhecida e usual em todas as sociedades é aquela que relaciona, de forma oposta, saúde e doença, sendo concebida a partir de um significado negativo, caracterizado como a “ausência manifesta de doenças”.

Conforme Dallari e Vidal Serrano, essa definição da doença como carência de doenças é atribuída a Descartes. Havia outra corrente, apregoada por Hipócrates,

²⁵⁸ SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17(1):29-41, 2007, p. 30.

²⁵⁹ Para ilustrar, Scliar explica que “houve época em que masturbação era considerada uma conduta patológica capaz de resultar em desnutrição (por perda da proteína contida no esperma) e em distúrbios mentais. A masturbação era tratada por dieta, por infibulação, pela imobilização do “paciente”, por aparelhos elétricos que davam choque quando o pênis era manipulado e até pela ablação da genitália” (SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17(1):29-41, 2007, p. 30.

Paracelso e Engels, no sentido de que a saúde estava intimamente relacionada com certas variáveis, tais como meio ambiente, trabalho, alimentação e moradia.²⁶⁰

Na compreensão mais usual, dado o caráter contraposto já citado, a vida saudável depende do distanciamento da doença. Pode-se resumir a questão na ideia de que menos doença significa mais saúde.

Esse conceito ordinário da saúde, no sentido de que seria a simples ausência de doenças, esteve impregnado no senso comum, principalmente após a descoberta dos germes como uma fonte de doenças, cuja presença exigia, muitas vezes, o isolamento do indivíduo. O culto à ciência predominante no século XX, que favoreceu o desenvolvimento de remédios, também gerou a percepção da necessidade deles para o resgate da saúde, na medida em que eles possibilitavam o combate das doenças e a salvação da vida.²⁶¹

Fernando Aith salienta que nas sociedades modernas, até a segunda metade do século XX, a representação da saúde com fundo puramente médico revelou uma primazia do papel do médico sobre a saúde e a doença. O enfoque estava nas ciências biológicas, nas noções básicas acerca da compreensão dos diversos estados corporais, cuja linguagem, excessivamente técnica, era inacessível às pessoas que não eram da área médica. Ocorre que as ciências sociais, ao longo das décadas de 1960 e 1970, desenvolveram concepções mais amplas acerca do significado de saúde, conectando-o, também, com aspectos sociais. Formularam-se, a partir de então, conceitos com base na relação entre o indivíduo e o social:²⁶²

a saúde era concebida, às vezes, como uma simples “ausência de doença”, outras vezes como “uma reserva corporal”, ou, ainda, como “um fundo de saúde” inato e que permite ao organismo resistir contra todas as agressões feitas pelo corpo social. Também podemos encontrar concepções da saúde como “equilíbrio” que permite ao indivíduo responder da forma mais eficiente possível às exigências da vida social. O equilíbrio se encarna na plenitude

²⁶⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

²⁶¹ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 7.

²⁶² AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 43/44.

física e psíquica, no sentimento de autossatisfação e de harmonia com os outros.²⁶³

Na visão de Alessandro Seppilli, a saúde consiste na interação entre o indivíduo e o espaço social, levando à conclusão de que “é a condição harmoniosa de equilíbrio funcional, físico e psíquico do indivíduo integrado dinamicamente no seu ambiente natural e social”.²⁶⁴

Apesar de o binômio saúde-doença consistir em uma preocupação antiga, um conceito de saúde universalmente aceito só foi possível após as duas Guerras Mundiais, diante da criação de organismos internacionais. Foi a partir da criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Mundial da Saúde (OMS), esta última em 1948, que surgiu um consenso quanto a uma definição de saúde.

A Organização Mundial de Saúde (OMS), além de reconhecer a saúde como um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, religião, ideologia política, condição econômica ou social, a define como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doença ou enfermidade”.²⁶⁵

Como bem destaca Águeda Müller, essa definição, presente no preâmbulo da Constituição da OMS, adotou dois conceitos, mantendo um negativo e já conhecido, consistente na ausência de doenças, além de outro, positivo, caracterizado pela promoção do bem-estar físico, mental e social.²⁶⁶

Christopher Boorse, não concordando com um conceito tão amplo como o da OMS, insistiu na concepção de que a saúde consistia na ausência de doença, por entender que esta se apresentava como um critério mais objetivo, já que, sem a

²⁶³ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 46.

²⁶⁴ SEPPILLI *apud* BERLINGUER, Giovanni. *A doença*. São Paulo, Hucitec, 1988, p. 34.

²⁶⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*.

²⁶⁶ MÜLLER, Águeda. La salud, um derecho humano: el derecho de la salud e los derechos humanos. Capítulo 2. In AIZENBERG, Marisa. *Estudios acerca del derecho de la salud*. 1. ed. Buenos Aires: La ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2014, p. 18.

necessidade de juízos de valor, permitiria a classificação dos seres humanos em saudáveis ou doentes, a depender do grau de eficiência das funções biológicas.²⁶⁷

Christophe Dejourns critica o conceito adotado pela OMS, por entender que o bem-estar é uma condição vaga, implícita e intuitiva, impossível de ser definida e absolutamente preenchida. Para ele, o bem estar é um estado ideal, fictício, ilusório, que no plano concreto não poderia ser atingido. Não é uma condição existencial estável e permanente, que, uma vez alcançada, seria incorporada ao indivíduo. Conclui que o conceito internacional de saúde, para ter sentido, só pode ser enxergado como um ideal a ser atingido, através de meios que permitam que se trace um caminho pessoal e original em direção a esse bem-estar físico, psíquico e social.²⁶⁸

Em 1986, no Canadá, na Primeira Conferência Internacional para a Promoção da Saúde, a Organização Mundial de Saúde elaborou a “Carta Ottawa”, com o estabelecimento de um catálogo de intenções para a promoção da saúde, sendo um importante documento para conferir uma maior completude ao conceito genérico de saúde:

para alcançar um estado adequado de bem-estar físico, mental e social um indivíduo ou grupo deve ser capaz de identificar e realizar as suas aspirações, de satisfazer as suas necessidades e de mudar ou se adaptar ao meio ambiente. As condições e os requisitos para a saúde são a paz, a educação, a moradia, a alimentação, a renda, um ecossistema estável, a justiça social e a equidade.²⁶⁹

Mazzafero entende que a partir da definição da OMS a saúde passou a ser enxergada sob um novo enfoque, pois ao critério físico ou somático que havia prevalecido até então, integraram-se os aspectos mental e social. O homem será

²⁶⁷ BOORSE *apud* SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. *PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17 (1): 29-41, 2007.

²⁶⁸ DEJOURNS, Christophe. Por um novo conceito de saúde. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 7/11, abr./jun. 1986.

²⁶⁹ CARTA DE OTTAWA. Primeira Conferência Internacional sobre promoção da saúde. Ottawa, novembro de 1986.

sano quando, além do bem-estar anatômico, possuir equilíbrio mental e espiritual em suas relações interpessoais e sociais.²⁷⁰

De fato, os aspectos mental e social são imprescindíveis para uma vida sã, pois o ambiente e as relações sociais constantemente influenciam negativa ou positivamente no estado de espírito da pessoa, de forma a criar sentimentos, expectativas, ansiedades, decepções e stress, e podem representar pontos de gatilho para doenças mentais e até físicas, já que é natural o adoecimento do corpo por consequência das sensações e das angústias.

Na expressão "bem-estar" englobam-se todos os fatores que sobre ele podem influir, havendo diversos estudos de que o infarto, a úlcera péptica, a colite irritativa, a asma brônquica, e até mesmo o câncer podem guardar profundos vínculos com os estados afetivos dos sujeitos. A "doença somática" também representa uma forma de o sujeito externar a turbulência afetiva, quando ele se enxerga incapaz de harmonizar os seus conflitos interiores.²⁷¹

Freud, em 1938, acreditava que o sujeito assolado pelo "mal-estar na civilização", entre as várias defesas possíveis, acaba se direcionando a uma fuga para a doença somática, à neurose, à psicose ou, ainda, ao comportamento antissocial.²⁷²

Uma vida sã depende da saúde mental, e o assunto tem ganhado especial importância nesses tempos em que a depressão tem crescido vertiginosamente, sendo chamada de "mal do século".

A OMS reconhece que os transtornos mentais não possuem uma causa determinada, podendo despontar de fatores biológicos, psicológicos e, principalmente, socioculturais. Apresenta uma classificação médica acerca desses transtornos, em que se incluem os estados de depressão entendidos como sentimentos persistentes de tristeza, de desânimo e de fadiga; os estados de mania,

²⁷⁰ MAZZAFERO, Vicente Enrique. El desarrollo de la Salud Pública en las sociedades humanas. In *Medicina e Salud Pública*. Buenos Aires; EUDEBA, 1999.

²⁷¹ SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*, vol. 31 nº. 5, São Paulo, Oct. 1997.

²⁷² FREUD, Sigmund. *Esboço de psicanálise* (1938). Rio de Janeiro: Imago, 1980. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas, v. 23.

indicados pela irritabilidade, pelas ideias de grandiosidade, de atividade aumentada e de pensamento e fala acelerados, além de sono diminuído. Também compreende como transtorno mental a ansiedade exagerada (medos irracionais), caracterizada por um nível de ansiedade elevado, crônico e incessante; esse nível excessivo de ansiedade pode resultar no ataque de pânico, caracterizado principalmente pelo medo de ficar sozinho em locais públicos ou despontar a fobia social, em que há o receio de sofrer circunstâncias humilhantes ou, ainda, os transtornos obsessivo-compulsivos, caracterizados por ideias e pensamentos repetitivos. A esquizofrenia, identificada por alucinações auditiva, visual, gustativa ou olfativa, também é categorizada pela Organização Mundial de Saúde como um transtorno mental.²⁷³

Como bem pontua Cláudia Moraes da Silva em sua dissertação sobre “o Ministério Público e a garantia do direito à saúde mental”:

As pessoas com transtornos mentais, além de conviverem com o sofrimento decorrente desse peculiar estado de saúde, ainda enfrentam um ônus oculto de estigma e discriminação. Tanto em países de baixa como de alta renda, a estigmatização de pessoas com transtornos mentais tem persistido ao longo da história, manifestada por estereotipia, medo, assédio, rejeição e evitação. Fato ensejador de constantes violações de direitos humanos. O direito à igualdade e a proibição de discriminação são assegurados na Constituição Federal e endossados enfaticamente por instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Entretanto, ainda, assim, persiste uma realidade em que pessoas são estigmatizadas e discriminadas por razões diversas, inclusive pelo estado de saúde.²⁷⁴

De fato, a estereotipia, a discriminação, o medo e a rejeição no meio social intensificam o sofrimento do qual já padece a pessoa com transtorno mental, inserindo-a em um ciclo difícil de ser contornado.

Portanto, o estado de saúde físico e mental da pessoa depende de fatores individuais, de caráter biológico, genético, psicossocial, de estilos de vida e comportamental, e também é resultado de uma série de determinantes ambientais que atuam sobre o sujeito, entre eles os ambientes físico, social, econômico e cultural. Todos esses fatores podem influenciar para que uma pessoa alcance um perfeito bem-estar ou, infelizmente, o completo mal-estar.

²⁷³ OMS. Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas. Porto Alegre: Artes Médicas; 1993.

²⁷⁴ SILVA, Cláudia Moraes. *O Ministério Público e a garantia do direito à saúde mental*. Dissertação Mestrado em Direito. Universidade Santa Cecília, Santos, 2019.

O conceito estabelecido pela OMS foi útil por agregar essas injunções sociais que intervêm sobre a saúde e conferir-lhes um papel de destaque na busca do bem-estar. Mas a sincronia entre um completo bem-estar e a existência de saúde, não parece ter relação plena, pois se fosse exigida levaria à conclusão de que quase ninguém tem saúde. Não se pode perder de vista que nem sempre a completa felicidade será possível, e, muitas vezes o mal-estar será inevitável. Então, na verdade, é o grau desse mal-estar físico, mental e social que poderia afetar ou não a saúde. A simples falta da plenitude de bem-estar não parece ser suficiente para a afirmação de que não há saúde.

O Dr. Milton Terris, conhecido salubrista norte-americano, em 1975, propôs uma definição que eliminou a expressão “completa”, estabelecida pela OMS: “la salud es un estado de bienestar físico, mental y social, com capacidade de funcionamiento y no únicamente la ausencia de malestar o enfermedad”.²⁷⁵ Essa construção se mostra mais adequada após as críticas.

Neste estudo concorda-se com esse conceito de Terris, e também se entende que a saúde é um estado de razoável harmonia física, mental e social, que permita o exercício das atividades rotineiras, e não meramente a ausência de doença ou enfermidade. Não se ignora que a expressão “razoável” também pode dar uma sensação de imprecisão e subjetividade, mas ao menos ela se afigura mais condizente com a realidade e com a ideia de equilíbrio, pois as doenças e a carência de saúde podem aumentar sensivelmente quando a harmonia física, mental e social estiver em risco.

Após a percepção de que a saúde é um direito fundamental à vida, e, portanto, uma das maiores riquezas que um ser humano possui, o legislador também optou por protegê-la por meio do Direito Penal, punindo os comportamentos mais graves que atentem contra a saúde individual ou coletiva, já que este ramo mais rígido do Direito pode se mostrar, muitas vezes, como a última opção para a concretização do equilíbrio do bem-estar.

²⁷⁵ TERRIS *apud* MÜLLER, Águeda. La salud, um derecho humano: el derecho de la salud e los derechos humanos. Capítulo 2. In AIZENBERG, Marisa. *Estudios acerca del derecho de la salud*. 1. ed. Buenos Aires: La ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2014.

4.3 Direito à Saúde Individual e Coletiva

O direito à saúde, caracterizado no artigo 6º da Constituição Federal como um direito social, exige, por sua natureza, uma interação entre o Estado e a sociedade, e depende, para que seja acessado e fruído com maior amplitude, de que o Poder Público o assegure, aos indivíduos, integral e universalmente.

Gozando da qualidade de direito fundamental, o direito à saúde pode ser visto em duas perspectivas, a de direito individual e aquela que o consagra como objeto de um grupo indeterminável de indivíduos. A diferenciação entre esses dois universos, individual ou coletivo, depende da titularidade e da divisibilidade do bem jurídico tutelado.

Ambas as concepções são relevantes para o Direito Penal, porque estão contidas no Código de 1940. Em um de seus capítulos esse diploma tem, por objetividade jurídica, a *saúde coletiva* (capítulo III, do Título VIII – dos crimes contra a incolumidade pública), e em outro ampara a *saúde individual* (capítulo III – da periclitación da vida e da saúde, do Título I – dos crimes contra a pessoa).

Conforme análise realizada no capítulo em que se tratou dos modelos de Estado, o reconhecimento aos direitos fundamentais foi progressivo, fragmentado em etapas históricas a partir do surgimento do Estado moderno.

A insurgência dos indivíduos em face do poder real absoluto culminou no advento do Estado liberal, que criava instrumentos de proteção do indivíduo contra o arbítrio do Estado. Nesse contexto foi editada a Declaração dos Direitos do Homem, decorrente da Revolução Francesa de 1789, que exprimia, como mote, os ideários da liberdade, da igualdade e da fraternidade.

Há críticas, já apresentadas no capítulo 2, no sentido de que esse primeiro movimento confrontador do poder real era fruto dos anseios burgueses direcionados à tomada do poder, de qualquer modo, teve enorme importância histórica e resultou no surgimento da primeira dimensão de direitos fundamentais.

Posteriormente, as camadas mais pobres da sociedade, que viviam sem dignidade e acesso a serviços de educação, habitação, trabalho e saúde, insatisfeitas, promoveram agitações que resultaram na constituição de Estados de caráter social. Nesse momento se revelam os direitos sociais de segunda dimensão, destinados à promoção da igualdade e, conseqüentemente, à proteção das pessoas social e economicamente mais carentes.

Especificamente quanto ao direito à saúde, a sua titularidade possui uma dimensão individual, correspondente a um direito subjetivo de todo cidadão, e um aspecto coletivo, que ultrapassa o âmbito individual e se dirige à proteção de toda uma coletividade. A saúde individual se restringe à incolumidade ou segurança pessoal, sendo identificáveis, com facilidade, a sua titularidade e o respectivo prejuízo.

A importância de se enfatizar a saúde como um direito que possui um componente individual e outro coletivo ou social, é muito bem destacada por Víctor Abramovich e Christian Courtis, que explicam que na dimensão particular o sujeito desfruta da saúde independentemente da condição experimentada pela sua família ou seus vizinhos. Por outro lado, no viés coletivo, ela é analisada de acordo com os fatores sociais que contribuem para preservá-la ou arruína-la, como é o caso das epidemias, das contaminações, da circulação de agentes patogênicos, da falta de saneamento e demais hábitos de higiene, das más escolhas nas ações de prevenção de doenças, dentre outras. Nessa esteira social, a preservação da saúde depende da contribuição e do empenho coletivo, através do desenvolvimento de sistemas adequados de atenção à saúde.²⁷⁶

Ingo Sarlet afirma que “a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos de terceira dimensão”.²⁷⁷

²⁷⁶ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible. *Revista La Ley. Suplemento de Jurisprudenciade Derecho Administrativo*, año LXV, número 119, Buenos Aires, 25 de junio de 2001, pág. 17.

²⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 57.

Já se registrou que no âmbito penal a saúde é um bem jurídico protegido individual e coletivamente. Segundo Manoella Guz, os bens jurídicos individuais, na perspectiva de autores contemporâneos:

são aqueles cuja titularidade pertence a cada um dos cidadãos de forma isolada. Todos nós somos titulares de bens jurídicos individuais, sendo esta titularidade autônoma e pessoal, independente da titularidade dos demais. Alguns defendem que os bens jurídicos individuais necessitam de maior proteção do Estado em razão de serem os seus titulares identificáveis. Assim, como exemplo de bens individuais pode-se citar: a vida, a liberdade sexual, a honra, o patrimônio, entre outros²⁷⁸.

A saúde considerada como direito de titularidade coletiva ou difusa, por sua vez, se insere nos chamados direitos de terceira geração, e caracteriza-se por se destinar a uma coletividade social, e não ao homem individualmente considerado.

Esses direitos de terceira dimensão, também chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade, unificam as pessoas a partir de um interesse comum. Eles não têm por fim a liberdade ou a igualdade, e sim preservar a própria existência do grupo.²⁷⁹ A nota distintiva desses direitos transindividuais é que eles ultrapassam a tutela individual, projetando-se para além do indivíduo, protegendo anseios maiores, ou seja, uma massa abstrata, representativa do interesse de pessoas muitas vezes não identificáveis.

Com relação a esses bens transindividuais, também chamados de universais, metaindividuais, supraindividuais ou coletivos em sentido amplo, é importante destacar que constituem um gênero que comporta duas espécies: os bens difusos e os bens coletivos em sentido estrito. Apesar de alguns doutrinadores não fazerem essa diferenciação, tais espécies se distinguem claramente no Código de Defesa do Consumidor.

Os direitos coletivos em sentido estrito, segundo o Código de Defesa do Consumidor, são os “transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por

²⁷⁸ GUZ, Manoella. Bem jurídico difuso e crimes ambientais. *Revista jurídica ESMP-SP*, v. 10, 2016.

²⁷⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2010.

uma relação jurídica base” (art. 81, II). Esse mesmo conceito foi utilizado pela Lei do Mandado de Segurança (art. 21, parágrafo único, da Lei 12016/09).

Embora se exija uma relação jurídica básica como ligação entre os lesados que comunguem o mesmo interesse coletivo, admite-se que essa relação jurídica disciplinará inevitavelmente uma hipótese fática concreta. Todavia, no caso desses interesses coletivos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática subjacente, mas sim da relação jurídica viciada que une o grupo.²⁸⁰ O interesse coletivo possui sujeitos determinados ou determináveis, pois se refere àqueles que são pertencentes a determinado grupo, categoria ou classe, ligados pela mesma relação jurídica básica.

Em relação aos direitos difusos, conforme o Código de Defesa do Consumidor são os “interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art. 81, I).

Conforme Hugo Nigro Mazzilli:

compreendem grupos menos determinados de pessoas (melhor do que pessoas indeterminadas, são antes pessoas indetermináveis), entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontrem unidas por circunstâncias de fato conexas.²⁸¹

Neste sentido, para solidificar esse conceito, são relevantes as palavras de Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos:

os interesses difusos não podem ser atribuídos a este ou aquele sujeito especificamente, mas a todo um grupamento não delimitado de indivíduos, os quais são ligados por uma circunstância de fato (uma propaganda enganosa, um dano ao meio ambiente, um serviço público prestado de maneira ineficiente etc.). Assim, a lesão a um interesse dessa natureza não pode ser questionada judicialmente por um único indivíduo atingido, já que tal interesse não pertence a ele isoladamente, não pode ser fracionado entre os componentes da coletividade atingida.²⁸²

²⁸⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

²⁸¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53.

²⁸² NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Código de Defesa do Consumidor interpretado*. 5. ed. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 329/330.

Assim, diz-se que as vítimas de direitos difusos são indetermináveis quando, ao ocorrer um dano, há inviabilidade na mensuração exata de quantas pessoas foram ou serão vitimadas desse evento.

Observe-se, portanto, que o Direito Penal, cuja missão é a exclusiva proteção de bens jurídicos, não se limita à tutela de interesses individuais. Como explanado exaustivamente, também se presta a resguardar os interesses coletivos e difusos, que abrangem os bens da coletividade como um todo.

É de se destacar que a existência do bem jurídico de natureza coletiva é reconhecida na doutrina desde a formulação do conceito de bem jurídico. Birnbaum, por exemplo, entendia que a lei penal não se restringia à livre coexistência dos indivíduos, mas também servia de forma imediata a fins sociais. Classificava os bens (e os crimes) em naturais e sociais, sendo que os primeiros já eram atribuídos ao homem por natureza e os segundos decorriam do resultado de seu desenvolvimento social.²⁸³

A saúde, então, será um direito de caráter coletivo, e nesse formato merecerá proteção, quando não for possível determinar o prejudicado e em que medida será essa lesão.

Fernando Aith explica que alguns fenômenos são historicamente relacionados com a saúde coletiva, por demandarem a intervenção de governantes e técnicos para a proteção da saúde pública. Cita as ações relacionadas à limpeza e à higiene dos espaços públicos, e os casos das epidemias, como a de peste, na Europa, no século XIV, e a da cólera, no século XIX. Sintetiza que tudo aquilo que se relacionar ao bem estar de uma coletividade e que demandar uma intervenção coletiva, é um problema de saúde pública.²⁸⁴

Manoella Guz salienta que essa diferenciação entre bem jurídico difuso e bem jurídico coletivo é relevante na doutrina civil, porque para o Direito Penal, quando se fala em bens jurídicos universais ou supraindividuais, absorve-se as características

²⁸³ SMÂNIO, Gianpaolo Poggio. *Princípios da Tutela Penal dos Interesses ou Direitos Difusos*. São Paulo: Justitia, 64 (197), jul/dez, 2007, p. 214.

²⁸⁴ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 57/58.

dos interesses difusos, já que importam os reflexos sobre uma massa abstrata e indeterminada de pessoas ligadas entre si por vínculos fáticos, independentemente de qualquer vínculo associativo²⁸⁵.

Nessa toada, são chamados de crimes vagos aqueles que não possuem sujeito passivo determinado, cuja vítima é a coletividade, sem personalidade jurídica. É exatamente esse o caso dos crimes contra a saúde pública.

Nos crimes de epidemia, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal, corrupção ou poluição de água potável, falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e etc., não é possível, determinar, *ab initio*, quantas pessoas poderão ser vítimas da conduta típica.

Tradicionalmente o Direito Penal é voltado à tutela dos bens jurídicos individuais, apesar disso, boa parte da doutrina reconhece a importância da expansão penal para a tutela dos direitos difusos, fenômeno por meio do qual se adaptaria a dogmática penal clássica dos bens individuais, para torná-la apta a proteger bens jurídicos universais.

Esse movimento de adaptação da tutela penal à modernidade ensejou à ampliação dos crimes de perigo, de tipos penais mais abertos, conforme explicado no capítulo dos princípios penais. O aludido expansionismo, ainda que moderado, é justificado na atual sociedade de risco, em razão de continuados avanços na ciência e na tecnologia, que podem ocasionar perigos antes desconhecidos.

Como bem salienta Flávio Eduardo Turessi:

os riscos não respeitam, ainda, limitações temporais, sendo impossível confinar-se a um determinado período, por exemplo, a potencialidade lesiva dos riscos à saúde humana provocados pelo vazamento de resíduos tóxicos após um acidente com usinas nucleares (...).²⁸⁶

²⁸⁵ GUZ, Manoella. *Bem jurídico penal difuso e coletivo*, 2010. Dissertação Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 56.

²⁸⁶ TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 221/222.

Os comportamentos que, do ponto de vista fático, causem risco de dano à saúde coletiva, conforme a gravidade, se concretizados, podem afetar vítimas incertas e indeterminadas e, a depender do caso, gerar lesões irreparáveis. Essa possibilidade justifica que o Estado atue de forma preventiva, criando os crimes de perigo, para evitar o dano, porque apenas punir o causador da lesão muitas vezes não faz o bem retroagir ao seu estado anterior, de integridade. Enfim, sendo a saúde, individual ou coletiva, um bem de matriz constitucional, e tendo ela a qualidade de bem vital ao homem e necessário à dignidade humana, se justifica a sua proteção pelo Direito Penal.

5 RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA SAÚDE COMO BEM JURÍDICO PENAL E O ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

O escopo deste capítulo é investigar como a saúde e a doença eram enxergadas, no Brasil, desde que esse território foi colonizado, assim como averiguar se todas as legislações incidentes a essa extensão territorial, inclusive à época da Corte Portuguesa, revelaram a preocupação de tutelar a saúde no âmbito penal.

Nessa empreitada se demonstrará, ainda, como alguns institutos previstos em diplomas antigos se afiguram como antecedentes de crimes inseridos em códigos atuais, ainda que a interpretação daqueles deva se realizar de acordo com os valores morais, culturais e sociais de seu tempo.

A compreensão do tipo penal no contexto de costumes da sociedade, considerado o aspecto temporal, evidencia-se como uma premissa deste trabalho.

No curso dos acontecimentos históricos os valores se alteraram substancialmente, separando inclusive um ponto de contato que perdurou por séculos, existente entre crime e pecado. Nesse período existia uma intensa confusão entre o celestial e o terreno e, violar a lei não significava apenas desobedecer ao Rei, mas ao mesmo tempo, em numerosos casos, profanar a ordem divina, gerando um atentado simultâneo contra Deus e a Igreja. Por isso que a exegese precisa ser adequada ao tempo do fato. Leis do século XVI não podem ser vistas a partir de padrões sociais do século XXI.

Dito isso, cumpre salientar que a saúde já se encontrava de certa forma tutelada, por exemplo, em alguns dispositivos das Ordenações do Reino, e que, no entanto, essa proteção verificada à época era apenas indireta, decorrente de um efeito reflexo. Saúde não era um bem jurídico imediatamente defendido e as normas que reflexamente a protegiam o faziam por outros motivos, adequados a esses longínquos séculos.

Considerando que o Direito é um produto da realidade histórico-social e cultural do momento em que se encontra inserido, é relevante entender a construção histórica da saúde como um bem jurídico e, também, de sua proteção.

5.1 Ordenações do Reino de Portugal

As sociedades dos séculos XV a XVII não enxergavam as doenças como um fenômeno resolúvel. À luz de um mundo ainda estritamente ligado a um determinismo divino, em que as relações de causa e efeito eram atribuídas a um plano superior e imaterial, pouco se conhecia sobre as razões das enfermidades e as formas de tratá-las. Nesse universo então inexplorado o que se sabia tinha relação com o conhecimento empírico, que, por sua vez, era monopolizado pelas categorias profissionais que o detinham.

Na fase situada entre os primórdios da colonização e a chegada da Corte Portuguesa no Brasil, havia o exercício indiscriminado da arte curativa, em que atuavam, no combate às enfermidades, diversos atores, como curiosos, feiticeiros e físicos, os quais lançavam mão de uma mistura das medicinas indígena, afro-brasileira e ibérica.²⁸⁷

Nas terras da Colônia, nesse período compreendido entre a colonização e o início do século XIX, praticamente inexistiam físicos ou cirurgiões providos do saber oficial, e os medicamentos trazidos pela Corte eram raros e chegavam, muitas vezes, já deteriorados.²⁸⁸

Nesta época a doença era correlacionada com o pecado. Como bem explica Ribeiro²⁸⁹ “a doença era, muitas vezes, percebida como a prova da ira de Deus; assim sendo, somente com penitências – como a ingestão de substâncias repugnantes – é que se alcançava um bom estado de saúde”.

²⁸⁷ SANTOS FILHO, Lycurgo. *História geral da medicina brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1976, p. 5/13.

²⁸⁸ ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: MELLO E SOUZA, Laura. *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 126/127.

²⁸⁹ RIBEIRO, Márcia Moisés. *A ciência dos trópicos a arte médica no Brasil do século XVIII*. São Paulo: Hucitec, 1997, p. 72.

Márcia Moisés Ribeiro afirma que fezes humanas foram largamente utilizadas como remédio, pois era disseminada a crença de que essa ingestão expiava possíveis pecados cometidos.²⁹⁰ Ainda segundo essa autora, duas situações singulares ajudam a exemplificar a suposta força curativa do corpo humano morto (que representa o caráter místico dessa época): (1) para casos de calvície, acreditava-se que raspar “a cabeça a navalha quatro ou cinco vezes, e untá-la com sebo de um homem esquartejado, ou com o seu óleo faria nascer cabelo”;²⁹¹ (2) para moléstia da pele, o cirurgião Luis Gomes Ferreira entendia que era infalível colocar a mão de um defunto até que ela ficasse fria na região da pele afetada.²⁹²

Quanto ao sistema jurídico, na época das descobertas estavam em vigor as Ordenações Afonsinas, editadas em 1446. Em 1521 o sistema jurídico português foi alterado, passando a vigor as Ordenações Manuelinas, que mais tarde, aditadas e melhor redigidas, receberam a alcunha de Ordenações Filipinas. Todas as Ordenações foram compilações do Direito Romano adaptadas à realidade da sociedade portuguesa. Anexadas a uma variedade de Leis, Decretos e Alvarás formaram a base da estrutura jurídica da metrópole e da colônia.

No que tange à aplicação dessas normas jurídicas no território da colônia, ao tempo das Capitânicas Hereditárias houve consideráveis dificuldades, porque o Estado não se fazia presente e isso refletia na ausência de organização repressiva. A aplicação efetiva da legislação do Reino de Portugal só se tornou possível a partir dos Governos Gerais, criados em razão do fracasso das Capitânicas Hereditárias, com a finalidade de organizar o poder e reforçar a colonização no território. Essas circunstâncias referentes às carências de organização do território e representação do Estado nas terras de além-mar resultaram no fato de que o direito penal do Reino

²⁹⁰ RIBEIRO, Márcia Moisés. *A ciência dos trópicos a arte médica no Brasil do século XVIII*. São Paulo: Hucitec, 1997, p. 72.

²⁹¹ RIBEIRO, Márcia Moisés. *A ciência dos trópicos a arte médica no Brasil do século XVIII*. São Paulo: Hucitec, 1997, p. 59.

²⁹² RIBEIRO, Márcia Moisés. *A ciência dos trópicos a arte médica no Brasil do século XVIII*. São Paulo: Hucitec, 1997, p. 75.

somente se mostrou aplicável, no plano real, sob a égide das Ordenações Filipinas, as últimas ordenações do reino, incidentes no início do século XVII.²⁹³

Ainda que muitos considerem como marco inicial do Direito Penal pátrio o Código Criminal do Império de 1830, na verdade, a origem de alguns crimes já pode ser encontrada no Livro V das Ordenações Filipinas, sistema legal que vigorou quase duzentos e trinta anos.

De fato, o Livro V das Ordenações Filipinas pode ser apontado como responsável pela introdução de vários institutos penais no sistema jurídico, ainda que de maneira embrionária e com motivações distintas das verificadas na atualidade.

Análise minuciosa das três Ordenações do Reino de Portugal revela que nenhuma delas estabeleceu, como crime, atos que diretamente atentassem contra a saúde.²⁹⁴

Segundo Roberto Machado²⁹⁵ e colaboradores, a Saúde Pública Brasileira só surgiu no século XIX, por peculiaridades históricas que distinguem esse período dos três primeiros séculos da colonização no Brasil. O autor destaca que a principal preocupação da Coroa com a saúde na Colônia era a fiscalização,²⁹⁶ entendida como forma privilegiada de articular a atividade médica no poder soberano. A Fisicatura era um órgão máximo para as questões de saúde, sendo, na verdade, um tribunal, com leis, alvarás, regimentos e poder restrito à regulamentação da profissão, e a finalidade de punir os infratores para reservar à medicina o espaço da doença. A Fisicatura não era capaz de cobrir os vários aspectos da questão da saúde e se reduzia à legalização da prática curativa.

²⁹³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Atualizador Fernando Fragoso. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 70.

²⁹⁴ Ordenações Afonsinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>> Ordenações Manuelinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>> e Ordenações Filipinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>

²⁹⁵ MACHADO, Roberto et al. *Danação da Norma*. Medicina Social e constituição da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978, p. 559.

²⁹⁶ Sobre essa fiscalização, vide, por exemplo, o Livro 1, título LVIII, 33, p. 108, das Ordenações Filipinas.

O saber médico oficial na Colônia estava sob o monopólio das práticas da fisicatura e da cirurgia. Em Portugal, em 1430, durante reinado de D. João I (1357-1433), criou-se a função de físico-mor, com a incumbência de supervisionar os negócios de saúde e de higiene em todo o Reino e domínios. A carta régia de 25 de fevereiro de 1521, Regimento do Físico-mor, de Dom Manoel, regulou as atribuições dessa função, diferenciando-as dos encargos de responsabilidade do Cirurgião-Mor dos Exércitos do Reino, responsável pela fiscalização das artes físicas e cirúrgicas.²⁹⁷ O regimento de 1521 foi um marco na organização sanitária portuguesa, estabelecendo que o físico-mor e o cirurgião-mor poderiam ser representados por seus juízes comissários no Reino e domínios, bem como aplicar multas e outras penalidades em caso de infração, além de estipular que dependia da autorização do físico-mor o exercício das disciplinas e artes de curar, atribuindo-lhe também a fiscalização das boticas e das atividades do boticário.²⁹⁸

Havia uma tênue fronteira entre as práticas médicas que eram consideradas lícitas e aquelas que eram reputadas feitiçarias. Luiz Mott²⁹⁹ tenta comprovar essa sutileza mencionando que no século XVII, o vigário geral dos dominicanos, Frei Alberto de Santos Tomás, dedicou muito tempo de sua vida tentando combater os

²⁹⁷ Os cirurgiões formavam uma categoria de profissionais considerados inferiores aos médicos. Estes julgavam as atividades dos cirurgiões indignas, pois se tratava, na verdade, de um ofício de características manuais, geralmente praticado por pessoas de classes sociais inferiores. Para o exercício de tal função, não havia necessidade de se cursar nenhum tipo de escola. Era uma atividade desvinculada do ensino da Medicina. Os médicos consideravam-se detentores da cultura científica, erudita. Os cirurgiões realizavam seus trabalhos de forma empírica. O aprendizado da profissão se fazia junto aos hospitais ou a outro cirurgião que já tivesse licença para atuar. Suas atribuições se resumiam às seguintes ações: realizar amputações, redução de luxações e tratamento de fraturas; sangrar, colocar ventosas e sanguessugas; aplicar clisteres; extrair balas; e arrancar dentes. Em Lisboa, o melhor centro de formação dos cirurgiões foi o Hospital Real de Todos os Santos, localizado na Praça do Rossio. Em 1559, um alvará tornou obrigatório, para aqueles que quisessem a carta de licença, uma permanência de frequência nas enfermarias pelo espaço de dois anos. Os alunos praticavam como enfermeiros e ajudantes dos mestres. O avanço das técnicas cirúrgicas em Portugal foi, durante longo tempo, barrado pela proibição de dissecação de cadáveres e das lições de Anatomia. O máximo que as autoridades da Igreja permitiam era o estudo através de desenhos, vindos de outras regiões da Europa, ou o estudo anatômico feito em animais mortos. Somente após a Reforma Pombalina no ensino e a criação da Junta do Protomedicato, em fins do século XVIII, é que as práticas cirúrgicas iriam evoluir no Reino e na Colônia. Começaram a chegar, também nesse período, cirurgiões portugueses formados em Montpellier e em outras cidades europeias (RIBEIRO, Benair Alcaraz Fernandes. *Profissionais de saúde: da formação teórica em Portugal a práxis na colônia*, p. 220).

²⁹⁸ CABRAL, Dilma. *Físico-mor, Fisicatura-mor do Reino, Estado e Domínio*. Ultramarinos, 2011.

²⁹⁹ MOTT, Luiz. Cotidiano e vivência religiosa: entre a capela e o calundu. In MELLO e SOUZA, Laura. *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América Portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 196/198.

feitiços com o exercício religioso da cura. Sua ação era o emprego de artifícios semelhantes daqueles empregados pelos charlatães: rituais de benzeduras, uso de mezinhas, velas etc. Conforme bem sintetiza Ribeiro,³⁰⁰ “saber se a cura foi conseguida com amparo do céu ou inferno dependia, antes de tudo, da legitimação de tal prática”.

Sobre o controle da medicina afirma Ribeiro:

nos três primeiros séculos da Colônia, há duas faces do controle da medicina: o controle secular e o controle-eclesiástico-inquisitorial. Se o ilícito fosse o exercício ilegal da arte, o problema era resolvido ante o Cirurgião-mor ou o Físico-mor (e, posteriormente ante a Junta de Protomedicato); caso houvesse suspeita de envolvimento com magia ou superstição, o julgamento dava-se perante a Igreja.³⁰¹

5.1.1 Ordenações Afonsinas

Na época em que o Brasil foi descoberto, vigiam as Ordenações Afonsinas,³⁰² fruto do trabalho incumbido por D. João I ao Mestre João Mendes e ao jurista Rui Fernandes. Elas foram concluídas em 1446 e receberam a influência do direito romano e do direito canônico. Mas essas Ordenações pouco influenciaram no Brasil, com exceção dos dispositivos que foram aproveitados posteriormente nas Ordenações Manuelinas.³⁰³ Isso porque elas não vigoraram aqui, já que a colonização só se iniciou com Martim Afonso de Souza em 1532.

As Ordenações Afonsinas foram divididas em cinco livros, sendo o primeiro volume redigido na forma legislativa, de decreto, enquanto os demais seguiram o formato “histórico-cronológico-sistemático-sintético”.³⁰⁴

³⁰⁰ RIBEIRO, Márcia Moisés. *A ciência dos trópicos a arte médica no Brasil do século XVIII*. São Paulo: Hucitec, 1997, p. 94.

³⁰¹ RIBEIRO, Márcia Moisés. *A ciência dos trópicos a arte médica no Brasil do século XVIII*. São Paulo: Hucitec, 1997, p. 103.

³⁰² Ordenações Afonsinas disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>

³⁰³ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru, SP: Jalovi, 1980, p. 6/7.

³⁰⁴ PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru, SP: Jalovi, 1983, p. 56.

Os compiladores reuniram, nas Ordenações:

documentos de diversa natureza, tais como textos originais, leis anteriores, capítulos de Cortes, respostas a petições ou dúvidas, concordatas, concórdias, bulas, disposições dos Direitos Romano e Canónico, costumes gerais e locais, normas das Siete Partidas, entre outros. A grande maioria dos textos originais encontra-se no livro I e as leis anteriores podem não estar reproduzidas na sua totalidade.³⁰⁵

Muitos autores entendem que as Ordenações tinham rigor punitivo e previam penas desproporcionais, mas Heleno Cláudio Fragoso destaca a sua importância ao mencionar que

essa legislação tem de ser considerada em relação a seu tempo um progresso notável, pois constituiu o primeiro código completo a surgir na Europa. Acolhe, evidentemente, as ideias vigentes em sua época, mas nele vemos, em definitivo, a fixação do magistério punitivo no poder público.³⁰⁶

Conforme Josefina Isabel Gomes da Eira,³⁰⁷ o fim da Idade Média em Portugal ensejou um avivamento da atividade legislativa. A partir do reinado de D. Afonso III multiplicam-se as leis régias, principalmente as legislações criminal e processual. O monarca empreendeu maiores esforços na punição dos seguintes tipos de crimes.

1. Crimes contra o rei, a autoridade e a ordem pública;
2. Crimes contra a pessoa humana;
3. Crimes contra “a moral e os bons costumes”;
4. Crimes contra a propriedade e a “ordem económica”;
5. Crimes contra Deus.

Nas Ordenações Afonsinas existe um único crime que guarda alguma relação com o bem jurídico saúde: o de Feitiçaria. Embora esse termo abranja a utilização do sobrenatural para diversas finalidades, a relação que interessa para a presente pesquisa diz respeito à utilização de métodos curativos alheios aos expedientes consagrados, à época, pela medicina, e à crença cristã. Esse crime pode ser um

³⁰⁵ Silva, Nuno J. Espinosa Gomes da. História do direito português. I – Fontes. Direito Público (1140-1495). Lisboa: Editorial Verbo, 1981 *apud* EIRA, Josefina Isabel Gomes da. Ordenações Afonsinas: Evolução e distinção social das penas, p. 42.

³⁰⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Atualizador Fernando Fragoso. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 69.

³⁰⁷ EIRA, Josefina Isabel Gomes da. *Ordenações Afonsinas: Evolução e distinção social das penas*, p. 7.

antecedente dos atuais crimes de Curandeirismo ou de Charlatanismo, que tutelam a saúde como um bem jurídico.

Inclusive, ao discorrer sobre o crime de Curandeirismo, previsto no artigo 284 do atual Código Penal, Führer e Führer³⁰⁸ dizem que o desenvolvimento histórico deste crime está relacionado com as peculiaridades da época do Brasil-Colônia, pois naqueles tempos não havia médicos suficientes, o que fazia com que os pacientes buscassem tratamento com pajés e feiticeiros importados da África.

Ainda que já existente muito antes na história, a punição por feitiçaria disseminou-se na Idade Média e perdurou de modo expressivo até final do século XVII. Em meados de 1300 houve um aumento dos rumores quanto às conspirações malignas, as quais supostamente pretendiam destruir os reinos cristãos através da magia e da feitiçaria.

Em 1348, na Europa, uma terrível epidemia de peste negra (peste bubônica) aniquilou cerca de vinte e cinco milhões de pessoas, o que estimulou um renascimento religioso marcado pelo fanatismo. A tragédia acabou atribuída às bruxas, apontadas como propagadoras da praga, não se cogitando, naquele momento, que o mal vivenciado na verdade era decorrência das péssimas condições sanitárias e de saúde.

Conforme ressaltado por Luciano Anderson de Souza,³⁰⁹ desde a época de Roma a feitiçaria trazia a ideia de algo surpreendentemente inexplicável, de acontecimentos sem causas racionalmente aferíveis, relacionada a poderes sobrenaturais de certas pessoas consistentes em efetuar previsões, encantamentos ou mudanças de cursos naturais. O sobrenatural sempre envolveu a compreensão do que seria bruxaria, e não o sobrenatural religioso, independentemente da fé professada. A feitiçaria era então vista como poderes mágicos desconhecidos relacionados a algo maligno ou diabólico. Daí a ligação íntima que sempre existiu entre a feitiçaria e a heresia, e a compreensão de que feria as sagradas concepções nas quais a sociedade acreditava.

³⁰⁸ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; e FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 769.

³⁰⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. *A punição à feitiçaria como paradigma de um direito penal irracionalista: obscurantismo e arbítrio no pré-iluminismo*.

O combate à heresia deflagrou-se de forma relevante no século XI, na proporção do aumento da influência da Igreja Católica Apostólica Romana na vida religiosa e política da Europa.³¹⁰ Mesmo após as punições pela Inquisição, a incriminação da feitiçaria se estendeu aos séculos XVI e XVII, sendo prevista nas Ordenações do Reino de Portugal, como se pode vislumbrar no Título XXXII do Livro V das Ordenações Afonsinas:

(...)

2 E vista per nós a dita Ley, declarando em ella dizemos, que todollos Direitos assi Civis como Canonicos, estrañhaarom sempre muito o peccado da feitiçaria; porque nom pode nenhuu de tal peccado usar, que nom participe da arte, e conversaçom diabollica; a qual he tam contraira, e odiosa ao Nosso Senhor Deos, e aos seus santos Mandamentos, que per nenhuã guisa nom pode com elles convir.

(...)

A preocupação, naquela época, era evidentemente religiosa, e o que se buscava reprimir era qualquer conduta que ofendesse os dogmas da Igreja. Tanto é assim que a feitiçaria era reputada um delito contra Deus. Havia também um monopólio das práticas curativas, assegurado àqueles que exerciam as funções de físico e cirurgião. Portanto, no momento histórico estudado, quando se reprimia a feitiçaria, tal medida visava assegurar tão somente a moral religiosa, e não a saúde, que sequer era enxergada como um bem jurídico penal digno de proteção. Acaso a saúde fosse também preservada, isso decorria de uma consequência indireta não esperada.

Assim, no Brasil, a concorrência das culturas indígenas, africanas e europeia permitiu um sincretismo, que somado à carência de médicos, estimulou as pessoas a se valerem das superstições (benzeduras e rezas), e do conhecimento de pajés e africanos sobre plantas e minerais com potenciais propriedades medicinais para o tratamento de moléstias.

Nesse momento, em suma, a ação do curandeiro podia ser consumida pelo delito de feitiçaria, visto como um gênero do qual o curandeirismo era espécie. Não se verificava, por parte do legislador, a intenção de proteger a saúde das pessoas que eventualmente ficassem em risco através do emprego de métodos não-

³¹⁰ LE GOFF, Jacques. *As raízes medievais da Europa*. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 93.

científicos. O presente estudo constatou que a motivação estatal se consubstanciava em evitar a heresia e garantir o monopólio da medicina aos profissionais escolhidos pela Coroa.

5.1.2 Ordenações Manuelinas

Pouco mais de meio século depois de as Ordenações Afonsinas terem iniciado a sua vigência, D. Manuel I, o Venturoso, ordenou sua revisão.

Conforme Pierangeli, o monarca tinha o desejo de marcar o seu nome na história, “por meio de uma obra legislativa de vulto”, ainda mais porque ele “já ostentava a glória indelével do descobrimento do Brasil e do caminho marítimo para as Índias”.³¹¹

Com essa pretensão de deixar um legado portentoso, o Venturoso encarregou os juristas Rui Boto, Rui da Grã e João Cotrim, da responsabilidade de editar a legislação. Essa obra resultante do estudo, denominada Ordenações Manuelinas,³¹² foi concluída em 1512, mas apenas publicada em 1521, porque passou pela revisão de outros especialistas. Uma vez vigente, chegou a ter alguma aplicação no período das capitanias hereditárias.³¹³ Referido diploma legislativo conservou o sistema tradicional de divisão em cinco livros.

A despeito da enorme quantidade de leis compiladas nas Ordenações Manuelinas, vários novos decretos foram sendo editados e publicados posteriormente. Em geral, hoje há conhecimento de apenas uma pequena parte da impressionante quantidade de regulamentos que se multiplicavam infinitamente.³¹⁴

Apesar do desamparo em que se encontrava a Colônia, a Coroa e a Igreja continuaram a interferir no exercício não oficial da fisicatura e da cirurgia. As

³¹¹ PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru, SP: Jalovi, 1983, p. 58.

³¹² Ordenações Manuelinas. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>>

³¹³ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru, SP: Jalovi, 1980, p. 6/7.

³¹⁴ PIERONI, Geraldo. *A pena do degredo nas Ordenações do Reino*.

Ordenações Manuelinas, assim como as Afonsinas, também repreendiam criminalmente as práticas mágicas curativas. À época eram consideradas feitiçaria:

Ordenações Manuelinas, Livro V, Título XXXIII: Dos feiticeiros, e das vigílias que se fazem nas Igrejas (...)

1. E isso mesmo, qualquer pessoa, que em circulo, ou fora delle, ou em encruzilhada invocar spíritos diabolicos, ou der a alguma pessoa comer ou a beber, qualquer cousa para querer bem, ou mal a outrem, ou outrem a elle, morra por isso morte natural.

(...)

3. E PORQUANTO Nos he dito, que nossos Reynos, e Senhorios, antre a gente rustica se usam muitas abusões, assi como passarem doentes por filuão, ou machieiro, ou lameira virgem, e assim usam benzer com espada que matou homem, ou que passasse o Doyro, e Minho três vezes (...) E porque taces abusões, e outras semelhantes nom Deuemos consentir, Mandamos, e Defendemos, que pessoa algua nom faça as ditas cousas [Sob pena de que] seja publicamente açoutado com baraço e preguam pola Villa (...)

As práticas curativas informais continuavam frequentes no Brasil colonial, por falta de médicos, em razão: (1) do pouco interesse dos profissionais portugueses imigrarem para o Brasil; e (2) da vedação de se introduzir o ensino superior na Colônia. Por isso é que a terapia pelos curandeiros e pajés era muito procurada pelos habitantes no território da colônia.

Antes da nomeação dos cargos de físicos, cirurgiões e boticários, os beneficiários deveriam se submeter a um exame prévio sobre a matéria. Maximiano Lemos menciona que documentos analisados (cartas e regimentos) demonstram que os monarcas davam, aos nomeados nas funções, amplos poderes para examinarem os demais oficiais da saúde e, apanhando-os sem licença, lhes aplicarem determinadas sanções.³¹⁵

Note-se que, apesar de não haver crime específico nas Ordenações Manuelinas para o exercício ilegal da medicina – conduta reputada hoje como crime contra a saúde –, havia regulamentos esparsos prevendo a punição por multa e até prisão.

³¹⁵ LEMOS *apud* MENDONÇA, Manuela. *A reforma da saúde no reinado de D. Manuel*. III Congresso histórico de Guimarães, p. 334/335.

Manuela Mendonça afirma que foi D. Manuel quem promoveu uma legislação específica para este assunto, não restringindo a sua aplicabilidade aos físicos e cirurgiões, pois, logo em 1497, deu à Câmara de Lisboa um regimento para os Boticários. Apesar de o articulado ter regido o exercício dos boticários em Lisboa, a organização e o controle desta área da saúde rapidamente se generalizaria no restante do reino. Tanto que o regimento do físico-mor, dado pelo rei em 1515, conteve disposições relativas a boticas – muitas idênticas ao regimento de Lisboa.³¹⁶

5.1.3 Ordenações Filipinas

Felipe II, da Espanha, que reinava em Portugal como Felipe I, ordenou que os velhos Códigos fossem estruturados, ocasião em que surgiram as Ordenações Filipinas, após tarefa desempenhada pelos desembargadores do Paço, Paulo Afonso e Pedro Barbosa, com a colaboração de Damião de Aguiar e Jorge Cabedo. Publicadas em 1603, tais foram as Ordenações que tiveram mais intensa aplicação no Brasil.³¹⁷

A vigência das Ordenações Filipinas não trouxe inovação legislativa, já que elas eram a consolidação das leis até então em vigor. Elas tiveram como fonte as Ordenações Manuelinas, as compilações de Duarte Nunes Leão, além de outras normas já existentes. Conforme José Fábio Rodrigues Maciel³¹⁸ o rei Filipe I de Portugal (Filipe II, na Espanha) não tinha a intenção de impor novas leis a esse povo e, por isso, optou por manter as mesmas normas já vigentes e não corrigir as contradições e lacunas até então existentes, em razão de ser um castelhano governando Portugal circunstancialmente.

³¹⁶ MENDONÇA, Manuela. *A reforma da saúde no reinado de D. Manuel*. III Congresso histórico de Guimarães, p. 336.

³¹⁷ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru, SP: Jalovi, 1980, p. 6/7.

³¹⁸ MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Ordenações Filipinas: considerável influência no direito brasileiro*. Carta Forense, 2006.

Naquela época houve uma preocupação com a modernização da linguagem, tanto que de todas as Ordenações do Reino, as Filipinas são as que possuem vocabulário mais acessível.

As Ordenações Filipinas eram divididas em cinco livros: (I) Direito Administrativo e Organização Judiciária; (II) Direito dos Eclesiásticos, do Rei, dos Fidalgos e dos Estrangeiros; (III) Processo Civil; (IV) Direito Civil e Direito Comercial; (V) Direito Penal e Processo Penal.

Destaque-se que o Livro V das Ordenações Filipinas foi o diploma penal que vigorou por mais tempo no Brasil, por duzentos e vinte e sete anos, já que entrou em vigor em 1603, e apenas deixou o ordenamento jurídico no ano de 1830, quando sobreveio o Código Criminal do Império. Esse livro V definia os crimes e a respectiva punição, constituindo uma forma explícita de afirmação do poder régio, um vigoroso instrumento para a ação política do monarca, tanto em Portugal como nas terras que foram colonizadas pelos portugueses.³¹⁹

Na visão de José Frederico Marques, esse diploma buscou conter os homens por meio do terror, em razão da sua arbitrariedade e da desproporcionalidade entre a pena e a gravidade do crime.³²⁰

Já segundo Aníbal Bruno, o código era marcado pela “dureza das penas”, por conta da mentalidade e dos costumes da época, e em virtude disso é que frequentemente previa a aplicação da pena de morte, que variava tão somente nas formas de execução³²¹.

As penas refletiam, na realidade, o momento histórico em que essa legislação foi concebida, já que todas as leis penais desse tempo tinham sanções terríveis. Além das várias espécies de execuções da pena de morte com requintes de crueldade, existiam outras formas de punições também rigorosas: os açoites; o degredo para as galés, para a África, para o Brasil e outros lugares; a mutilação das

³¹⁹ MASSOLA, Luis Felipe Grandi. Breves considerações sobre o Livro V das Ordenações Filipinas e a Legislação Penal Pátria Contemporânea. *Conteúdo jurídico*, 2010.

³²⁰ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Volume I. Campinas: Millennium, 2002, p. 90/92.

³²¹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956.

mãos e da língua; as queimaduras; a capela de chifres na cabeça para os maridos tolerantes; o confisco; e a multa.

As Ordenações representaram bem a Justiça penal que vigorava antes da deflagração do movimento humanitário, à época do Iluminismo. As Filipinas continuaram em vigor no Brasil, mesmo após a Independência, até serem substituídas pelo nosso primeiro código penal, no ano de 1830.³²²

Importam destacar, neste estudo, os assuntos do Livro V das Ordenações Filipinas relacionados à saúde, e que hoje podem ser identificados como presentes na legislação penal vigente, ainda que com características distintas.

Novamente as Ordenações Filipinas mantiveram a punição da feitiçaria ou charlatanismo. Consta que à época a crença na influência do sobrenatural ainda estava presente na sociedade, provocando a difusão das chamadas “doenças de feitiços”. Durante o século XVIII, a população das Minas, por exemplo, acreditava que várias moléstias podiam ser provocadas, e também curadas, pela atuação de algum feiticeiro ou de alguma feiticeira.³²³

Nas Minas, a compreensão acerca da cura era a mesma das concepções portuguesas relativas à doença. Os portugueses que migraram para a América, profissionais da saúde ou não, trouxeram consigo uma bagagem de crenças e práticas acerca das moléstias. De acordo com Mary Del Priore, a partir do século XVII, a experimentação científica já começava a direcionar as pesquisas sobre o corpo e as doenças nos países da Europa, com exceção de Portugal, que ainda entendia que a base dos remédios estava na crença da ação diabólica, realidade que permaneceu no século XVIII.³²⁴

Nas palavras de Carlos Alberto Cunha Miranda:

³²² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Atualizador Fernando Fragoso 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 71.

³²³ GROSSI, Ramon Fernandes. O universo da cura na Capitania das Minas Gerais (1750-1808). *Revista da Faculdade de Letras HISTÓRIA*. Porto, III Série, vol. 6, 2005, p. 50.

³²⁴ PRIORE, Mary Del. Magia e Medicina na Colônia: o corpo feminino *apud* GROSSI, Ramon Fernandes. O universo da cura na Capitania das Minas Gerais (1750-1808). *Revista da Faculdade de Letras HISTÓRIA*. Porto, III Série, vol. 6, 2005, p. 50/51.

o século XVIII, supersticioso e cosmopolita no modo de pensar, foi uma época propícia ao surgimento e êxito dos charlatões e curandeiros. Devido ao grande número de doenças e epidemias que assolavam a humanidade e à impotência da medicina oficial em estabelecer padrões aceitáveis de cura, médicos embusteiros passaram a invadir praças, mercados e até palácios, onde comercializavam métodos espetaculares de cura, vendendo receitas secretas de sais odoríferos, drogas para o rejuvenescimento e pílulas milagrosas contra todos os males.³²⁵

A Igreja buscava monopolizar o sobrenatural, de maneira que eram considerados feiticeiros todos aqueles indivíduos que, sem autorização da Igreja, exerciam práticas consideradas mágicas. A contrario sensu, quando houvesse a dita permissão, vindo a prática, por exemplo, a ser exercida por algum membro do clero, não haveria feitiçaria.³²⁶ O convívio entre profissionais da cura autorizados pela Coroa e curadores informais era conflituoso, sendo que o conhecimento destes acerca do mundo natural podia ser desqualificado tanto pelas autoridades eclesiásticas como pelas laicas, cujas vozes faziam-se ouvir, várias vezes, pela boca dos profissionais médicos aprovados. Muitas denúncias contra curadores informais, inclusive, eram oriundas de cirurgiões e boticários.³²⁷

Veja o exemplo de Ignácio Mina considerado feiticeiro:

vivia (...) de fazer curas e é infamado de feiticeiro (...), curando (...) sem ser médico nem cirurgião (...). Os enfermos, acreditando estarem sofrendo de "doença de feitiço", recorriam à Ignácio. As "curas" eram cobradas, tornando-se um meio, para o dito negro, de ganhar a vida.³²⁸

A punição do feiticeiro, que inclui a prática de curandeirismo, era punida no Título III do Livro V das Ordenações Filipinas.

Outra atividade regulamentada pela Coroa era a dos Boticários,³²⁹ que tinham a função de farmacêuticos, e que, portanto, figuravam como os responsáveis pela

³²⁵ MIRANDA, Carlos Alberto Cunha. *A arte de curar nos tempos da colônia: limites e espaços da cura*. Recife: Editora UFPE, 2017, p. 119.

³²⁶ GROSSI, Ramon Fernandes. O universo da cura na Capitania das Minas Gerais (1750-1808). *Revista da Faculdade de Letras HISTÓRIA*. Porto, III Série, vol. 6, 2005, p. 54.

³²⁷ GROSSI, Ramon Fernandes. O universo da cura na Capitania das Minas Gerais (1750-1808). *Revista da Faculdade de Letras HISTÓRIA*. Porto, III Série, vol. 6, 2005, p. 56.

³²⁸ GROSSI, Ramon Fernandes. O caso de Ignácio Mina: tensões sociais e práticas "mágicas" nas Minas. In: *Revista Varia Historia*. Belo Horizonte: departamento de história/UFMG, número 20, março, 1999, p. 122.

³²⁹ A profissão de boticário tinha característica familiar em toda a Europa. A profissão era passada de pai para filho, de tio para sobrinho. Era uma atividade usual dos judeus em toda a Europa e o mesmo

comercialização dos medicamentos. As Ordenações Filipinas não permitiam que os médicos ou cirurgiões vendessem as substâncias medicamentosas.

Os boticários detinham o monopólio da venda de diversas substâncias químicas. No sistema legal que vigorava no Brasil Colônia, não havia a criminalização de substâncias que hoje são elencadas como drogas. A única situação regulamentada punia a venda, por pessoa que não exercesse regularmente o ofício de Boticário, de substâncias específicas que eram consideradas como venenosas.

Considerando que o rosalgar (arsênio), o solimão, a escamonéa e o ópio eram substâncias com elevada toxicidade, a Coroa buscava, por meio do Direito Penal, exercer controle sobre elas, conferindo exclusividade ao manuseio e à venda desses componentes aos indivíduos que desempenhassem o ofício de boticário. Dessa forma, aquele que não exercesse essa função de forma autorizada e, mesmo assim, tivesse as mencionadas substâncias para venda, não apenas perderia as suas terras, como também receberia a sanção de degredo para a África.

A norma punitiva a respeito dessa conduta estava regulamentada no Título LXXXIX, do Livro V:

que ninguém tenha em sua caza rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso:

nenhuma pessoa tenha em sua caza, para vender, rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem agua delle, nem escamonéa, nem opio, salvo se fôr Boticário examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio. E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza alguma das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, a metade para

ocorria em Portugal. Não havia cursos específicos para a formação de boticários. Somente na França, o ensino de práticas farmacêuticas estava ligado ao curso de Medicina desde o início do século XV. Era necessário que o boticário conhecesse muito bem latim e soubesse ler as fórmulas e as prescrições dos médicos. Os conhecimentos de Medicina eram passados pelos médicos aos boticários para que pudessem seguir as fórmulas das medicações prescritas. Para tanto, era necessário um grande conhecimento sobre drogas e ervas medicinais. Os boticários aplicavam também as sangrias e sanguessugas, pois se acreditava, ainda, que o sangue poderia estar contaminado, o que provocaria as doenças. A solução era fazer com que o doente expelisse a maior parte do sangue para livrá-lo da doença. Essa prática permaneceria em uso por todo o século XVIII. Evidentemente, na Colônia, as boticas eram bem mais simples e, às vezes, consistiam apenas numa caixa contendo medicamentos – caixa de botica – que o boticário levava consigo para atender ao doente. Muitas vezes, por falta absoluta de médicos habilitados na Colônia, o boticário lhe fazia as vezes ou, então, as pessoas dele se socorriam por serem muito mais baratos os tratamentos feitos na botica do que os efetuados com os médicos licenciados (RIBEIRO, Benair Alcaraz Fernandes. *Profissionais de saúde: da formação teórica em Portugal a práxis na colônia*, p. 222, 223).

nossa Camera, e a outra para quem o acusar, e seja degradado para Africa até nossa mercê. E a mesma pena terá quem as ditas cousas trouxer de fora, e as vender a pessoas, que não forem Boticarios.

Outro crime previsto nas Ordenações Filipinas e que merece destaque especial está no Título LXXXVIII, do Livro V, denominado “das caças e pescarias defesas”, que punia com multa quem jogasse material que sujasse ou viesse a matar os peixes.

7. E pessoa alguma não lance nos rios e lagoas, em qualquer tempo do anno (postoque seja fora dos ditos trez mezes da criação), trovisco (1), barbasco (2), cocca (3), cal, nem outro algum material, com que se o peixe mate. E quem o fizer, sendo Fidalgo, ou Seudeiro, ou dahi para cima, pola primeira vez seja degradado para Africa, e pague trez mil réis. E pela segunda haja a dita pena de dinheiro e degredo em dobro: e assi por todas as vezes que fôr comprehendido, ou lhe fôr provado.

Neste parágrafo sétimo estão as primeiras previsões, na legislação brasileira, de tutela penal da qualidade da água e de cuidado com os peixes, ainda que a intenção fosse a preservação do alimento. Esse dispositivo das Ordenações Filipinas mostra-se como uma forma embrionária dos delitos de “corrupção ou poluição de água potável” (art. 271 do Código Penal) e da conduta de “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora” (art. 54, da Lei 9.605/1998 – Lei dos Crimes Ambientais). Se a poluição deixa a água tóxica, o crime atual é o de envenenamento (art. 270 do Código Penal).

Pelo teor desse texto, a preocupação, na época, consistia em proteger o alimento disponível à população, porém, se percebe que a norma, indiretamente, conferia proteção à saúde. Estabelece, assim, parâmetros iniciais dos tipos penais que temos hoje e introduziu, ainda que de modo rudimentar, um conceito de poluição, ao proibir que qualquer pessoa jogasse material que pudesse matar os peixes.

5.2 Códigos Penais no Brasil

5.2.1 Código Criminal do Império de 1830

No período compreendido entre a chegada da família real portuguesa ao território hoje correspondente ao Brasil, em 1808, e a Independência do Brasil em relação a Portugal, no ano de 1822, o sistema jurídico português era uma compilação legal denominada Ordenações Filipinas. Esse arcabouço normativo foi sendo revogado gradualmente, no Brasil, assim que a independência se concretizou.

A independência do Brasil gerou, nesse Estado nascente, a preocupação de promover a formulação de um modelo jurídico que mantivesse a monarquia e a unidade nacional.

Conforme Diego Ambrosini, para que o rei, de acordo com a herança do Antigo Regime, fosse enxergado como o *bom pai*, precisava equilibrar as diferenças entre os interesses locais sem arruinar a ordem social estabelecida, dando vazão a um Estado mais preocupado com a ordem social do que com a liberdade, a fim de que esta última surgisse apenas como consequência da primeira e do estabelecimento da autoridade.³³⁰

O constitucionalismo surgido no Brasil foi reflexo da Revolução Portuguesa de 1820, deflagrada contra o Absolutismo lusitano.³³¹ À época já se vislumbrava no constitucionalismo um movimento de ordem global, ligado ao direito moderno, compreendido, diante dos excessos do despotismo, como a única solução possível para acomodar, ao mesmo tempo, progresso e liberdade.³³²

Em 1824 o Brasil editou uma Constituição Imperial, que na visão de Simone Elias representou o início da formalização de algumas ideias sociais na política do

³³⁰ AMBROSINI, Diego Rafael. A interiorização da metrópole: atores e instituições. In MOTA, Carlos Guilherme (coord.). *Os Juristas na formação do Estado-Nação Brasileiro*. Volume I. Século XVI a 1850. Coleção Juristas Brasileiros. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 240.

³³¹ LEAL, Aurelino de Araújo. *História Constitucional do Brasil*. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002, p. 04.

³³² COSTA, João Cruz *apud* SOUZA, Simone Elias de. *Os Socorros públicos no Império do Brasil 1822 a 1834*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Ciências e Letras de Assis: Universidade Estadual Paulista, 2007, p. 88.

Estado brasileiro. Entende a autora que o documento tinha cunho liberal, diante do reconhecimento de direitos, de caráter individual, derivados dos postulados da Revolução Francesa, como a propriedade, a segurança e as liberdades individuais, mas ressalva que a tutela de tais interesses, na concepção da Carta, não entrava em conflito com a realidade escravista. Mencionou a estudiosa que, de outro lado, se tratava de um ordenamento bastante autoritário, devido à concentração de poderes nas mãos do Imperador, derivada do denominado Poder Moderador.³³³

Editada no auge das ideias liberais, a Constituição de 1824, primeira Carta Política do Brasil, lançou diretrizes que influiriam substancialmente no Código Criminal que ainda estava por vir. Em seu artigo 179 enunciou os direitos e garantias civis e políticos e, dentre eles, proposições que influenciaram o Direito Penal pátrio, como a legalidade (I), a não retroatividade da lei penal (XI), a igualdade de todos perante a lei (XIII) e a determinação de que a pena não passaria da pessoa do delinquente (XX). Nesse contexto, também relacionou postulados ligados à saúde, como a vedação de penas cruéis, que abolia os açoites, a tortura e a marca de ferro quente (XIX.), e a exigência de salubridade das cadeias, com a imposição de que elas deveriam ser seguras, limpas e bem arejadas, e respeitar a separação dos réus de acordo com as circunstâncias e natureza dos crimes praticados (XXI).

Apesar de assegurar, de modo simplificado, primordialmente os direitos civis e políticos, a Carta elencou os direitos à educação³³⁴ e aos socorros públicos, estabelecendo uma discreta responsabilidade voltada ao campo social. O inciso XXXI do artigo 179 afirmava que “a Constituição também garante os socorros públicos”, no entanto, não conceituou no que consistia esse direito e não mencionou a quem cabia a sua atribuição.

Raeffray assevera que

[...] durante a Monarquia, foram praticados alguns atos pelo Estado, visando à proteção da Saúde. No entanto, configuraram-se como tímidas iniciativas apenas na área da Saúde Pública (denominados socorros públicos na Constituição Federal do Império). Em 1828, por Decreto Imperial, as

³³³ SOUZA, Simone Elias de. *Os Socorros públicos no Império do Brasil 1822 a 1834*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Ciências e Letras de Assis: Universidade Estadual Paulista, 2007, p.

³³⁴ Art. 179, XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos; XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.

responsabilidades dos serviços de Saúde Pública foram atribuídas às municipalidades, exonerando-se o poder central de qualquer ingerência.³³⁵

Na Lei de 1º de outubro de 1828, que regulamentou as Câmaras Municipais brasileiras no que diz respeito aos socorros públicos, ficou estabelecida a atribuição para estabelecer e conservar as instituições de caridade responsáveis pela criação dos expostos, cuidado dos doentes e vacinação de infantes e adultos; promover a prosperidade dos estabelecimentos de caridade e se responsabilizar pelo destino dos órfãos pobres e expostos; dar preferência às atribuições mais urgentes, em caso de escassez de recursos, atentando principalmente para a criação dos expostos, órfãos e desamparados nas cidades e vilas aonde não existissem as casas de misericórdia; nomear a comissão de cidadãos que se encarregariam de visitar as prisões civis, militares e eclesiásticas, os cárceres dos conventos dos regulares e todos os estabelecimentos públicos de caridade, informando o seus estados, e eventuais necessidades de melhorias.³³⁶

No entanto, essas difíceis obrigações das Câmaras Municipais foram reformuladas e, em 1843, o Serviço de Inspeção de Saúde se tornou de jurisdição privativa do Ministério do Império.³³⁷ Desde então, nos lugares em que existissem as Santas Casas de Misericórdia, elas é que teriam oficialmente o dever de cuidar dos expostos. Mas como viviam em penúria material por falta de verba das municipalidades, acabaram sendo subsidiadas, nessas obrigações, pelas Assembleias Provinciais.³³⁸

Ainda no que concerne aos socorros públicos, posturas expedidas pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro, aprovadas pela Regência em 04 de outubro de 1830, determinavam que todos os hospitais e casas de tratamento particulares necessitavam de licença da Câmara para funcionar. E no caso de tratamento de moléstias contagiosas, as pessoas infectadas só poderiam ser recolhidas em

³³⁵ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde: de acordo com a Constituição Federal*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 152.

³³⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Lei de 1º de outubro de 1828*, arts. 56, 69, 70 e 76, que dá nova forma as Camaras Municipaes, marca suas atribuições.

³³⁷ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde: de acordo com a Constituição Federal*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 152.

³³⁸ MARCÍLIO, Maria Luiza. *História social da criança abandonada*. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 135.

lugares estabelecidos pela Câmara, sob a ameaça de prisão e pagamento de multa aos que resistissem. Além disso, a Câmara se responsabilizaria pela guarda dos loucos e furiosos.³³⁹

Reconhecendo que um Código Criminal era necessário para a garantia da ordem social, o imperador D. Pedro I, quando outorgou a Constituição do Império, impôs a organização de um código civil e de um diploma criminal, a serem “fundados nas sólidas bases da Justiça e da equidade” (art. 179, parágrafo 18).

Conforme Pierangeli, “os movimentos liberais e as novas doutrinas penais, aliadas às modificações sociais do tempo, impunham que essas novas concepções viessem influir na nova legislação”.³⁴⁰ Nesse momento mais liberal da história, os Deputados Bernardo Pereira de Vasconcelos e José Clemente Pereira foram nomeados para elaborar os projetos do novo Código Criminal, apresentados em 04/05/1827 e 16/05/1827.³⁴¹

O Código Criminal do Império do Brasil surgiu alguns anos depois da outorga do texto constitucional e foi sancionado no dia 16 de dezembro de 1830, tendo decorrido de um projeto do Deputado Bernardo de Vasconcelos, que era diplomado na Universidade de Coimbra, onde foi aluno do maior jurista português dessa época, Pascoal José de Melo Freire dos Reis. Freire, que viveu na época em que apareceu a obra de Beccaria e se debatiam fervorosamente os escritos de Voltaire, Rousseau e Montesquieu, era também um defensor dos ideários liberais.³⁴²

O Código Imperial substituiu o livro V das Ordenações Filipinas (1603).

Apesar de a Carta Constitucional ter vedado as penas cruéis, Fragozo ressalta que o Código Criminal:

admitiu a pena de açoites para os escravos, além da pena de morte, estabelecida pela lei de 10 de junho de 1835, para os escravos ou escravas

³³⁹ SOUZA, Simone Elias de. *Os Socorros públicos no Império do Brasil 1822 a 1834*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Ciências e Letras de Assis: Universidade Estadual Paulista, 2007, p. 98.

³⁴⁰ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru, SP: Jalovi, 1980, p. 8.

³⁴¹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956, p. 176.

³⁴² GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. V. 1, Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 117.

que matassem seus senhores, lhes propinassem veneno ou lhe causassem grave ofensa física. A pena de açoites foi abolida tardiamente, por lei de 15 de outubro de 1886.³⁴³

Definiu a Carta, como cidadãos brasileiros, os indivíduos nascidos no Brasil, nascidos livres ou libertos, os filhos de brasileiros nascidos no exterior e que aqui viessem a estabelecer domicílio e, ainda, os estrangeiros naturalizados.³⁴⁴ Observe-se que os escravos não eram citados como integrantes do rol de cidadãos pátrios, logo não tinham o direito à cidadania e, por isso, não eram aptos a gozar dos direitos civis e políticos enunciados no título 8º da Constituição.

Ainda em relação ao diploma penal surgido após a Constituição do Império, registre-se que ele se dividia em uma parte geral, denominada Parte Primeira, e em uma última porção, identificada como Parte Segunda, na qual fazia a previsão dos crimes em espécie. Esse diploma não fazia qualquer referência à saúde como um bem jurídico a ser tutelado.

De fato, a saúde coletiva ainda não parecia uma preocupação na Colônia. Conforme Miranda,³⁴⁵ os regimentos médico-sanitários já existentes no Reino eram precários. Após análises acerca da Fisicatura e do Hospital, o autor percebeu que inexistia, no Brasil colonial, um projeto para uma medicina coletiva, tanto em relação à higiene pública quanto à medicina privada. Ele indicou, como exemplo, o combate à lepra e à peste, em Pernambuco, para demonstrar a ausência de um projeto médico por meio do qual os cuidados com a saúde da população pudessem ser observados contínua e sistematicamente.

A chegada da família real ao Brasil foi um evento de grande importância para o desenvolvimento da medicina brasileira, porque resultou na criação de escolas médico-cirúrgicas em Salvador e no Rio de Janeiro, que posteriormente vieram a ser transformadas em academias e faculdades.³⁴⁶

³⁴³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Atualizador Fernando Fragoso. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 73.

³⁴⁴ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Título 2º, art. 6º.

³⁴⁵ MIRANDA, Carlos Alberto Cunha. *A arte de curar nos tempos da colônia: limites e espaços da cura*. Recife: Editora UFPE, 2017. p. 19.

³⁴⁶ MIRANDA, Carlos Alberto Cunha. *A arte de curar nos tempos da colônia: limites e espaços da cura*. Recife: Editora UFPE, 2017. p. 19.

O Código Criminal do Império não repetiu a disposição penal das Ordenações Filipinas que tinha por finalidade o controle sobre substâncias tóxicas. Nessa coletânea o legislador não regulamentou nada parecido com a abordagem anteriormente existente.

Antes do Código, porém, esse um foi tema de interesse do Código de Posturas da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, editado 1830, em que ficaram estabelecidas normas que limitavam condutas relacionadas à venda de alimentos e remédios, e que regulamentavam o ofício dos boticários.³⁴⁷

Dentre essas regulações do Código de Posturas, na Seção Primeira, sobre Saúde Pública, Título 2º, Parágrafo 7º, havia a proibição da venda e do uso do “pito de pango”. Antes de demonstrar o conteúdo da norma que determinou essa proibição, se fazem necessárias algumas considerações sobre a origem e o papel que essa planta, hoje conhecida como maconha, teve na história do Brasil.

O efeito do uso do “pango” era pernicioso, similar ao do ópio e, por esse motivo se deu a proibição de sua venda através de norma municipal, oriunda da Câmara da Cidade do Rio de Janeiro.

Há divergência quanto à sua origem. Alguns dizem que a planta já era utilizada primitivamente pelos índios. Rodrigues Doria discorda desse entendimento e menciona que os dicionários da língua portuguesa de Adolpho Coelho, Aulete, Silva Bastos, entre outros, se enganaram quando definiram que a planta, identificada como “liamba”, “riamba” ou “pango”, era uma erva do Brasil, da família das myrtaceas (*Cannabis sativa*), cujas folhas eram usadas pelos negros para fumo em cachimbos. Doria sustenta que a planta não é nativa do Brasil, mas do continente africano, e que na África Ocidental já havia relatos sobre o seu uso para fins intoxicantes, sob os nomes maconia e makia, conforme a literatura especializada, como a obra de Bentley, denominada “a manual of botany”.³⁴⁸

³⁴⁷ FAGUNDES, Gregory Augusto Wall. *Construções e desconstruções da figura de traficantes [e usuários] de drogas a partir da dogmática penal e da criminologia crítica*. Monografia Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014, p. 18.

³⁴⁸ DÓRIA, Rodrigues. *Coletânea de Trabalhos Brasileiros sobre a Maconha*. Rio de Janeiro, Serviço Nacional de Educação Sanitária, Ministério da Saúde, 1958, p. 8.

Doria conclui que o vegetal é produto de importação africana, introduzido no Brasil por escravos africanos desde a colonização, considerando (1) que ele era largamente utilizado pelos pretos africanos que vieram da África Ocidental, território de possessão portuguesa; e (2) a paridade dos nomes, tendo aqui sofrido uma ligeira modificação, ou seja, a mudança de apenas uma letra - maconha, liamba ou riamba -, e o apelido de fumo d'Angola.³⁴⁹

Para confirmar essa tese, vale colacionar um documento oficial do governo brasileiro, expedido, em 1959, pelo Ministério das Relações Exteriores:³⁵⁰

A planta teria sido introduzida em nosso país, a partir de 1549, pelos negros escravos, como alude Pedro Corrêa, e as sementes de cânhamo eram trazidas em bonecas de pano, amarradas nas pontas das tangas. PEDRO ROSADO

Apesar de a planta ter sido habitualmente utilizada para o fumo dos escravos africanos, é possível que a sua disseminação tenha sido uma contribuição dos colonizadores, já que havia interesse na produção da *cannabis sativa* para a confecção de materiais para as embarcações portuguesas.

Nas palavras de Fonseca,³⁵¹ no século XVIII, a Coroa Portuguesa incentivava a cultura da Cannabis: "aos 4 de agosto de 1785 o Vice-Rei ... enviava carta ao Capitão General e Governador da Capitania de São Paulo ... recomendando o plantio de cânhamo por ser de interesse da Metrópole ... remetia a porto de Santos ... `dezesseis sacas com 39 alqueires' de sementes de maconha..."

O cânhamo era muito importante em razão do óleo extraído das suas sementes e também das suas fibras, longas e flexíveis, empregadas desde a mais remota antiguidade na indústria têxtil.³⁵²

³⁴⁹ DÓRIA, Rodrigues. *Coletânea de Trabalhos Brasileiros sobre a Maconha*. Rio de Janeiro, Serviço Nacional de Educação Sanitária, Ministério da Saúde, 1958, p. 8.

³⁵⁰ CARLINI, Elisaldo Araújo. A história da maconha no Brasil. *Jornal brasileiro de psiquiatria*, vol. 55, nº. 4, Rio de Janeiro, 2006, p. 314/317.

³⁵¹ Fonseca G. A maconha, a cocaína e o ópio em outros tempos, 1980 *apud* CARLINI, Elisaldo Araújo. A história da maconha no Brasil. *Jornal brasileiro de psiquiatria*, vol. 55, nº. 4, Rio de Janeiro, 2006, p. 314/317.

³⁵² IGLÉSIAS, F. A. Sobre o vício da diamba. In: HENMAN, A., PESSOA JR., O.(Org.). *Diamba sarabamba: coletânea de textos brasileiros sobre maconha*. São Paulo: Ground, 1986, p. 39/51.

Na época das navegações que resultaram na descoberta das Américas também houve muito interesse no linho de cânhamo, uma resistente fibra extraída do caule da planta, empregada nas cordas e velas das embarcações lusitanas.

Rowan Robinson destaca que desde a antiguidade, na Grécia e em Roma, era comum a utilização de velas e cordas de cânhamo nos navios. No século XV o cânhamo era cultivado nas regiões de Bordéus e da Bretanha, na França, em Portugal e na África, para a confecção de cordas, cabos e velas, e como material de vedação dos barcos, com o fito de se evitar que as embarcações inundassem nas longas navegações. O produto alcançado com o emprego das fibras era dotado de rigidez e elasticidade, proporcionando às caravelas uma enorme velocidade. Ainda segundo Robinson, havia 70 toneladas de cordame de cânhamo e vastas medidas de lona de cânhamo no barco comandado por Cristóvão Colombo, em 1496.³⁵³

Embora a Câmara Municipal do Rio de Janeiro tenha editado, em 1830, o primeiro ato legal de proibição da venda e do uso do Pito de Pango (maconha) no Brasil, o consumo desse vegetal ainda não era, plenamente, uma questão de saúde pública nesse século.

POSTURAS DA CAMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO
 SECÇÃO PRIMEIRA
 SAÚDE PÚBLICA
 TÍT. 2.º
 SÔBRE A VENDA DE GÊNEROS E REMÉDIOS E SÔBRE BOTICÁRIOS
 (...)
 § 7º. É proibida a venda e o uso do Pito do Pango, bem como a conservação dêle em casas públicas: os contraventores serão multados, a saber, o vendedor em 20\$000, e os escravos, e mais pessoas que dêle usarem, em 3 dias de cadeia.³⁵⁴

Cumprе destacar que essa regulamentação de 1830 não fez menção ao plantio da erva. A norma visava evitar somente o uso e o varejo da droga. Naquela

³⁵³ ROBINSON, Rowan. *O Grande Livro da Cannabis*. Guia completo de seu uso industrial, medicinal e ambiental. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 76.

³⁵⁴ BRASIL. Rio de Janeiro. *Código de Posturas de 1830*.

época, segundo Henman, havia um ditado popular: “maconha em pito faz negro sem vergonha”.³⁵⁵

A proibição estabelecia, expressamente, uma sanção de três dias de cadeia para os escravos que infringissem a regra. Talvez o objetivo tenha sido evitar que o uso da planta diminuísse o desempenho físico para o labor manual.

Destaque-se, também, que na segunda metade do século XIX começam a chegar ao Brasil notícias dos efeitos deletérios da maconha, principalmente após a publicação dos trabalhos do professor Jean Jacques Moreau, da Faculdade de Medicina de Tour, na França, e de vários escritores e poetas desse mesmo país.³⁵⁶

Quanto às disposições do Código Criminal do Império de 1830, houve a previsão de apenas um crime de proteção da saúde, que enveredava apenas no universo da saúde individual, inexistindo, no texto, uma preocupação do legislador penal com a tutela da saúde coletiva:

SEÇÃO IV - FERIMENTOS, E OUTRAS OFFENSAS PHYSICAS

Art. 201. Ferir ou cortar qualquer parte do corpo humano, ou fazer qualquer outra offensa physica, com que se cause dôr ao offendido.

Penas - de prisão por um mez a um anno, e multa correspondente á metade do tempo.

Art. 205. Se o mal corporeo resultante do ferimento, ou da offensa physica produzir gravo incommodo de saude, ou inhabilitação de serviço por mais de um mez.

Penas - de prisão com trabalho por um a oito annos, e de multa correspondente á metade do tempo.³⁵⁷

A lesão corporal, como crime, segundo Hungria e Fragoso, foi estranha ao direito romano, já que era consumida no conceito do gênero injúria. Foi o direito bárbaro que estabeleceu a agressão física como uma ofensa autônoma. O

³⁵⁵ HENMAN, Anthony Richard. A Guerra às drogas é uma Guerra etnocida. In Anthony Henman e Osvaldo Pessoa Jr (orgs), *Diamba Sarabamba: coletânea de textos brasileiros sobre a maconha*. São Paulo, Editora Ground, 1986, p. 111.

³⁵⁶ CARLINI, Elisaldo Araújo. A história da maconha no Brasil. *Jornal brasileiro de psiquiatria*, vol. 55, nº. 4, Rio de Janeiro, 2006, p. 314/317.

³⁵⁷ BRASIL. *Codigo Criminal do Imperio do Brazil*.

reconhecimento da “lesa sanitas” como entidade criminal independente ocorreu com a edição dos códigos austríaco de 1803 e francês de 1810.³⁵⁸

O Código Criminal do Império, inspirado pelos diplomas acima destacados, reprimiu a ofensa às perturbações à integridade física (art. 201), incluindo, no tipo penal, a dor, elemento não existente no atual Código Penal.

Nesse código imperial, a saúde, como bem de natureza individual, foi prevista dentro do crime de lesão corporal (artigo 205), cuja tutela tinha ensejo apenas quando violada por decorrência de um mal corpóreo resultante do ferimento.

Como revela o histórico traçado ao longo deste capítulo, a saúde percorreu um longo caminho para que viesse a figurar como um bem jurídico, em especial na esfera criminal. Houve, inclusive, no curso desse processo, uma dissociação conceitual entre dor e saúde. Tanto é assim que no atual Código Penal: (1) o crime de lesão corporal não exige a dor como condição necessária para a sua subsunção; (2) além da proteção da integridade corporal, há a tutela da saúde, como bem jurídico independente da violação da ofensa física, configurando-se lesão corporal qualquer ofensa à integridade corporal “ou” à saúde (fisiológica ou mental) de outrem.

Conforme Hungria, no delito de lesão corporal do diploma de 1940:

não se trata, como o nome juris poderia sugerir *prima facie*, apenas do mal infligido à inteireza anatômica da pessoa. Lesão corporal compreende toda e qualquer ofensa ocasionada à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico. Mesmo a desintegração da saúde mental é lesão corporal, pois a inteligência, a vontade ou a memória dizem com a atividade funcional do cérebro, que é um dos mais importantes órgãos do corpo.³⁵⁹

Saliente-se, por fim, que durante a vigência do Código Criminal do Império surgiram algumas leis adjetivas, entre as quais uma de grande relevo para o presente estudo, a 2.033 de 1871, que introduziu, no sistema jurídico nacional, a punição pela prática de crimes culposos. Segundo Basileu Garcia, o Código Criminal

³⁵⁸ HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, volume V. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 323.

³⁵⁹ HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, volume V. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 323.

de 1830 não previa essa natureza de crime porque as infrações de imprudência eram, na época, uma preocupação secundária no Brasil, embora figurassem em alguns códigos estrangeiros desse período. Consta que a inserção por intermédio dessa lei posterior se deu por conta de um novo panorama social, estimulado pelo progresso industrial, que deu origem a máquinas modernas, cujo manuseio poderia ocasionar danos à integridade física, como, por exemplo, o automóvel.³⁶⁰

5.2.2 Código Penal da República de 1890

Ao final do século XIX, o Código Criminal do Império, vigente há mais de sessenta anos, já não atendia adequadamente às necessidades da vida social, que haviam se alterado bruscamente em razão de eventos como a abolição da escravatura e a expansão urbana. Os fatos exigiam a formulação de um novo Código Penal.

Ainda sob a batuta do regime imperial, em seu último ano, estava em curso um projeto de reforma da legislação penal, encabeçada pelo Ministro da Justiça, Campos Sales. Apesar da derrubada do Antigo Regime e a proclamação da República, em 1889, o projeto foi levado adiante, por Batista Pereira, e veio a ser transformado em lei através do Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890.

O Código Penal da República surgiu antes mesmo da própria Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, já que esta veio a ser promulgada apenas no ano seguinte, no dia 24 de fevereiro de 1891.³⁶¹

A nova Constituição estabeleceu que a Nação Brasileira agora adotava a *República Federativa* como *forma de governo*, e, pela união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias constituía-se, em *Estados Unidos do Brasil* (art. 1º). Cada Estado passou a ser uma das antigas províncias e o antigo Município neutro

³⁶⁰ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. V. 1, Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 124.

³⁶¹ A primeira Constituição Republicana, em relação à Carta anterior, não alterou significativamente o tratamento dispensado à saúde e à previdência social. Somente o seu artigo 75 estabeleceu uma sutil regulamentação: “a aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação”.

se transformara no Distrito Federal, que permaneceu a capital da União (art. 2º). O novo diploma adotou o regime representativo (art. 1º), o presidencialismo à moda norte-americana e rompeu com a divisão quadripartida de poderes, emergindo a teoria tripartida de Montesquieu.³⁶²

equilibravam-se, nos freios e contrapesos (como nos Estados Unidos), os poderes- e afinal, a clareza, a síntese, a limpidez verbal da Constituição [...] lhe garantiam uma duração razoável. Estabilizava a autoridade, franqueara aos Estados vida própria, proclamara as liberdades democráticas. Tanto fosse cumprida.³⁶³

Aponta-se que a celeridade na elaboração do Código Penal contribuiu para que fosse lançado com numerosos defeitos, a ponto de a crítica afirmar que era o pior código penal de todos os tempos. O Código Penal Brasileiro sofreu muitas correções por intermédio de outras leis, de forma que a excessiva quantidade de disposições precisou ser consolidada no Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932.³⁶⁴

Magalhães Noronha assevera que apesar de o Código ter tido numerosos defeitos, as críticas a ele eram exageradas. Pontua que o Código foi de fundo clássico e teve inegáveis qualidades, como, por exemplo, suprir lacunas da legislação passada com o estabelecimento de novos crimes. Além disso, segundo ele, teve também o mérito de abolir a pena de morte e adotar penas mais brandas.³⁶⁵

A pressa em instaurar uma ordem legal republicana, mais afinada com uma sociedade pós-escravagista, diversificada e com concentração mais intensa em centros urbanos, inviabilizou o atingimento da perfeição.

Segundo Alvarez, Salla e Souza, variadas pesquisas mostraram que as leis penais desse período tinham a finalidade de controlar movimentos sociais, servindo como instrumento para a construção de uma ideologia burguesa no que se refere ao

³⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 78/79.

³⁶³ CALMON, Pedro *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 78.

³⁶⁴ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. V. 1, Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 124/125.

³⁶⁵ NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. v. 1, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 58.

trabalho, e que, por essa razão, muitos dispositivos do Livro III, instituíram contravenções penais direcionadas aos mendigos, ébrios, vadios e capoeiristas, como forma de inibir a ociosidade.³⁶⁶

Durante o século XIX os serviços de saúde no Brasil eram organizados de maneira bastante precária e baseavam-se na caridade, de cunho religioso. As pessoas eram atendidas basicamente por instituições e médicos filantrópicos.³⁶⁷ A responsabilidade pela saúde era de cunho individual, cabendo a cada um buscar a boa saúde através de boas práticas comportamentais.

Nos anos seguintes à Proclamação da República, a situação médico-sanitária agravou-se, em razão de epidemias de tuberculose, varíola, malária e febre amarela, que resultaram em uma legião de vítimas, principalmente na capital e nas cidades portuárias, locais com mais concentração e rotatividade de pessoas. As atenções das autoridades estavam então voltadas a esses surtos e aos males que assolavam as áreas de produção do café e de seu percurso por via férrea.³⁶⁸ Portanto, paralelamente às mencionadas ações filantrópicas religiosas, o Estado concentrava a sua ação no controle das doenças epidêmicas, com ações de vacinação,³⁶⁹ limpeza do espaço urbano e influenciando o padrão de comportamento das classes populares.^{370 371}

³⁶⁶ ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luiz Antônio F. A sociedade e a lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. *Revista Justiça e História* – Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, v. 3, n. 6, 2003.

³⁶⁷ CARVALHO, Gilson. *A saúde pública no Brasil*. Estudos avançados, vol.27 nº. 78. São Paulo, 2013.

³⁶⁸ CAMPOS, Juarez de Queiroz; Santo, Antonio Carlos G.E.; Mantovani, Maria de Fátima. *Introdução à saúde pública*. São Paulo: J. Q. Campos, 1987, p. 26.

³⁶⁹ No início do século XX, a falta de saneamento básico no Rio de Janeiro e as péssimas condições de higiene faziam da cidade um foco de epidemias, principalmente febre amarela, varíola e peste. Mencionadas pragas tropicais deram à capital do país o apelido de "túmulo de estrangeiros". Com medidas impopulares e polêmicas, Oswaldo Cruz, além de ter sido o responsável pela estruturação da saúde pública no Brasil, foi quem saneou o Rio, apesar da oposição da mídia e da manifestação popular, que ficou conhecida como "Revolta da Vacina" (PORTO, Mayla Yara Porto. *Uma revolta popular contra a vacinação*. Ciência e Cultura, vol.55 nº.1. São Paulo Jan./Mar 2003, p. 53/54).

³⁷⁰ SOARES, Nina Rosa Ferreira; MOTTA, Manoel Francisco Vasconcelos. *As políticas de saúde, os movimentos sociais e a construção do Sistema Único de Saúde*.

³⁷¹ "Paralelamente às medidas repressivas, as ações sanitárias recorreram a meios dissuasórios, através de *Conselhos ao Povo*, publicados na imprensa e em folhetos avulsos, como mecanismo para evitar a doença. Ao mesmo tempo foi constituída a brigada contra os mosquitos transmissores de febre amarela, dentro de características paramilitares" (SOARES, Nina Rosa Ferreira; MOTTA, Manoel Francisco Vasconcelos. *As políticas de saúde, os movimentos sociais e a construção do Sistema Único de Saúde*).

Assim, enquanto os primeiros séculos de colonização foram pautados pela ausência da ideia de prevenção, com a medicina ocupando apenas a função curativa, ou seja, apresentando uma solução *a posteriori*,³⁷² a partir do século XIX, ela passa a atuar como dispositivo para o exercício do poder pelo Estado, com a incorporação do social, incluindo no seu campo de saber o mundo urbano e intervindo positivamente sobre as cidades e seus habitantes.³⁷³

A saúde, na qualidade de bem jurídico individual, no Código Penal de 1890, recebeu proteção bastante tímida. Não houve a criação de um capítulo específico para a proteção desse interesse jurídico, ao menos nos termos em que veio a se consagrar no Código Penal de 1940, sob a rubrica “periclitção da vida e da saúde”. Em seu texto apenas podem ser encontradas algumas normas incriminadoras esparsas em capítulos que visavam à proteção primordial de algum outro bem jurídico, e a proteção da saúde individual, quando existia, se dava de maneira mediata ou indireta.

O crime de abandono de incapaz, previsto no Código Penal de 1940, não existia à época do Código Criminal do Império, vindo a surgir no panorama jurídico nacional no diploma de 1890, veiculado no artigo 292 do Capítulo IV, sob a rubrica “subtração, ocultação e abandono de menores”. Influenciado pelo Código Penal Francês de 1810, tinha um alcance bastante limitado, porque criminalizava somente o abandono de infante menor de sete anos:

Art. 292. Expor, ou abandonar, infante menor de 7 annos, nas ruas, praças, jardins publicos, adros, cemiterios, vestibulos de edificios ou particulares, emfim em qualquer logar, onde por falta de auxilio e cuidados, de que necessite a victima, corra perigo sua vida ou tenha logar a morte:
Pena - de prisão cellular por seis mezes a um anno.

§ 1º Si for em logar ermo o abandono, e, por effeito deste, perigar a vida, ou tiver logar a morte do menor:

Pena - de prisão cellular por um a quatro annos.

§ 2º Si for autor do crime, o pae ou mãe, ou pessoa encarregada da guarda do menor, soffrerá igual pena com augmento da terça parte.³⁷⁴

³⁷² MACHADO, Roberto et alli. *Danação da norma: medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1978, p. 154.

³⁷³ GAGLIARDO, Vinicius Cranek. *Condições de saúde no Brasil Colônia: Primórdios da Higiene Pública como Política Governamental no Rio de Janeiro dos Vice-reis*. *Brasiliana – Journal for Brazilian Studies*, Vol. 2, n.2, Nov 2013.

³⁷⁴ BRASIL. *Código Penal dos Estados Unidos do Brazil* (Decreto nº 847, de 11 de out de 1890).

Ressalte-se que as legislações antigas em geral não consideravam crimes essa conduta, e que muitas, como as de Esparta e de Roma, permitiam o abandono ou o sacrifício de crianças que tinham limitações incapacitantes para o trabalho. Foi sob a influência do Direito Canônico que a exposição do incapaz passou a ser punida nas legislações modernas, embora com extensão variável.³⁷⁵

A omissão de socorro, também prevista no Código da República, tinha iguais limitações, dirigindo-se a sujeitos passivos menores de sete anos: “aquelle que, encontrando recém-nascido exposto, ou menor de 7 annos abandonado em logar ermo, não o apresentar, ou não der aviso, à autoridade publica mais próxima” (art. 293, §2º).

Ofensas à integridade física foram definidas como delitos no título X, no contexto dos “crimes contra a segurança de pessoa e vida”, dispostos no capítulo V:

Art. 303. Offender physicamente alguem, produzindo-lhe dôr ou alguma lesão no corpo, embora sem derramamento de sangue: Pena - de prisão cellular por tres mezes a um anno.

Art. 304. Si da lesão corporal resultar mutilação ou amputação, deformidade ou privação permanente do uso de um orgão ou membro, ou qualquer enfermidade incuravel e que prive para sempre o offendido de poder exercer o seu trabalho: Pena - de prisão cellular por dous a seis annos.

Paragrapho unico. Si produzir incommodo de saude que inhabilite o paciente do serviço activo por mais de 30 dias:

(...)

Em termos de proteção à saúde, a grande novidade do Código Penal da República foi o reconhecimento de uma categoria de delitos voltada à proteção do bem jurídico ‘saúde pública’.

A saúde pública como um valor comunitário imanente ao ser humano somente veio a ser objeto de preocupação penal em data relativamente recente. Na antiguidade não havia o conhecimento da importância da higiene e da sanidade social, pois as doenças e epidemias eram enxergadas como algo decorrente do sobrenatural. Sendo a enfermidade a consequência do castigo divino, ao homem restava ser agraciado pela cura ou, na pior das hipóteses, suportar a doença até a morte. Essa concepção mágica ou mística se modificou apenas com o progresso da

³⁷⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 2: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 168/169.

medicina moderna e o conseqüente descobrimento das causas das tão temidas epidemias e doenças.³⁷⁶

O avanço do conhecimento médico revelou que a saúde poderia ser atingida pela ação direta de uma mão inimiga, ou indiretamente, através de infecção desencadeada pelo contato com o ar, a água ou os alimentos, recursos indispensáveis à vitalidade humana. E se constatou que em certas situações, a conduta ofensiva ia além da saúde do indivíduo particularmente considerado, atingindo até mesmo um número indefinido de pessoas. Daí a necessidade de considerar, no plano da saúde, para além da relevância individual, o interesse social, comum a todos.³⁷⁷

Conforme Nelson Hungria, essa categoria de crimes de tutela da 'saúde pública' remonta a Filangieri, que, contando com o apoio de Carrara, entendia que:

“se se tem em conta o ar que circunda uma coletividade de pessoas, a água que a todos é destinada para desaleração da sede, os víveres expostos à venda em público, de modo que possam vir a ser alimento de indeterminado número de consociados, é manifesto que em tais condições o ar, a água e os víveres tornam-se objeto de um *direito social*, atinente a cada um dos consociados, bem como a toda a coletividade”. A esse direito chamou de direito à preservação da saúde pública.³⁷⁸

Magalhães Noronha enfatiza que o objetivo dos crimes deste capítulo é a defesa da saúde de número indefinido de pessoas, protegendo-a de lesões efetivas ou de perigo de lesão.³⁷⁹

Essa nova categoria de crimes constou do capítulo terceiro, subscrita como “crimes contra a saúde pública”, afigurando-se como espécie dos crimes contra a tranquilidade pública, contidos no título terceiro. Estabeleceu-se punição ao exercício ilegal da medicina, à arte dentária, à farmácia, à homeopatia, ao hipnotismo ou ao magnetismo animal (art. 156); ao charlatanismo, decorrente da

³⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*. Parte especial. 12. ed. Valência: Tirant to blanch, 1999, p. 603.

³⁷⁷ HUNGRIA, Néilson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, volume IX. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 96.

³⁷⁸ HUNGRIA, Néilson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, volume IX. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 96.

³⁷⁹ NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. v. 4. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 10.

prática do espiritismo, da magia, e de práticas afins (art. 157); ao curandeirismo (art. 158); à exposição à venda ou ministração de substâncias venenosas sem autorização ou observância de regulamentos sanitários (art. 159); à substituição de medicamentos por farmacêutico ou boticário, e à alteração de receituário ou emprego de medicamentos alterados (art. 160); ao envenenamento de fontes públicas ou particulares, tanques ou viveiros de peixe e viveres destinados a consumo público (art. 161); à corrupção ou conspurcação de água potável (art. 162); à alteração ou falsificação de substâncias destinadas à pública alimentação, alimentos e bebidas (art. 163); à exposição à venda das substâncias alimentícias, alteradas ou falsificadas (art. 164). Além desses crimes, era contravenção penal a omissão de notificação de doença (art. 379).

O tipo previsto no atual Código Penal, publicado no ano de 1940, rotulado como “omissão de notificação e doença” (art. 269), ao qual se prevê a incidência de pena de detenção de seis meses a dois anos e multa, era tratado, no Código da República, como mera contravenção (art. 378), sujeitando-o unicamente à pena pecuniária. A razão histórica da inserção dessa conduta pela primeira vez no âmbito penal, ainda que na qualidade de contravenção, está associada às dificuldades, já demonstradas, de se combater as epidemias e doenças infecciosas. Uma das soluções era persuadir os médicos a notificarem as doenças elencadas em regulamentos sanitários.

Houve avanço na legislação, que se coaduna com a importância da prevenção no âmbito da saúde coletiva. Essa omissão na notificação de doença pode dar ensejo a consequências gravosas, por impedir a adoção de medidas preventivas e criar o perigo de generalização da doença ou permanência do foco de infecção, daí o motivo de seu surgimento na esfera penal e posterior endurecimento promovido pela legislação hoje vigente.³⁸⁰

Cumprido salientar que tanto no diploma da República quanto no Código de 1940, as regras legais que trataram do assunto são “normas penais em branco”, porque ambos os dispositivos dependem de complementação através de

³⁸⁰ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, volume IX. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 102.

regulamentos sanitários, identificadores da relação de moléstias que devem ser notificadas por força de lei.

Não é intenção, do presente estudo, analisar especificamente cada conduta típica que, no Código Penal da República, tenha, na prática, protegido a saúde. Já se destacou que nesse período a tutela da saúde era tímida, pouco sistematizada, e que essa organização legal veio a ganhar corpo com o avanço da ciência. Na época, a defesa da saúde, em muitas situações, ocorria não como um fim em si mesmo, mas como uma consequência reflexa, mediata.

Deve-se reconhecer, no entanto, que houve progresso, quando se utiliza, por paradigma, a legislação anterior e a história das legislações, afinal, o Código Penal da República, além de inovar, prevendo crimes contra a saúde coletiva, avançou na tipificação de crimes de perigo, por reconhecer que a saúde, na condição de bem juridicamente relevante, necessitava de proteção antecipada, que evitasse a ocorrência de uma efetiva lesão.

5.2.3 O Código Penal de 1940

Antes de uma análise detalhada dos meandros do Código Penal de 1940, ainda em vigor, se faz necessário avaliar, no contexto histórico, o tratamento dispensado à saúde, inclusive no panorama constitucional.

Nas primeiras décadas do século XX, grandes empresas, inicialmente as do setor ferroviário, através de contratos compulsórios, passaram a oferecer, aos respectivos empregados, benefícios previdenciários, incluídos, nesse conceito, aposentadorias e pensões, assistência médica e medicamentos com preços mais vantajosos. À época a maior parte dos trabalhadores não estava sujeita a esse regime, necessitando da utilização dos serviços públicos de saúde ou da contratação de atendimento ofertado por profissionais liberais.³⁸¹

³⁸¹ SOARES, Nina Rosa Ferreira; MOTTA, Manoel Francisco Vasconcelos. *As políticas de saúde, os movimentos sociais e a construção do Sistema Único de Saúde*.

Em 1923 foi editada a Lei Eloy Chaves, que criou as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs), fundos de capitalização organizados por empresas e empregados, destinados, a princípio, aos funcionários das empresas ferroviárias. Em linhas gerais, a normatização permitiu que as empresas privadas constituíssem fundos de amparo ao trabalhador, atrelando saúde e previdência. Indica-se que essa lei é um marco da previdência social brasileira.

No ano de 1930, durante a era Vargas, o sistema de saúde e previdência dos trabalhadores foi vinculado a autarquias de nível nacional, centralizadas no governo federal e que separavam os trabalhadores por categoria profissional. Essas autarquias que atendiam aos trabalhadores do ramo privado vieram a se fundir em 1966, ensejando a criação do INPS (Instituto Nacional da Previdência Social).

Quanto à saúde da população em geral, ainda na década de 1920, o Decreto 2.987 de 1920 estatuiu o Departamento Nacional de Saúde Pública, órgão diretamente vinculado ao Ministério da Justiça e dos Negócios Interiores, que regulamentou diversos assuntos afetos à saúde, nas perspectivas coletiva e individual, e estabeleceu múltiplas atribuições logo no primeiro dispositivo, tais como: a profilaxia geral e específica das doenças transmissíveis, a execução de providências de higiene de diversos estabelecimentos, a fomentação de pesquisas científicas que interessem à saúde pública, a fiscalização de alimentos e medicamentos, o fornecimento de soros e vacinas para combate a epidemias, e de medicamentos oficiais de acordo com o Decreto n. 13.159 de 1918 (por intermédio do Instituto Oswaldo Cruz), etc.

Diante do movimento político de 1930, Getúlio Vargas ascendeu ao poder, como o líder da revolução. Mudanças operadas pelo governo provisório e pela Revolução Constitucionalista de 1932 implicaram no rompimento com a Velha República e em maior inclinação às questões sociais. Surgiu, então, a Constituição de 1934.

Conforme José Afonso da Silva, essa nova Constituição não era tão bem organizada como a primeira da República. Manteve os princípios formais fundamentais enunciados na anterior: a república, a federação, a divisão de poderes

(Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si), o presidencialismo e o regime representativo. Ampliou significativamente os poderes da União, enumerando-os extensamente nos arts. 5º e 6º. Concedeu alguns poderes expressos aos Estados e conferiu-lhes os remanescentes (arts. 7º e 8º). Influenciada pela Constituição alemã de Weimar, foi além da clássica declaração de direitos e garantias fundamentais, estabelecendo novas categorias de direitos, inseridos, através de normas programáticas, na “ordem econômica e social” e em enunciados sobre “a família, a educação e a cultura”. O texto constitucional estabeleceu uma conciliação entre o liberalismo e o intervencionismo.³⁸²

Apesar de seu caráter social, a Constituição de 1934, de efêmera duração, não estabeleceu nada de significativo no que tange à saúde, regulamentando-a em poucas passagens. No capítulo da ordem econômica e social, mais especificamente no dispositivo acerca do trabalhador, estabeleceu um preceito a ser observado pela legislação trabalhista:

assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte (art. 121, §1º, h).

Em seu artigo 10, inciso II, estabeleceu a competência concorrente entre União e Estados para “cuidar da saúde e assistências públicas”, sem especificar qual seria o conteúdo desses direitos. Incumbiu às três esferas de governo a adoção de medidas legislativas e administrativas tendentes a: restringir a mortalidade e a morbidade infantis; promover a higiene social, que impedisse a propagação das doenças transmissíveis; e impulsionar os cuidados com a higiene mental, incentivando a luta contra os venenos sociais (art. 138, f e g).

Durante o período populista e após reivindicações por leis protetoras ao trabalho, consolidou-se a “medicina previdenciária”, destinada aos grupos mais organizados de trabalhadores urbanos, conduzida pelo governo, principalmente com a criação dos já mencionados ‘Institutos de Aposentadoria e Pensões’. O surgimento

³⁸² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 80/81.

desses institutos propiciou uma rápida expansão da “medicina previdenciária”, permitindo o crescimento das redes públicas estaduais e municipais, com uma visão predominantemente voltada ao atendimento de pronto-socorro à população alheia ao sistema previdenciário.³⁸³

No dia 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas promoveu um golpe e instaurou, diante da apresentação da autoritária Carta de 1937, uma ditadura denominada “Estado Novo”, que só findou em 29 de outubro de 1945.

Segundo Raeffray, no que tange à saúde, com o advento da Carta de 1937 “foram reformuladas e ampliadas as organizações estaduais de saúde, intensificadas as ações do Governo Federal no combate às epidemias e grandes endemias e dedicados recursos à assistência à maternidade e infância”.³⁸⁴

Ouros aspectos da Carta merecem ser destacados: estabeleceu que as normas fundamentais da defesa e da proteção da saúde, especialmente da criança, passavam a ser competência privativa da União (art. 16, XXVII); regulou, no artigo 137 (posteriormente suspenso por um decreto em 1942), a assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assim como a instituição de seguros à velhice, à invalidez e aos acidentes de trabalho.

Nesse período, considerando que o Código Penal de 1890 era criticado desde que iniciou a sua vigência, surgiu a pretensão de substituí-lo por outro. Logo nos primeiros anos de sua validade foi objeto de críticas e, visando a sua troca por outra compilação de leis penais, vários projetos vieram a ser elaborados, sem sucesso. O projeto do desembargador Virgílio de Sá, iniciativa do Governo Arthur Bernardes, parecia ter fôlego para seguir adiante, mas foi paralisado em razão da revolução que levou Getúlio Vargas ao poder. Voltou a ter andamento, até que sofreu nova paralização em 10 de novembro de 1937, com o golpe de Estado que instituiu o “Estado Novo”.³⁸⁵

³⁸³ SOARES, Nina Rosa Ferreira; MOTTA, Manoel Francisco Vasconcelos. *As políticas de saúde, os movimentos sociais e a construção do Sistema Único de Saúde*.

³⁸⁴ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde: de acordo com a Constituição Federal*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 181.

³⁸⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Atualizador Fernando Fragoso 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 76.

Diante dos erros que continha, o governo do Estado Novo resolveu incumbir Alcântara Machado da obrigação de renovar a legislação criminal. O renomado professor, entendendo que o projeto de Virgílio de Sá continha defeitos insuperáveis no conteúdo e na estrutura, optou por confeccionar uma obra integralmente nova. Outros motivos sustentados para o novo trabalho foram a compreensão de que as condições políticas e sociais haviam se modificado profundamente, e a ideia de que movimentos subversivos ocorridos no ano de 1935 revelaram que o Estado, exposto a intensos perigos, precisava se aparelhar no campo repressivo.³⁸⁶ Ademais, nas palavras do autor:

A Constituição de 10 de novembro deu nova estrutura ao Estado e novo sentido à política nacional, tornando imperiosa a mudança das diretrizes penais. Reforçar a defesa coletiva, contra a criminalidade comum, e resguardar as instituições contra a criminalidade política, são imperativos a que não pode fugir o legislador em países organizados de maneira por que atualmente se encontra o nosso.³⁸⁷

O anteprojeto da parte geral foi apresentado em maio de 1938. O restante do trabalho, em agosto do mesmo ano. Efetuou-se uma revisão, por intermédio de uma Comissão Especial, da qual fizeram parte os magistrados Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz e Vieira Braga, o promotor Roberto Lyra, e o penalista Costa e Silva, que culminou em alterações significativas, a despeito da significativa contribuição de Alcântara Machado, cujo nome ficou indelevelmente ligado ao novo Estatuto.³⁸⁸

A obra foi apresentada ao governo em 1940 e promulgada no dia 7 de dezembro do mesmo ano, passando a vigor apenas no primeiro dia de 1942.

No âmbito da saúde, uma das grandes inovações produzidas consistiu na dedicação de um capítulo inteiro para a tutela da incolumidade pessoal, com a punição de condutas geradoras de riscos para a vida e para a saúde. Tal capítulo, o terceiro, chamou-se “da periclitção da vida e da saúde”.

³⁸⁶ MACHADO, Alcântara. *Para a História da Reforma Penal Brasileira*, Separata de “Direito”. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1941, p. 15.

³⁸⁷ MACHADO, Alcântara. *Para a História da Reforma Penal Brasileira*, Separata de “Direito”. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1941, p. 15.

³⁸⁸ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. V. 1, Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 127.

Ensina Fragoso que o código valorizou a vida e a saúde como valores de superlativo interesse para o corpo social. Salientou que o fez porque a tutela desses bens jurídicos são pressupostos da personalidade humana e condição para o seu normal desenvolvimento na sociedade. Nesse novo momento o direito penal não incriminava somente o dano, mas também os comportamentos que expusessem os bens jurídicos a imediato perigo de dano.³⁸⁹

Na própria exposição de motivos o projeto revela que contemplou uma série de crimes de perigo contra a pessoa, que, pelo seu caráter especial, mereciam um capítulo próprio:

seja quanto ao elemento objetivo, seja quanto ao elemento subjetivo. Do ponto de vista material, reputam-se consumados ou perfeitos desde que a ação ou omissão cria uma situação objetiva de possibilidade de dano à vida ou saúde de alguém. O evento, aqui (como nos crimes de perigo em geral), é a simples exposição a perigo de dano. O dano efetivo pode ser uma condição de maior punibilidade, mas não condiciona o momento consumativo do crime. Por outro lado, o elemento subjetivo é a vontade consciente referida exclusivamente à produção do perigo.³⁹⁰

A valorização da saúde como um bem jurídico primordial levou-a a uma proteção que se iniciava antes da efetiva lesão. O diploma promoveu, através da criação de tipos penais, a incriminação de condutas protetivas da saúde individual, ou seja, de pessoas individualizadas, que não se confundiam com normas que protegiam o risco comum, previstas em capítulo diverso.

Entre as novidades surgidas, destacou-se a disposta como "contágio venéreo", que há mais de meio século o médico francês Després solicitava que se tornasse um ilícito penal, nos termos do que tinha efetuado, em 1866, a lei dinamarquesa. O assunto tinha sido objeto de um amplo debate e, em torno dele, formou-se um sólido consenso no sentido da legitimidade dessa incriminação. Reconheceu-se que as doenças venéreas, entre elas a sífilis, são lesões corporais de consequências gravíssimas. A conduta consiste na ideia de que o indivíduo, sabendo que ostenta a condição de portador de moléstia grave, não evita o ato sexual ou o ato libidinoso, criando a possibilidade de um contágio extensivo. Para a

³⁸⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*, vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 69.

³⁹⁰ Exposição de motivos do Código Penal, item 43.

consumação do delito, basta um ato sexual ou libidinoso que exponha o terceiro a risco de contaminação.³⁹¹

Quanto aos crimes de abandono (artigo 133) e de omissão de socorro (artigo 135) houve uma ampliação do rol de sujeitos a quem a tutela é dirigida. Protegem-se os incapazes em geral, os enfermos, os inválidos e os feridos, e não apenas as vítimas menores de sete anos, como fazia a lei anterior.

O novo diploma criminal alargou a proteção da saúde individual através da criação de diversas figuras penais incriminadoras, as quais não serão discutidas neste trabalho, por não estarem contempladas em seu propósito.

No tocando à saúde coletiva, em que as vítimas são indeterminadas, o Código Penal de 1940 manteve a punição a diversas condutas previstas no Código Penal de 1890, ainda que tenha promovido ligeiras modificações. Ampliou a repressão, punindo a "difusão de doença ou praga", a "provocação de epidemia", a "violação de medidas preventivas contra doenças contagiosas", a "falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais", dentre outras situações previstas, e endureceu o tratamento dispensado à "omissão de notificação de doença", que se elevou de contravenção penal à categoria de crime.

A conduta consistente na "falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais" não havia sido objeto de proteção no Código Penal de 1890 e, a partir de 1920, se sujeitava apenas a uma multa estabelecida no Decreto 3.987:

Art. 13, § 2º. Aos falsificadores de medicamentos, serão impostas, além das penas que possam estar previstas no Código Penal para os assassinos por envenenamento, as multas que o regulamento para esse fim baixado imponha, não devendo nunca serem inferiores a cinco contos de réis (5:000\$000).³⁹²

³⁹¹ Exposição de motivos do Código Penal, item 44.

³⁹² BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto 3.987 de 1920*, que reorganiza os serviços da Saúde Pública.

No regime anterior a punição ficava adstrita a que o dano ocorresse e o autor, nesse caso, responderia por homicídio praticado com o emprego de veneno. Inexistia crime em razão da simples falsificação.

O legislador, então, observando uma indesejada lacuna, criminalizou uma fase anterior no *iter criminis*, punindo, no artigo 273, a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto “destinado a fins terapêuticos ou medicinais”. O fez para proteger, com maior amplitude a saúde pública. Não seria mais necessário exigir o dano a uma pessoa determinada, pois a tutela penal incide em um momento anterior, antecipando-se a potencial lesividade.

Supostamente houve maior proteção à saúde como um bem jurídico, inclusive se incluiu a assistência farmacêutica no contexto do direito à assistência à saúde. A vitalidade só pode ser atingida em grau elevado quando medicamentos de qualidade são acessíveis. Esse crime é objeto de exame mais detalhado no último Capítulo deste estudo.

De uma forma geral, conforme salienta Noronha, o Código Penal de 1940 é uma obra harmônica, com mais virtudes do que defeitos, e representa, dentro do panorama histórico, um notável progresso jurídico. Soubes exprimir as modernas ideias doutrinárias vigentes em sua época e positivar as melhores qualidades das legislações de outros países. Apesar de ter sido confeccionado em um regime político ditatorial, teve o mérito de ter seguido uma orientação liberal.³⁹³

5.2.4 A Reforma de 1984

Durante a vigência do Código Penal de 1940 eclodiu a Segunda Guerra Mundial. O Brasil de Getúlio, inicialmente simpático, em alguma medida, aos governos nazifascistas do Eixo, cedeu a fortes pressões populares em decorrência do afundamento de diversos navios mercantes brasileiros por parte de submarinos da Alemanha e da Itália, e declarou guerra ao Eixo em 22 de agosto de 1942.

³⁹³ NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. v. 1, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 61/62.

Em 1945 Vargas foi deposto pelas forças armadas, por conta de suas políticas autoritárias e do movimento que reivindicava a redemocratização do país. A derrubada do regime do Estado Novo ensejou a substituição da ordem constitucional. Instaurada uma Assembleia Constituinte, a Carta de 1937 deu lugar à Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.

No aspecto dos direitos sociais, a Constituição de 1946 fortaleceu o viés social do Estado, prevendo, a partir do artigo 157, direitos trabalhistas inovadores. Em relação à saúde, tratou sucintamente da questão da competência:

Art 5º - Compete à União: [...] XV - legislar sobre: [...] b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário [...].³⁹⁴

A Constituição de 1946 viveu no intervalo existente entre dois períodos ditatoriais, regidos por duas Cartas autoritárias: a de 1937 e a de 1967.

Esta última foi produto do golpe militar de 1964 e foi uma típica ordenação outorgada, apesar de contar com o beneplácito formal do Poder Legislativo. Quanto aos direitos sociais, não apresentou mudança estrutural no panorama constitucional até então existente.³⁹⁵

A Carta de 1967 promoveu uma intensa centralização do poder, concentrando-o bruscamente no âmbito federal e na figura do Presidente da República. Reduziu as liberdades individuais e suspendeu os direitos e garantias constitucionais. A esfera de tomada de decisões ficou restrita aos limites de Brasília, sob o Comando Militar da Revolução.³⁹⁶ A proteção da saúde continuou atrelada aos direitos dos trabalhadores:

art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: [...] IX - higiene e segurança do trabalho; [...] XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva [...].

³⁹⁴ BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* (de 18 de set de 1946).

³⁹⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010. p. 57.

³⁹⁶ BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Aspectos históricos e normativos da política pública de saúde no Brasil. *Fmu direito: revista da Faculdade de direito das Faculdades metropolitanas de São Paulo*, São Paulo, v. 20, n. 28, p. 126-135, 2006.

Ao longo do tempo, a Carta de 1967 veio a sofrer substanciais reformas, por meio de emendas aditivas e supressivas. A primeira delas promoveu uma ampla mudança formal que entrou em vigor dia 30 de outubro de 1969, e que, apesar do tratamento de sua identificação como emenda, é considerada, por alguns autores, como José Afonso da Silva, uma nova Constituição, pois reformou integralmente o texto até então existente.³⁹⁷ No núcleo da saúde, manteve a regra original da Constituição de 1967, que foi realocada para o art. 165.³⁹⁸

As constituições que antecederam a de 1988 definiram a saúde como um direito assegurado aos trabalhadores que contribuíam com a Previdência Social.

No plano infraconstitucional e, mais especificamente, na esfera penal, em 1961, sob a égide da Constituição de 1946, o governo manifestou o interesse de reformar o Código Penal. Para capitanear os estudos destinados a essa tarefa, convidou Nelson Hungria. O renomado mestre apresentou o seu anteprojeto em 1963 e, após revisão ministerial, foi promulgado em 1969, já sob a vigência de outra ordem constitucional. O prazo de vacância para a vigência do referido código passou por diversas prorrogações e, após quase dez anos de vacância, sem que entrasse em vigor, o diploma foi revogado, por intermédio da Lei 6.578 de 1978. Em 1980 uma comissão de juristas, presidida por Francisco de Assis Toledo, recebeu a incumbência de reformar o estatuto penal, e decidiu iniciar os trabalhos pela sua parte geral. O projeto modificativo da parte geral, com alterações significativas, foi aprovado, e a sua promulgação deu-se em 11 de julho de 1984.³⁹⁹

Essa reforma procedeu a amplas inovações, alterando a disciplina normativa da omissão, do arrependimento posterior, do erro, do excesso punível, do concurso

³⁹⁷ “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*. Ela foi modificada por outras vinte e cinco emendas, afora a de n. 26, que, a rigor, não é emenda constitucional” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 87).

³⁹⁸ Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: [...] XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva [...].

³⁹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Atualizador Fernando Fragoso. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 81.

de pessoas e até mesmo das formas de pena.⁴⁰⁰ Acarretou em avanços na teoria do delito e conferiu novos contornos à aplicação da lei penal. No que se refere à saúde se sobressaíram: a extinção de grande parte das medidas de segurança e o abandono do sistema do duplo binário. O Código de 1940 havia adotado medidas de segurança detentivas para imputáveis, mas tratou-se de uma experiência frustrada.⁴⁰¹

Foi o Código de 1940 que inaugurou, no cenário jurídico brasileiro, a medida de segurança, uma sanção diferente da pena, que visava propiciar o tratamento psiquiátrico adequado ao doente mental infrator e, paralelamente, a manutenção da paz social, através do encarceramento dos indivíduos considerados perigosos para a sociedade.

O seu regramento começou a ser traçado no projeto de Alcântara Machado. O código de 1940, antes da reforma, trazia duas situações distintas quanto à imputabilidade. A primeira dizia respeito àquele que não era passível de pena, mas ficava sujeito à medida de segurança, e se dava quando o agente, “devido ao estado de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (art. 22). A segunda situação tratava das pessoas que eram passíveis de redução de pena e medida de segurança, e se aplicavam ao sujeito quando ele, “em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.” (art. 22, p. ún). O nosso Código Penal de 1940, em seu art. 82, possibilitava a cumulação da pena com medida de segurança, executando-se primeiro a pena.⁴⁰²

⁴⁰⁰ NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. v. 1, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 63.

⁴⁰¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Atualizador Fernando Fragoso. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 81.

⁴⁰² Execução das medidas de segurança: Art. 82. Executam-se as medidas de segurança: I - depois de cumprida a pena privativa de liberdade; II - no caso de absolvição, ou de condenação a pena de multa, depois de passada em julgado a sentença. § 1º A execução da medida de segurança é suspensa, quando o indivíduo tem de cumprir pena privativa de liberdade. § 2º A execução da medida de segurança detentiva precede a da medida de segurança não detentiva.

Miguel Reale criticava esse “sistema do duplo binário”, pois entendia que submetia o sujeito a sofrer duas sanções, uma para puni-lo, piorando a sua situação, e outra para curá-lo, remediando os estragos anteriores. Conforme as suas lições:

o Código Penal de 1940, tendo eleito a dupla via, incorreu em manifesto erro, porquanto primeiro para os imputáveis e semi-imputáveis, nas palavras de Antolisei, impõe a uma pessoa, necessitada de cura e de educação, as constrangedoras condições do cárcere, que só agravam a periculosidade que, depois, piorada, se buscará cancelar, tudo para conciliar ou superar a oposição entre culpabilidade e periculosidade.⁴⁰³

Antes da reforma de 1984 os imputáveis também estavam sujeitos às medidas de segurança, porque no texto original se incluíam, nessa espécie de sanção, algumas de caráter não detentivo (art. 88, §2º), como a liberdade vigiada, a proibição de frequentar determinados lugares e o exílio local. As medidas de segurança detentivas (art. 88, §1º), que consistiam em internação no manicômio judiciário, em casa de custódia e tratamento, em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, eram destinadas aos inimputáveis.⁴⁰⁴

A reforma de 1984 rompeu com a sistemática do duplo binário e adotou, para os semi-imputáveis (art. 26, parágrafo único e 98), o modelo vicariante, e o fez como uma consequência lógica da opção pela extinção da medida de segurança para os imputáveis. Nesse sentido dispôs a exposição de motivos do Código Penal:

nos casos fronteiriços em que predominar o quadro mórbido, optará o juiz pela medida de segurança. Na hipótese oposta, pela pena reduzida. Adotada, porém, a medida de segurança, dela se extrairão todas as consequências, passando o agente à condição de inimputável e, portanto, submetido às regras do Título VI, onde se situa o artigo 98, objeto da remissão contida no mencionado parágrafo único do artigo 26.⁴⁰⁵

⁴⁰³ JÚNIOR, Miguel Reale; DOTTI, René Ariel, et.al. Penas e medidas de segurança no novo código. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense 1987. p. 175 *apud* RUBIN, Aline Librelotto et al. A evolução da medida de segurança: da loucura moral à lei nº. 10.216/2001. *Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM*. Setembro de 2008 – Vol. 3 N.3, p. 90-101.

⁴⁰⁴ As medidas de segurança também eram divididas em pessoais (detentivas ou não detentivas) e patrimoniais (interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou associação e o confisco). A reforma de 1984 aboliu essa distinção, e reduziu as demais espécies, só restando a internação em hospital de custódia (detentiva) e o tratamento ambulatorial (restritiva) no art. 96 do atual Código Penal.

⁴⁰⁵ Item 22 da Exposição de Motivos do Código Penal.

Diante da reforma de 1984, a pena, que possui natureza retributiva e é fundada na culpabilidade, ficou reservada aos imputáveis. E a medida de segurança, de natureza preventiva e assistencial, fundada na periculosidade, ficou adstrita aos inimputáveis.

Quanto aos semi-imputáveis, se estabeleceu que seria uma incumbência do juiz analisar a medida mais adequada, aplicando uma ou outra sanção, condenando com a diminuição da pena em 1/3 a 2/3 (art. 26, parágrafo único), ou substituindo-a por uma medida de segurança, caso se constate que a periculosidade ostentada demonstre que o tratamento curativo é mais indicado (art. 98). Nesse novo panorama, não há mais a possibilidade de se aplicar, cumulativamente, as duas sanções.

Operada a reforma, restaram apenas duas espécies de medida de segurança: a detentiva e a restritiva. A primeira é cumprida com a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico,⁴⁰⁶ e a segunda com a submissão do indivíduo a tratamento ambulatorial.⁴⁰⁷ A própria exposição de motivos explicita que essa inovação tem por mote a tendência moderna da “desinstitucionalização”, mas sem abolir totalmente a internação, tanto que o projeto delimita o cabimento do tratamento ambulatorial apenas para os crimes puníveis com detenção (itens 89 a 91).

Recentemente, uma parcela da doutrina, baseada na ideia “antimanicomial” de internação, passou a entender que a Lei 10.216/2001 trouxe implicações nas medidas de segurança do Código Penal, porque, à luz dela, interpretando-se o respectivo artigo 4º (“a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”), define

⁴⁰⁶ fixando-se o prazo mínimo de internação entre um e três anos. Esse prazo tornar-se-á indeterminado, perdurando a medida enquanto não for verificada a cessação da periculosidade por perícia médica. A perícia deve efetuar-se ao término do prazo mínimo prescrito e repetir-se anualmente.

⁴⁰⁷ cumprindo-lhe comparecer ao hospital nos dias que lhe forem determinados pelo médico, a fim de ser submetido à modalidade terapêutica prescrita.

uma extrema subsidiariedade da internação. A medida de segurança é uma dessas modalidades de internação, só que de incidência restrita ao campo penal.⁴⁰⁸

Nessa esteira, a medida de segurança da espécie internação só seria cabível quando esgotados os recursos menos invasivos, extra-hospitalares, ou seja, quando inoportuna a medida de segurança de tratamento ambulatorial. Nessa concepção, a Lei 10.216/2001 teria revogado tacitamente o artigo 97 do Código, mudando a lógica adotada na reforma de 1984, com uma preferência, do legislador, por uma medida de segurança menos rígida.

Itana Viana e Luis Eugenio de Souza asseveram que a Lei nº 10.216/2001 visou implantar um novo modelo de assistência à saúde mental, com ênfase na atenção de base comunitária e no maior potencial da reabilitação psicossocial, em detrimento do atendimento centrado na internação hospitalar. Afirmaram que o advento da Constituição Federal de 1988 e de princípios nela contidos, como o da presunção da inocência, o da dignidade da pessoa humana e o do direito ao atendimento integral da saúde pelo sistema único de saúde, deram ensejo a uma reflexão sobre as medidas de segurança.⁴⁰⁹

O aprofundamento da análise referente às medidas de segurança não é o objetivo deste trabalho. O que se pretende é demonstrar que tal mecanismo, que envolve a saúde dos inimputáveis e tem natureza de sanção, continua a sofrer transformações. Não é pacífico que o regramento trazido pela reforma de 1984 continue em plena vigência, pois existem vozes dando novo sentido a essas medidas, com base na lei 10.216/2001.

É perceptível, como exposto ao longo desta apresentação histórica, que o reconhecimento do direito à saúde e de sua proteção penal, no Brasil, se deu de forma lenta e progressiva.

⁴⁰⁸ RUBIN, Aline Librelotto et al. A evolução da medida de segurança: da loucura moral à lei nº. 10.216/2001. *Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM*. Setembro de 2008 – Vol. 3 N.3, p. 90-101.

⁴⁰⁹ VIANA, Itana; SOUZA, Luis Eugenio de Souza. Como são tratados os doentes mentais infratores? Periculosidade, medida de segurança e reforma psiquiátrica. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, Nov.2011/Fev.2012, v. 12, n. 3, p. 161-176.

Entre o final da década de 70 e o início da década de 80, movimentos sociais insatisfeitos com o modelo de saúde então existente, sagraram-se vitoriosos, porque conseguiram consolidar enormes avanços na Constituição Federal de 1988. Na nova ordem constitucional houve a consolidação da saúde como um direito social, inserido no art. 6º, digno de proteção e promoção. A saúde ainda ganhou um capítulo próprio a partir do artigo 196, que em seu texto, assegura que “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

6 MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E PROTEÇÃO À SAÚDE

6.1 Direito Constitucional e Direito Penal

O constitucionalismo, entendido como um regime político no qual uma Constituição, erigida à condição de ápice do sistema jurídico, limita o poder do Estado e impulsiona o Poder Público a promover determinados valores, é um fenômeno intrinsecamente relacionado ao Estado de Direito. A constitucionalização do Direito, consistente na progressiva ampliação das matérias tratadas nos textos constitucionais, decorre de uma tradição democrática.

Como visto no Capítulo 2, em um universo absolutamente liberal, a característica elementar da atividade política do Estado é o seu abstencionismo, ou seja, a deliberada pretensão de evitar intervenções nas liberdades e garantias individuais. Conforme García-Pelayo, o liberalismo tem por base uma sociedade autossuficiente, expressada em leis econômicas mais potentes e na inibição do Estado diante dos problemas econômicos e sociais.⁴¹⁰

No Estado Social, em que a busca da igualdade figura como o interesse precípua, o aparato estatal teoricamente se direciona a uma melhora das condições de existência dos indivíduos, nos âmbitos social e econômico. A intervenção exagerada, no entanto, cria um ambiente propício ao aparecimento de Estados totalitários, porquanto a hipertrofia da atuação ocasiona o sacrifício das liberdades individuais.⁴¹¹

Simbiose entre o Estado de Direito e a democracia, o Estado Democrático de Direito atua sob o império de uma lei que emana do sistema democrático. É um

⁴¹⁰ GARCÍA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado Contemporáneo, 1977 *apud* FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 20.

⁴¹¹ Na visão de grande parte dos autores, de que no Estado Democrático de Direito está embutido o Estado Social, elimina-se o problema que era adjacente ao Estado Social que, segundo Wolfgang, Forsthoff e Doeckering era a instrumentalização das funções sociais, com fins de dominação, situação típica dos regimes totalitários (Cf. O Estado Social, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-1986, especialmente "Problemas Constitucionales del Estado Social *apud* CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, p. 43).

modelo conciliador das ideias liberais e sociais, pois além de guardião do cidadão, se presta a perseguir os valores da justiça social. Nele o Estado, além do compromisso de não interferir nas liberdades individuais, adquire novas tarefas, sociais e econômicas, direcionadas ao desenvolvimento da personalidade, especialmente dos integrantes das camadas mais carentes da sociedade, que necessitam de prestações materiais positivas.

Reconhece-se que sem a solidariedade como um vetor, a liberdade individual não pode ser atingida em sua plenitude, porque não se concebe a sua sustentação sem as mínimas condições materiais de existência e dignidade. O desenvolvimento humano depende da igualdade material e da legalidade democrática.

Com o avanço do constitucionalismo surgiram debates sobre a função da Constituição, que levaram à constatação de uma diferença substancial entre dois modelos propostos: a Constituição-garantia e a Constituição dirigente ou programática.⁴¹²

Conforme Canotilho, no sistema político-jurídico expressado na Constituição-garantia, o Estado mínimo e o liberalismo são seus pressupostos. Nessa concepção a Lei Maior se afigura como o instrumento de governo responsável por definir competências, regular procedimentos e garantir direitos individuais. A Constituição-garantia, porém, não enfrenta os problemas referentes à legitimação e ao domínio da sociedade, nem externa qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda da juridicidade do texto. Outro enfoque é o adotado pela Constituição dirigente. Nesse modelo de Lei Maior se revela um plano geral,

⁴¹² Acerca das constituições-garantia ou programáticas (dirigentes), essa classificação leva em conta a margem de opções políticas que deixam ao alvedrio dos Poderes Públicos que instituem. As primeiras, as constituições-garantia, tendem a concentrar a sua atenção normativa nos aspectos de estrutura do poder, cercando as atividades políticas das condições necessárias para o seu correto desempenho. Aparentemente, não fazem opções de política social ou econômica. As segundas, as constituições dirigentes, não se bastam com dispor sobre o estatuto do poder. Elas também traçam metas, programas de ação e objetivos para as atividades do Estado nos domínios social, cultural e econômico (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 63).

destinado à sociedade e ao Estado, que determina tarefas, estabelece programas e define fins a serem atingidos.⁴¹³

Canotilho ensina que a Constituição dirigente possui uma força atuante e prospectiva, na medida em que não é apenas garantidora do universo existente, mas também um esboço ou programa para o futuro. Salienta-se que o seu caráter programático poderia, em tese, colocar em risco a sua própria normatividade, pois a concretização de seu texto dependeria de proatividade dos detentores do poder político. Mas segundo Konrad Hesse, a amplitude e a indeterminação do texto constitucional, no entanto, não inviabilizam a sua capacidade de regular a vida do Estado e da sociedade, já que a Constituição estabelece, com caráter vinculante, aquilo que não pode ficar em aberto.⁴¹⁴

Aqueles que criticam a Constituição dirigente sustentam que ela promove um dirigismo estatal que substitui e engessa o processo de decisão política. Nesse sentido Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

o caminho do desenvolvimento institucional só estará aberto quando as fórmulas impositivas de políticas públicas forem varridas da Constituição, abrindo espaço para que se possa praticar uma autêntica democracia de escolhas de como queremos ser governados e não apenas de escolha de quem queremos que nos governe.⁴¹⁵

Os seus simpatizantes, porém, entendem que ela não estabelece uma linha única de atuação para a política, permitindo mobilidade no âmbito do programa constitucional. A constituição dirigente não objetiva substituir a política, mas estabelecer a sua premissa material, fornecendo essencialmente uma direção a ser seguida. Ademais, esse modelo de Constituição deixa de tratar de assuntos que devem ser resolvidos na esfera política.⁴¹⁶

⁴¹³ CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 79/82.

⁴¹⁴ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação legislativa*. Brasília, a. 36 n. 142, abril/junho, 1999, p. 39.

⁴¹⁵ MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. Desafios Institucionais Brasileiros. In MARTINS, Ives Gandra (org.), *Desafios do Século XXI*, São Paulo, Pioneira/Academia Internacional de Direito e Economia, 1997, p. 195.

⁴¹⁶ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação legislativa*. Brasília, a. 36 n. 142, abril/junho, 1999, p. 40.

Salienta Canotilho que “o direito constitucional é um direito não dispositivo, pelo que não há âmbito ou liberdade de conformação do legislador contra as normas constitucionais nem discricionariedade na não atuação da lei fundamental”. Mas isso não significa que a Constituição estabeleça uma reserva total, nem que seja um bloco densamente vinculativo, a ponto de limitar o legislador ao mero papel de executor de suas normas.⁴¹⁷

Dentro desse enfoque de existência ou não da normatividade da Constituição, que imporia a concretização de seus princípios e diretrizes, interessa neste estudo analisar a conexão entre o Direito Penal e a Constituição, para se constatar se existe alguma vinculação do legislador penal às normas constitucionais e, acaso seja reconhecida, até que ponto a Constituição impõe ou limita a criminalização de condutas para a proteção da saúde como bem jurídico.

Este estudo utiliza como pressuposto a tese majoritária de que a finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais relevantes. Em razão disso e também para compreender a atuação do legislador nessa tarefa criminalizadora, fora realizada, no Capítulo 4, uma análise das teorias definidoras do conceito de bem jurídico.

Neste momento, o que se pretende é analisar o papel da Constituição Federal como limite ou fundamento para a seleção desses interesses jurídicos.

A Constituição traz em seu bojo as decisões políticas mais relevantes para a ordem jurídica de um Estado, tanto no aspecto organizatório quanto em relação aos demais valores fundamentais e, por esse motivo é, conforme Canotilho, o “estatuto fundamental da ordem jurídica geral”.⁴¹⁸ Com exceção dos Estados totalitários, a Constituição revela ainda os consensos admitidos pela comunidade, já que os membros da sociedade legitimam e incorporam os valores que elegem como mais caros e fundamentais.

⁴¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 63/64.

⁴¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 163.

Foi longa a jornada para que os direitos fundamentais se elevassem ao *status* constitucional e, mais do que isso, essa consagração se deu de forma lenta e gradual, conforme se obtinha o reconhecimento, em texto constitucional, de cada geração descoberta.

Pela lógica da maturação desses postulados, reconhecidos no processo histórico como direitos fundamentais, e também pela própria força normativa do texto constitucional, os valores elencados na Constituição têm, no campo jurídico, maior relevância do que os nela ausentes.

A Constituição se revela como a norma de maior plenitude, que ilumina e se impõe a todos os ramos do Direito, inclusive o Direito Penal, fenômeno destacado por Maria da Conceição Ferreira da Cunha

até com particular incidência e particular legitimidade, uma vez que entre esses dois planos jurídicos intercede uma relação mais estreita, em virtude do próprio Direito Penal contender com os valores mais essenciais à vida do homem em comunidade.⁴¹⁹ (...) Assim, será da identificação da Constituição com as opções mais fundamentais e mais consensuais duma comunidade que deriva a sua legitimidade para se impor, de forma vinculante, a toda a ordem jurídica; e será da relação do Direito Penal com os valores mais essenciais (na dupla vertente de os proteger e de, através das penas, os limitar) do homem em comunidade que resulta a sua particular dependência (e subordinação) face à Constituição.⁴²⁰

Conforme já averiguado no Capítulo 3, os princípios constitucionais também exercem uma função limitadora e legitimadora do espectro de eventuais criminalizações. A Constituição, como referência para o Direito Penal, possibilita que esse ramo do Direito se harmonize com o sentido garantidor da Lei Maior. Essa configuração apenas parece possível se o próprio conceito de bem jurídico penal estiver amparado na Constituição, considerada em sua plenitude, para que se legitime o poder punitivo.

⁴¹⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Estudos e Monografias. Editora Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995, p. 116.

⁴²⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Estudos e Monografias. Editora Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995, p. 117/118.

O reconhecimento de que a Constituição limita o Direito Penal é relevante no Estado Democrático de Direito, já que, ao estabelecer critérios para a criminalização e o estabelecimento de garantias penais e processuais, protege o cidadão de intromissões excessivas e injustificáveis aos direitos fundamentais.

Outro aspecto a se considerar consiste no fato de que, para autores que reputam a Constituição como um limite positivo ao Direito Penal, a adoção de Constituições mais prolixas pode direcionar a proteção penal a um elenco de bens mais extenso, ao passo que um texto constitucional sintético poderia, por hipótese, desagasalhar bens fundamentais que necessitem de intervenção penal.

Também se deve atentar para o grau de vinculação do legislador infraconstitucional às Constituições, cuja variação, a depender do enfoque adotado pelo intérprete, pode acarretar um maior ou menor acervo de obrigações criminalizadoras.

Levando-se em conta os países que consagram um Estado de direito material, é plausível o entendimento de que, na senda do que defende Figueiredo Dias, bens jurídicos penais devam convergir com a ordem axiológica estabelecida no Texto Constitucional, de forma que coexista uma analogia substancial, em que a Constituição seja vislumbrada como um quadro de referência para a atividade punitiva do Estado.⁴²¹

Como destaca Eduardo Luiz Michelan Campana, a relação entre os valores constitucionais e os bens jurídico-penais não precisa ser de necessária e estrita coincidência, bastando que haja convergência, congruência e coerência.⁴²²

No mesmo sentido, Vives Antón corrobora a necessidade de observância da Constituição para a definição de bens jurídicos penais:

O poder punitivo do Estado exerce-se para lograr certos objetivos (que dependem da estrutura e fins que a comunidade política se atribua), e com

⁴²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Os Novos Rumos de Política Criminal. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 43, 1983.

⁴²² CAMPANA, Eduardo Luiz Michelan. *A fundamentação constitucional da tutela penal da ordem econômica*, 2011. Dissertação Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 140.

sujeição a certas limitações de forma e conteúdo. A Constituição, directa ou indirectamente, fixa esses objetivos e essas limitações. De modo que uma mudança Constitucional profunda não pode deixar de se repercutir no Direito Penal.⁴²³

Dentro dessa ordem de ideias, tendo como ponto de partida a compreensão de que a Constituição representa um limite ao Direito Penal, cumpre analisar as concepções existentes, sendo, a primeira, a de que a limitação é negativa, e a outra, no sentido de que é positiva.

Para a limitação negativa, a Constituição apenas determina o que não pode ser criminalizado, concedendo ao legislador ordinário, dentro do espaço vedado constitucionalmente, liberdade para buscar, na sociedade, os valores que merecem a tutela penal. Ou seja, se o texto constitucional assegura determinada liberdade, não incumbe ao legislador criminalizar o seu exercício. Nesse sentido, se uma previsão constitucional estabelece, ao indivíduo, a liberdade de se associar para fins lícitos (art. 5º, XVII, CF), a fruição dessa autonomia da vontade não poderia ser criminalizada pelo legislador.

Nessa perspectiva, tanto a escolha do bem jurídico penal como a delimitação da conduta proibida precisam atender aos anseios e necessidades sociais, além disso, devem se harmonizar com os valores e princípios éticos constitucionais.

Como explica Luciano Feldens, a Constituição Federal, como limite material ao Direito Penal, significa a definição de um campo em que a intervenção penal é constitucionalmente proibida. Salaria que esse limite poderia ser representado como um sinal vermelho ao legislador, já que o impediria de (1) tutelar penalmente os interesses proibidos na Constituição ou socialmente irrelevantes, ou de (2) penalizar condutas que não ofendam bens jurídicos de terceiros, mesmo quando o interesse seja socialmente relevante.⁴²⁴

⁴²³ VIVES ANTÓN, Tomás S. Estado de Derecho y Derecho Penal. *In Derecho Penal y Constitución, Comentarios a la Legislación Penal. Tomo I. Revista de Derecho Publico*, Madrid: Edersa, 1982, p. 19.

⁴²⁴ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 34.

Essa é a posição de Fernando Mantovani,⁴²⁵ para quem existem duas fontes de bens jurídico-penais: a Constituição e a realidade sociocultural, não necessitando esta (realidade sociocultural) selecionar interesses já reconhecidos naquela (Constituição), bastando que inexista incompatibilidade. No mesmo sentido, Nilo Batista⁴²⁶ consigna que a Constituição não delimita ao legislador um catálogo fechado e imutável de bens jurídicos, dele exigindo apenas que não proceda a uma criminalização contrária à Carta Magna. Para Nuvolone “não parece possível reter que uma teoria do crime se deva exaurir na perspectiva constitucional” até porque a Constituição expressamente só consagra os bens primários.⁴²⁷

Em posição contrária se coloca a ideia de que a Constituição funciona como um limite positivo ao Direito Penal, no qual a margem de ação do legislador é restrita, pois só é admissível a utilização da tutela penal para a proteção dos bens jurídicos de matriz constitucional. A criação das normas incriminadoras passa a se submeter a uma relação de dependência com o conteúdo expressado no texto constitucional. Desse modo, um interesse só pode se tornar um bem jurídico penal se, antes disso, for reconhecido como um bem jurídico de natureza constitucional.

É nesse sentido que Janaína Paschoal se exprime:

para a máxima intervenção estatal ser admissível, não basta que a lei penal não entre em conflito com a Constituição, devendo, necessariamente, recair sobre condutas que firam os valores de relevância constitucional. Trata-se justamente daquela segunda acepção do princípio da legalidade, pautada não só na lei, mas na própria Constituição, a qual reflete os valores sociais e alberga o bem jurídico liberdade, potencialmente ferido pelo direito penal.⁴²⁸

Essa concepção de que a Constituição é a fronteira máxima para a criminalização de condutas se sustenta no caráter da sanção do direito penal, uma vez que, se esta punição é particularmente gravosa, ela só estaria autorizada a ser

⁴²⁵ MANTOVANI *apud* PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 57.

⁴²⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1999, p. 96.

⁴²⁷ NUVOLONE, La Problematica Penale della Costituzione *apud* CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Estudos e Monografias. Editora Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995, p. 190.

⁴²⁸ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 59.

aplicada a condutas também especialmente gravosas. Se a Constituição consagra os valores mais relevantes de uma ordem jurídica e a pena restringe valores constitucionais, a sanção penal só se mostraria necessária para a punição de condutas que também colocassem em causa valores de nível constitucional.⁴²⁹

É curioso observar que existem duas compreensões quanto à amplitude da limitação positiva. A primeira, mais abrangente, considera que “a Constituição é o quadro máximo de uma legítima intervenção penal”,⁴³⁰ de forma que o Direito Penal pode tutelar qualquer bem ou valor elencado em seu texto, independentemente do grau de importância.⁴³¹

Com um caráter mais restrito, há doutrina propondo que apenas um núcleo estrito da própria Constituição poderia legitimar a criminalização de condutas. Dentro desse raciocínio, alguns sugerem que somente bens constitucionais com natureza de *direito fundamental* pertenceriam a esse âmbito porque no contexto da Constituição são esses os interesses que ocupam a mais alta posição hierárquica. Outros, como Musco, entendem que só é possível proteger penalmente aqueles bens relacionados às *condições mínimas de vida em comum*, os quais não são identificados em todos os valores constitucionais.⁴³² Esse critério, ao que parece, diminui demais o âmbito dos bens que poderiam ser criminalizados, engessando, conseqüentemente, a conformação do legislador. A seleção desse núcleo duro também pode se mostrar insegura, já que ele dificilmente permaneceria estático, diante do grau de importância dos valores, que variam conforme o momento histórico, as transformações sociais oriundas de novas tecnologias e as novas formas de criminalidade.

⁴²⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Estudos e Monografias. Editora Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995, p. 168.

⁴³⁰ Nesse sentido CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Estudos e Monografias. Editora Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995, p. 189.

⁴³¹ O português Eduardo Maia Costa defende que “se a lei penal tem como fim garantir e proteger valores fundamentais da sociedade, esses valores só podem ser aqueles que a constituição consagra e veicula” (COSTA, Eduardo Maia. A Constituição e o Código Penal: breves reflexões. *Revista do Ministério Público*. Lisboa, ano 3, v. 12, 1998, p. 98).

⁴³² MUSCO *apud* CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Estudos e Monografias. Editora Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995, p. 184.

Independentemente de se considerar a Constituição como um limite positivo ou negativo ao Direito Penal, cumpre destacar que nessa concepção que interpreta a Lei Maior como limite ao Direito Penal, incumbirá ao legislador ordinário selecionar, na sociedade, os bens que esta entenda carentes de tutela penal. A Constituição, nessa perspectiva, não ordena qualquer criminalização, apenas impede certas criminalizações no limite negativo, e oferece a fronteira máxima, quanto à intensidade, no limite positivo.

Aparentemente a adoção do limite positivo elimina qualquer possibilidade de criminalizar bens jurídicos que não tenham reconhecimento constitucional. Em tese esse poderia não ser um dilema presente na Constituição Federal Brasileira de 1988, materializada em um texto longo e prolixo. Mas poderia se apresentar ineficiente em países de Constituições sintéticas. Nesse caso, novos valores com igual ou até superior relevância em relação àqueles já consagrados poderiam ficar alheios à necessária proteção penal, pelo simples fato de não apresentarem correlação com o texto constitucional. O Direito Penal poderia acabar destoando da realidade, ficando defasado por não se adaptar aos novos problemas e exigências de uma sociedade mutável.

Ao lado das concepções que pregam que a Constituição, em determinada medida (negativa ou positiva), limita o direito penal, há forte entendimento no sentido de que a Constituição também pode incrementá-lo, por enunciar, em seu bojo, obrigações de criminalizar ou de punir mais rigorosamente atentados contra certos bens jurídicos.

Compreendida a Constituição Federal como o fundamento de validade de toda a legislação ordinária, o arcabouço penal, tal qual toda norma legal, deve sujeição ao texto constitucional. Isso significa que a norma inferior deve necessariamente atender ao comando constitucional, sob pena de ser reputada inconstitucional, e que normas infraconstitucionais anteriores à vigência constitucional não podem ser recepcionadas quando contrárias aos seus postulados. Em síntese, nesse compasso, a Constituição é o paradigma que determina ou orienta aquilo que pode ou não ser criminalizado.

Nesta esteira, Perez Luño assevera que os valores constitucionais servem de

lastro fundamentador para a interpretação de todo ordenamento jurídico; de postulado-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição e de critério para avaliar a legitimidade das variadas manifestações do sistema de legalidade.⁴³³

Pietro Nuvolone enxerga a Constituição Federal como limite negativo e, ao mesmo tempo, fundamento do Direito Penal. Ensina que a Lei maior traz um conteúdo que obriga o tratamento no âmbito penal, instituindo sujeições para o legislador e os órgãos executivos.⁴³⁴

Márcia Dometila Lima de Carvalho também defende que a Constituição é o fundamento da tutela criminal. Para ela a Lei Maior atua como limite positivo, porque os preceitos penais precisam guardar observância aos bens jurídico-constitucionais e proteger bens jurídicos de caráter fundamental, estando essa obrigatoriedade sujeita a uma escala valorativa que, para a autora, tem o desenvolvimento da justiça social como um bem superior aos direitos individuais.⁴³⁵

A Constituição Federal, entendida como fundamento do Direito Penal, estabelece a observância da sua normatividade, podendo impor e impulsionar o sistema penal a cumprir certos mandados de criminalização.

Conforme Janaína Paschoal, quando a Constituição Federal é tomada como um fundamento, mesmo para autores que não defendem a vinculação do aparato penal à Constituição, a simples alegação de necessidade de tutela penal já leva ao caminho da maximização da intervenção, afastando-se do mero juízo de possibilidade.⁴³⁶

⁴³³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 288/289.

⁴³⁴ NUVOLONE *apud* PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 70/71.

⁴³⁵ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 100.

⁴³⁶ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 75.

A partir deste ponto serão analisadas questões cruciais acerca da polêmica teoria dos mandados de criminalização. Avaliar-se-á se a Constituição contém, em seu texto, tais obrigações, e se elas, existindo, são vinculantes.

6.2 Mandados de criminalização

Conforme visto no capítulo anterior, sustentamos a visão de que a Constituição é decisória para a definição dos bens jurídicos penais, servindo o seu texto como quadro de referência para a legitimação da intervenção punitiva.

Assim, quando o legislador infraconstitucional atua buscando a proteção desses interesses, não pode destoar dessa referência desenhada pela ordem jurídico-constitucional, devendo concretizar os valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais.⁴³⁷

Deste modo, ainda que se tenha optado pela concepção de que o legislador penal tem liberdade para proteger bens jurídicos e criminalizar condutas que não estejam previstas na Constituição, bastando que não contrarie os seus valores, entende-se, neste trabalho, que os bens dispostos no Texto Constitucional gozam de dignidade penal.

Um bem jurídico, para ser coroado pela tutela penal, exige uma qualidade especial, exige algo que o individualize e o diferencie dos demais, e que o faça visível e selecionável na perspectiva do Direito Penal ou da Constituição. Somente com o selo da dignidade penal é que o bem merecerá a intervenção do ramo mais rígido do Direito, já que o sistema penal é limitado pelo caráter da subsidiariedade.⁴³⁸

⁴³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 67.

⁴³⁸ SANTOS, Cleopas Isaías. Mandados expressos de criminalização e função positiva do bem jurídico penal: encilhando o Leviatã. In FRANÇA, Leandro Ayres (org). *Inimigo*. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011, p. 309.

Partindo da ótica de que a Constituição se apresenta como um limite negativo para o Direito Penal, podem gozar de dignidade penal os bens e valores elencados na Constituição, além de outros, que diante das complexas relações sociais, venham a se apresentar como merecedores dessa proteção penal.

É a sociedade que revela esses bens merecedores de dignidade penal, balizando os critérios de política criminal. Como salienta Luiz Regis Prado, é na realidade e na experiência social, em dado momento histórico-cultural, que o legislador constituinte ou ordinário irá selecionar o conceito material de bem jurídico.⁴³⁹ Ou seja, por vezes, o constituinte já elenca na Lei Maior quais são esses bens de relevância social e, por outras, essa tarefa é conferida ao legislador ordinário.

Dito isso, neste trabalho, parte-se do pressuposto de que a dignidade penal é condição necessária para a intervenção penal, a fim de que não se punam bens jurídicos sem qualquer relevância. Mas há autores que ainda exigem outro elemento, conhecido como “danosidade social”.

Nesse sentido Sporleder de Souza afirma que a simples previsão de um bem jurídico na Constituição “não basta e nem é suficiente para aferir-se o princípio da dignidade penal ou merecimento de pena”,⁴⁴⁰ fazendo-se necessário, ainda, “o exame de outro elemento de cunho empírico-social, denominado danosidade, social para dar-se por completo o princípio da dignidade penal”.⁴⁴¹

Essa também é a opinião de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, para quem a danosidade social é elemento da dignidade de tutela, já que é preciso também averiguar o grau de intolerabilidade social. Para se constatar a dignidade penal de um bem, serão realizados dois juízos: um para se aferir o grau de importância dos valores em causa, e outro, para analisar os efeitos de determinada

⁴³⁹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 145.

⁴⁴⁰ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 144.

⁴⁴¹ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 145.

conduta no meio social, ou seja, se determinado comportamento causa impacto social nos valores reconhecidos como essenciais.⁴⁴²

Nesse momento o interesse deste estudo é averiguar se o fato de o bem jurídico possuir o selo de bem digno de tutela penal é suficiente, por si só, para levar ao segundo passo, consistente na análise da necessidade da intervenção do braço forte do Estado.

Inicialmente se discorrerá sobre a tese de que isso não seria possível, porque o juízo de necessidade seria sempre analisado, em uma segunda etapa, pelo legislador penal, apartado do crivo da dignidade penal do bem. Essa concepção apresenta argumentos pertinentes que serão devidamente apreciados.

Segundo Figueiredo Dias ainda que determinada conduta viole um bem jurídico, se ela puder ser contornada eficientemente por meios não criminais de política social, os gravosos instrumentos penais devem ser afastados, já que o Direito Penal é instrumento jurídico de última *ratio* da política social. Assim, conclui o autor que é a necessidade social que justifica ou não a intervenção penal.⁴⁴³

Manuel da Costa Andrade salienta que a dignidade penal, extraída do texto constitucional e analisada sob o filtro da proporcionalidade, assegura quais bens são merecedores da proteção penal. Representa um juízo qualificado de intolerabilidade social e orienta a criminalização de condutas. No entanto, a dignidade penal, por si só, não é suficiente para determinar a questão da criminalização. É preciso avaliar se o bem é carente da tutela penal, ou seja, se a proteção a ele não pode ser atingida através de meios menos gravosos para a liberdade. A carência penal possibilita a observância dos princípios da subsidiariedade e da *ultima ratio* do direito penal.⁴⁴⁴

⁴⁴² CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Estudos e Monografias. Editora Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995, p. 225/226.

⁴⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Os Novos Rumos de Política Criminal. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 43, 1983, p. 16/17.

⁴⁴⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Aequitas-Editorial Notícias, ano 2, fasc. 2, p. 184/185.

Conforme os dois autores portugueses, não obstante a dignidade penal seja necessária para a intervenção penal, já que aponta os bens primordiais para determinada comunidade, ela não seria suficiente, porque poderiam existir outras formas de controle suficientemente eficazes para a proteção do bem jurídico.

Ocorre que até aqui, analisada a Constituição como um limite ao Direito Penal, em que se busca conter esse instrumento forte do Estado – a sua autoridade para a restrição dos valores fundamentais –, é preciso analisar uma nova ótica. Conforme já destacado no capítulo dos princípios penais (especialmente no princípio da proporcionalidade), o Direito Penal também exerce o papel de protetor dos valores primordiais à vida do homem em sociedade, e dessa condição nasce um conflito de interesses que precisa ser ponderado.

A Constituição de caráter garantista descreve um amplo rol de direitos aos agressores, mas por outro lado também assegura a proteção dos direitos dos outros membros da sociedade, incluindo as vítimas. Nessa dinâmica se estabelece um conflito entre diversas liberdades e interesses, que às vezes exige o sacrifício de um bem para a salvaguarda de outro.

Nessa ótica, a Constituição apresenta uma dupla face. De um lado, protege o indivíduo face ao poder estatal, trazendo

os limites ao exercício do poder em ordem a eliminar o arbítrio e a defender a segurança e a justiça nas relações cidadão/Estado (herança, desenvolvida e aprofundada, da época liberal – da própria origem do constitucionalismo), em especial em relação ao poder penal. Mas, por outro lado, preocupada com a defesa activa do indivíduo e da sociedade em geral, e tendo em conta que os direitos individuais e os bens sociais, para serem efetivamente tutelados, podem não se bastar com a mera omissão estadual, não devendo ser apenas protegidos face a ataques estaduais, mas também face a ataques de terceiros, ela pressupõe (e impõe) uma actuação estadual no sentido protector dos valores fundamentais (os valores que ela própria, por essência, consagra). Digamos que se deixa de encarar o Estado sempre na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, para se passar a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento.⁴⁴⁵

⁴⁴⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Estudos e Monografias. Editora Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995, p. 273.

Aqui se insere a Constituição dirigente de um Estado Democrático de Direito como um documento que estabelece programas e fins à sociedade e ao Estado, de forma que a segurança e a liberdade individual somente podem ser atingidas de forma ampla quando garantidos também outros valores decorrentes do próprio modelo de Estado e da norma hipotética fundamental, que é a dignidade da pessoa humana. Nessa ordem de ideias, a Constituição é normativa, impõe fins e estabelece mandados constitucionais de atuação.

Essa dignidade humana vem a ser progressivamente ameaçada, passando a exigir, por meio da Constituição, deveres mais amplos de proteção estatal, seja em relação às forças sociais ou nas relações entre os próprios indivíduos. Não se desconhece que já existia, em outras formas de Estado, a necessidade de proteção de bens jurídicos. Mas houve inovação no sentido de que a Constituição não representa apenas uma garantia do indivíduo em face do Estado, mas também do cidadão perante agressões dos particulares.⁴⁴⁶

Com base na força normativa da Constituição encontramos sólida fundamentação para a existência de mandados impositivos de criminalização, já que em algumas esferas a Constituição impõe que a utilização do Direito Penal é necessária para a proteção de certos valores e bens constitucionais. Dessa forma, não parece se coadunar com uma Constituição dirigente a mera passividade da Lei Maior frente à violação de outros direitos fundamentais, tão ou mais relevantes que a liberdade do agressor. A Constituição tem força ativa para concretizar os seus fins, não estando os seus valores dispostos como mero conteúdo programático, sob o risco de a Lei Maior se tornar letra morta.

Os fundamentos e os fins constitucionais, dispostos nos artigos 1º e 3º, podem ser atingidos, muitas vezes, através da organização e da prestação dos serviços públicos, e da concretização de políticas públicas para a melhoria de vida da população. Mas em outras situações a prestação material pelo Estado, por si só, não é suficiente, porque os bens podem ser violados em razão de o ataque ser

⁴⁴⁶ PULITANÒ *apud* CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Estudos e Monografias. Editora Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995, p. 285.

oriundo de particulares. Nessa toada, pode acontecer de o Direito Penal ser o único instrumento de controle social suficiente para a prevenção e a repressão dessas agressões, de forma a exigir uma conduta ativa do Estado para a proteção dos bens mais caros à sociedade. Assim, o constituinte, a partir de uma escolha de política criminal, teria se utilizado dos mandados de criminalização para impedir a falta de proteção jurídica a certos interesses.

O melhor conceito que encontramos sobre essas imposições de penalização é o de Antônio Carlos da Ponte:

os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.⁴⁴⁷

Eduardo Luiz Michelan Campana sintetiza que esses mandados são “normas constitucionais com ordens de tipificação de condutas, de tratamento mais severo a fatos já incriminados ou proibição de retirada de proteção penal já existente em face de determinado bem jurídico, destinados ao legislador ordinário”.⁴⁴⁸

Esses casos em que a Constituição estabelece, ao legislador, através dos mandados de criminalização, uma zona obrigatória de intervenção criminal, retratam o que Luciano Feldens metaforicamente denomina de “sinal verde”.⁴⁴⁹

Antes do aprofundamento da teoria, vale salientar que parte da doutrina não aceita a existência de qualquer ordem de criminalização na nossa Carta Maior, sob o argumento de que o Direito dispõe de meios protetivos preliminares ao Direito Penal.

É o caso de Janaína Paschoal, para quem, “a busca de um direito penal mínimo não pode convir com uma Constituição que traz, em seu bojo, necessidades

⁴⁴⁷ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 174.

⁴⁴⁸ CAMPANA, Eduardo Luiz Michelan. *A fundamentação constitucional da tutela penal da ordem econômica*, 2011. Dissertação Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 142.

⁴⁴⁹ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 42.

automáticas de criminalização”⁴⁵⁰. A autora afirma que “não existiria um dever de criminalização, mas uma possibilidade conferida pela Constituição, que sempre deverá ser analisada conjuntamente com o contexto social, bem como com a efetiva necessidade e utilidade da tutela”.⁴⁵¹ E, com a intenção de atribuir maior sustentação à sua tese, Janaína cita Domenico Pulitano: “reputa insolúvel o conflito verificado entre os direitos fundamentais como instrumento de garantia contra o Estado e os direitos fundamentais como fundamento e, conseqüentemente, propulsor do direito punitivo desse mesmo Estado.”⁴⁵²

No mesmo sentido, Rui Carlo Dissenha entende que o reconhecimento de imposições de criminalização na Lei Maior possibilita a “criação de um Direito Penal de cunho exageradamente repressivo e meramente simbólico”.⁴⁵³

Nesse âmbito questiona-se se essa visão extremamente garantista seria ou não absoluta. Isto é, se haveria casos em que a dignidade penal já desvelaria uma presunção de necessidade da intervenção penal (imposição de criminalizar), de forma que dignidade e carência de tutela penal obrigatoriamente coincidissem.

Essa simultaneidade é admitida quando se vislumbra a Constituição Federal como fundamento do direito penal, compreendendo-se que, quando o texto constitucional enuncia uma solução penal para a tutela de interesses, ele vincula o legislador, obrigando-o a criminalizar. Dessa forma, existiria um conteúdo mínimo irrenunciável de coerção estatal.

A despeito do forte argumento de que o direito penal tem a intervenção mínima como um princípio limitador, esse preceito não é propriamente um vetor limitador da própria Constituição, norma suprema do ordenamento jurídico. Não é ela que deve ser interpretada de acordo com o mandamento, porque ele, na verdade, é uma derivação implícita do texto constitucional.

⁴⁵⁰ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 77.

⁴⁵¹ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 92.

⁴⁵² PULITANO *apud* PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 78.

⁴⁵³ DISSENHA, Rui Carlo. Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do Direito Penal nacional. In: *Raízes jurídicas*. Curitiba, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008, p. 344.

Ainda que por esse princípio o Estado deva interferir o mínimo possível na esfera de direitos do indivíduo e o Direito penal seja utilizado apenas quando necessário, de maneira subsidiária e fragmentária, ou seja, como *ultima ratio legis*, em nossa visão isso não significa que a Constituição Federal esteja inviabilizada de impor obrigações de legislar penalmente determinadas matérias, ampliando a intervenção penal, porquanto tanto as cláusulas de criminalização como o princípio da intervenção mínima gozariam do mesmo *status* constitucional.

Direitos fundamentais têm um reconhecido viés de garantia. Essa característica, porém, não afasta a possibilidade de que venham a servir, ao mesmo tempo, como fundamento para a definição de crimes, afinal nenhum interesse fundamental eleito pela Constituição, ao qual o texto impõe o dever de proteção, pode ser alijado do cuidado estatal. Em se tratando de mandados de criminalização, a Lei Maior consagra diretamente a prioridade à tutela penal dos interesses destacados, exigindo do Estado uma necessária e contundente atuação em prol deles.

É evidente que nem todo bem jurídico digno de proteção penal exigirá, *prima facie*, uma intervenção estatal por meio do seu braço mais forte, até porque não se pretende aqui esvaziar por completo o princípio da intervenção mínima, reconhecidamente de *status* constitucional, e nem se tolher a liberdade legislativa. Mas defende-se que é possível que alguns casos de maior destaque na ordem constitucional tenham sido eleitos como interesses de obrigatória intervenção penal, a partir de cláusulas impositivas.

Com propriedade, Maria da Conceição Ferreira da Cunha explica que, a princípio, a área de criminalização legítima e a zona de criminalização imposta são distintas. Esclarece que a última pode existir dentro do núcleo da primeira. Para melhor vislumbrar esse raciocínio, sugere que sejam imaginados dois círculos concêntricos. O mais amplo é o da área de criminalização legítima (dignidade penal), que possui em seu interior um hipotético círculo menor estabelecendo as imposições de intervenção penal. Dessa forma, explica que quanto mais nos afastarmos do centro, mais longe estaremos das obrigações de criminalizar, e conclui que o espaço

que permeia o círculo interior e o exterior representa o espaço de liberdade legislativa.⁴⁵⁴

Como assegura a autora, o círculo de criminalização imposta é menor do que o de criminalização permitida. Se ambos os círculos coincidissem haveria um total aniquilamento do princípio da intervenção mínima, passando, o Direito Penal, de instrumento de *ultima ratio* para ferramenta de primeira opção. O Direito Penal restaria hipertrofiado e relegado a uma função meramente simbólica, sem qualquer efetividade. Da mesma forma, se esvaziaria a capacidade do legislador infraconstitucional selecionar, na sociedade, os bens e interesses de maior relevância, havendo esvaziamento da função típica do Poder Legislativo.

A partir de agora, tendo como ponto de partida a compreensão de que a Constituição fundamenta o Direito Penal e estabelece algumas cláusulas impositivas de criminalização, serão analisados quais comandos seriam estes na Constituição Brasileira, não se descuidando que cada Constituição espelha as peculiaridades de sua comunidade.

6.2.1 Mandados expressos de Criminalização

Decorrida a análise, nos moldes da Constituição Federal, de qual seria o âmbito de legitimação para a criminalização (dignidade penal), e tendo havido, neste trabalho, o posicionamento no sentido de que existem ordens de criminalização na Constituição, importa agora identificar qual é o núcleo do Direito Penal que goza da presunção de necessidade de intervenção penal.

São mandados expressos de criminalização os preceitos constitucionais que emitem uma ordem literal e explícita para o estabelecimento de crimes com a finalidade de punir condutas que violem determinados bens jurídicos protegidos na

⁴⁵⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Estudos e Monografias. Editora Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995, p. 299.

Constituição. Em alguns casos essas determinações definem, também, a amplitude e a intensidade do tratamento penal a ser manejado.

Diverge a doutrina quanto à interpretação que se deve dar para identificar os mandados expressos. Para alguns, cabe uma interpretação ampla e, na visão de outros, a exegese decorreria de uma análise mais restrita.

A concepção que defende a interpretação mais abrangente enxerga o dever de intervenção penal em todos os dispositivos em que a Constituição, para tutelar um interesse, estabeleça que a sua infringência esta sujeita a consequências contidas nas locuções “às penas da lei” ou “nos termos da lei”. Para exemplificar, observe-se o art. 9º, §9º da Carta Maior:

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

(...)

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

O dever de criminalização, nessas hipóteses, se afigura incompatível com um sistema penal limitado pelo princípio da intervenção mínima. Obrigar a intervenção penal em todas as situações em que o texto constitucional genericamente exija uma punição é ignorar a existência de que o direito é integrado por diferentes ramos, não apenas pelo campo penal, e que outras vertentes podem ser suficientes e até mesmo mais eficientes para o atingimento da pacificação social. Contrariar essa lógica significa adotar uma intervenção máxima do direito penal e utilizá-lo como *prima ratio*.

Na concepção restrita não se admite a existência de um dever de criminalização nem mesmo quando o dispositivo constitucional estabelece uma responsabilização civil ou administrativa, sem prejuízo da responsabilidade penal. Nesta esteira, veja-se o artigo 37, §4º da Constituição Federal, que trata dos princípios da Administração Pública:

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

No dispositivo supramencionado é possível extrair duas intenções do constituinte: a primeira é a de que a responsabilidade penal, quando existente, é autônoma da administrativa e cível; a segunda é no sentido de que a responsabilização penal existirá apenas quando necessária, já que, em razão do princípio da intervenção mínima e da subsidiariedade do direito penal, é possível que certas condutas ímprobos possam ser reprimidas suficientemente pelos outros ramos do direito mencionados.

Quanto aos dispositivos constitucionais que trazem mandados expressos de criminalização, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves,⁴⁵⁵ Luciano Feldens⁴⁵⁶, Antonio Carlos da Ponte, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Branco⁴⁵⁷ indicam o seguinte rol:

Art. 5º. (...)

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; (...)

Art. 7º. (...)

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; (...)

Art. 225. (...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art. 227. (...)

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

⁴⁵⁵ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 158.

⁴⁵⁶ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 42/45.

⁴⁵⁷ Observe que neste rol apresentado, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Branco apenas não fazem menção ao art. 225, § 3º da Constituição Federal (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 491/492).

Cumpra sublinhar que Antônio Carlos da Ponte apresenta praticamente o mesmo rol. Entretanto, quanto ao dever de criminalizar qualquer forma de discriminação, assinala um fundamento constitucional diferente de Gonçalves e Feldens, apontando o art. 3, IV, da Constituição Federal: “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Também destaca como mandado expresso o art. 5º, §3º, da Lei Maior: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Estes últimos mandados expressos, incorporados a partir da EC 45/2004, serão analisados no tópico 6.3.2 deste trabalho.⁴⁵⁸

Note-se que com exceção dos artigos 5º, XLI, e 227, todos os demais dispositivos do rol supramencionado utilizam as expressões “crime” ou “sanção penal”. Tais termos indicam que nas normas em que estejam contidos, existe uma intenção expressa de obrigatoriamente estabelecer, através do legislador ordinário, um tratamento de natureza penal. Há dúvidas em relação aos casos diversos, contidos nas exceções, indagando-se se neles há a intenção do constituinte de obrigar ou não a criminalização.

Para Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, quanto a essas exceções, apesar de a Constituição ter utilizado expressões plurívocas (“a lei punirá”, no art. 5º, XLI, e “a lei punirá severamente”, no art. 227), é possível deduzir que a opção constitucional foi a de ter definido essas locuções como mandados expressos de criminalização⁴⁵⁹.

Essa compreensão foi adotada de forma explícita no voto do Ministro Celso de Mello, o relator da ADO 26/DF, ação direta em que se busca a criminalização da homofobia como uma decorrência do art. 5º, XLI, da Lei Maior⁴⁶⁰. No voto proferido o Ministro explicou que, em sua concepção, a discriminação dirigida contra os

⁴⁵⁸ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 175/176.

⁴⁵⁹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 157.

⁴⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (voto do Min. Relator Celso de Mello). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF*, p. 59/60.

integrantes da comunidade LGBT é uma forma de racismo contemporâneo, que faz a homofobia se enquadrar também na cláusula constitucional prevista no art. 5º, XLII e na Lei de racismo (Lei nº 7.716/89).⁴⁶¹

A cláusula inscrita no art. 5º, inciso XLI, da Constituição da República, consagra o repúdio estatal a todas as modalidades de preconceito e de intolerância, já que vivemos em uma sociedade pluralista condizente com um Estado Democrático de Direito. Mas a partir de uma interpretação histórica e teleológica pode restar alguma dúvida se a Constituição Federal teria imposto ou não, expressamente, a obrigação de punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais no âmbito estreito do Direito Penal.

Durante os trabalhos da Constituinte, inicialmente, constava do dispositivo que a lei puniria como “crime qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Ocorre que o texto definitivo excluiu a palavra “crime” do preceito, o que pode ter significado, ainda que não tenha constado a explicitação do motivo da extração, que a intenção final foi a de que a intervenção penal não era obrigatória, mas sim facultativa, para que fosse utilizada caso viesse a se mostrar necessária.⁴⁶²

Do mesmo modo, chegou a constar, em algumas emendas, a determinação da punição de qualquer forma de discriminação com a mesma gravidade que o racismo, com a imposição da inafiançabilidade, até que no texto final, a Constituinte optou por separar os dispositivos, decidindo dar ao racismo, em razão da nefasta escravidão em que viveu o Brasil, tratamento diferenciado.⁴⁶³ Esse desmembramento dos dispositivos, em tese, demonstra que as outras formas de discriminação não estão contidas na expressão racismo.

⁴⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (voto do Min. Relator Celso de Mello). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF*, p. 90.

⁴⁶² BRASIL. Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1998* [recurso eletrônico]. – Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9, Edições Câmara, Brasília, 2013, p. 203/206.

⁴⁶³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1998* [recurso eletrônico]. Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9, Edições Câmara, Brasília, 2013, p. 203/206.

Isso não significaria que a discriminação por orientação sexual teria menos valor que as demais formas de discriminação, até porque a Constituição Federal protege todos os homens contra qualquer espécie de preconceito. No entanto, nessa interpretação histórica poderia restar dúvida se existiria ou não uma cláusula “expressa”, obrigando a intervenção penal para a criminalização da homofobia. Da mesma forma, nessa digressão histórica, não parece, que naquele momento, a homofobia estaria contida no contexto do racismo.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal está enxergado a questão a partir de um prisma moderno. O Ministro Celso de Melo, relator da ADO 26/DF, alegou estar fazendo uma interpretação conforme a Constituição, de modo que a homofobia poderia ser enquadrada como uma forma contemporânea de racismo, estando protegida em um processo de ampliação e consolidação dos direitos fundamentais das pessoas. Com base na premissa de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade de direitos, ressaltou que a orientação sexual não poderia constituir motivo de discriminação ou abuso, sendo essencial à dignidade e à humanidade de cada pessoa. Dessa forma, as diferenças não justificariam, no mundo, qualquer classificação hierárquica nem entre as nações nem entre as pessoas.⁴⁶⁴

Ao final de seu voto, o Ministro resolve:

dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa

⁴⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (voto do Min. Relator Celso de Mello). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF*.

a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão.^{465 466 467}

Em relação ao rol dos mandados expressos de criminalização existentes na Constituição Federal de 1988, os autores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Branco afirmam que “a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo ‘catálogo’ de mandados de criminalização expressos de que se tem notícia”.⁴⁶⁸

De fato, na Constituição Alemã, por exemplo, haveria apenas uma cláusula explícita obrigando a criminalização dos atos suscetíveis de perturbar a convivência pacífica entre os povos, assim como, em especial, os que tenham por objetivo a preparação de uma guerra de agressão (art. 26, I).⁴⁶⁹ Na Constituição da Itália, manda-se punir “toda violência física e moral contra as pessoas que sejam de qualquer modo submetidas a restrições de liberdade” (art. 13).⁴⁷⁰ Na Constituição da França “os membros do governo são penalmente responsáveis por atos praticados

⁴⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (voto do Min. Relator Celso de Mello). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF*.

⁴⁶⁶ É importante destacar, apesar de não ter sido o foco do presente trabalho, que a maioria dos defensores dos mandados de criminalização, apesar de defenderem a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle acerca do cumprimento das imposições constitucionais de penalização e a constatação da deficiência da proteção de um bem jurídico no âmbito penal através de Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão ou mandado de injunção, apregoam que o efeito prática seria apenas a constituição de mora legislativa do Congresso Nacional, a exemplo de Luciano Feldens, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves e Antonio Carlos da Ponte. Em sentido contrário: Francesco C. Palazzo. Neste caso da homofobia, o Supremo está indo além, e através de um ativismo judicial, suprindo a omissão legislativa até que uma lei sobre o assunto venha a ser editada.

⁴⁶⁷ Do posicionamento desse julgado, ainda restaria outra divergência. De um lado, na linha do Supremo, que a existência de um mandado expresso de criminalização na Lei Maior poderia autorizar o enquadramento da homofobia e da transfobia como espécie do gênero racismo, havendo subsunção nos tipos penais já existentes da Lei nº 7.716/89, enquanto não editada legislação pelo Congresso Nacional. De outro, no sentido de que, mesmo existindo mandado de criminalização, no máximo se poderia declarar a mora legislativa, já que a criminalização da homofobia pelo Supremo violaria o princípio da reserva legal e da Separação de Poderes. Isso porque apenas o legislador ordinário, por meio de sua discricionariedade política, quem possuiria legitimidade para alterar a Lei 7.716/89, tipificando outras formas de discriminação, a exemplo do que ocorreu em 1997, quando através de uma reforma legislativa, se acrescentou, à punição de preconceito de raça e cor, o combate à intolerância por etnia, religião e procedência nacional.

⁴⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 491/492.

⁴⁶⁹ Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, versão em língua portuguesa.

⁴⁷⁰ Constituição da República Italiana, versão em língua portuguesa.

no exercício das suas funções e qualificados de crimes ou infrações no momento em que eles foram cometidos” (art. 68-1º).⁴⁷¹

Já na Espanha, existem três casos de obrigações expressas de criminalização: em relação à tutela do meio ambiente (art. 45, 3)⁴⁷²; à proteção do patrimônio histórico, cultural e artístico dos povos da Espanha e dos bens que os integram (art. 46)⁴⁷³; e no capítulo V, há penalização para os abusos dos órgãos públicos em relação à suspensão dos direitos e liberdades (art. 55, 2).⁴⁷⁴

Destaque-se que no caso dos mandados expressos de criminalização o legislador constituinte, que também é legislador, determina antecipadamente, na Lei Maior, os bens jurídicos que necessitam da intervenção penal. O constituinte já faz um juízo de adequação e necessidade da intervenção penal, relegando ao legislador penal ordinário somente a análise da proporcionalidade. Já fica estabelecida, previamente, a *ratio* necessária da tutela penal.⁴⁷⁵

Acerca desse princípio da proporcionalidade, que já foi mais bem explorado no tópico 3.6 deste trabalho, cumpre mencionar as palavras de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Branco:

as determinações constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade, como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do

⁴⁷¹ Constituição Francesa, versão em língua portuguesa.

⁴⁷² Art. 45, 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado (Constituição Espanhola).

⁴⁷³ Art. 46. Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio (Constituição Espanhola).

⁴⁷⁴ Art. 55, 2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes (Constituição Espanhola).

⁴⁷⁵ SANTOS, Cleopas Isaías. Mandados expressos de criminalização e função positiva do bem jurídico penal: encilhando o Leviatã. In FRANÇA, Leandro Ayres (org). *Inimigo*. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011, p. 307.

direito penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.⁴⁷⁶

Marinucci e Dolcini asseveram que o constituinte, ao estabelecer as obrigações expressas de criminalizar, procedeu, em seara constitucional, à análise político-crimeal referente aos critérios merecimento e necessidade da pena, os mesmos que inspiram o legislador ordinário para as suas escolhas incriminadoras.⁴⁷⁷

Ao estabelecer mandados expressos de criminalização, a Constituição estabelece uma política criminal obrigatória, que por sua vez é uma inequívoca expressão da vontade popular. Tem-se uma presunção absoluta de que, ao ordenar certa criminalização, com a finalidade de evitar uma proteção legal deficiente, o constituinte aferiu pressupostos como dignidade penal, danosidade social (para aqueles que também trazem este requisito), e necessidade (carência) da proteção penal.

Nesses exemplos estrangeiros, percebe-se que os motivos para o estabelecimento dos mandados expressos de criminalização foi um compromisso com o futuro, após a identificação de um passado sombrio que se quis evitar, como nos casos da Constituição Alemã e da Segunda Guerra Mundial, ou no reconhecimento da essencialidade do bem para a sobrevivência das próximas gerações, verificado na Constituição da Espanha (e também do Brasil) que determina a proteção do meio ambiente. No Brasil, os mandados de criminalização que visam impedir a tortura e o terrorismo estão evidentemente relacionados com os acontecimentos vivenciados no país durante a vigência do regime militar. O combate ao racismo, relacionado ao triste passado de escravidão dos africanos. A repressão ao tráfico de drogas, porquanto relacionada com o bem jurídico saúde, objeto da presente pesquisa, será mais cuidadosamente analisada no tópico 6.3.3.

No que diz respeito à obrigação, imposta ao legislador, de criminalizar a retenção dolosa do salário, conforme destacado por Eduardo Luiz Michelin

⁴⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 492/493.

⁴⁷⁷ DOLCINI, Emílio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, n. 4, 1994, p. 172/173.

Campana, a motivação está claramente relacionada com o valor social do trabalho nos moldes do art. 1º, IV, da Constituição, para além da garantia a um direito social.⁴⁷⁸ De fato houve o reconhecimento da importância do salário como imprescindível para a dignidade do homem, por representar o direito que viabiliza condições materiais para a fruição dos outros direitos sociais (alimentação, moradia, saúde, educação, transporte, lazer e etc.).

Luciano Feldens, se valendo das cláusulas constitucionais existentes no caso brasileiro, destaca as variadas razões que levam o constituinte a estabelecer os mandados expressos de criminalização:

(a) parcela delas, como reflexo de uma concepção de cidadania que se forma à raiz de um novo modelo de Estado (Social e Democrático de Direito); selam, nesse tom, “pontos de não-retorno” (normas que impõem a criminalização do racismo, da tortura e da ação de grupos armados contra o Estado Democrático);

(b) outras retratam uma genuína opção política no sentido de que sejam criminalizadas determinadas condutas cujo desvalor é, de imediato, reconhecido pelo Constituinte (a imposição da criminalização do tráfico ilícito de entorpecentes e dos atentados ao meio ambiente), exteriorizando-se como produto do que se poderia designar política constitucional criminal.⁴⁷⁹

Se de um lado a Constituição, por uma influência liberal, privilegiou a liberdade do cidadão estabelecendo direitos individuais em face dos abusos estatais, de outro, imbuída de um inequívoco “dever de proteção”, selecionou condutas que obrigatoriamente deveriam criminalizadas pelo legislador ordinário.

Com vistas à proteção de alguns bens jurídicos, a Lei maior obrigou a necessária criminalização por parte do legislador ordinário, concedendo a ele a discricionariedade para definir a amplitude e a intensidade da resposta penal. Em outros casos, reputados de maior gravidade pelo constituinte, porém, além de ordenar a criminalização, a Constituição definiu um especial rigor na obrigatória tipificação. Independentemente da política criminal que motivou cada mandado

⁴⁷⁸ CAMPANA, Eduardo Luiz Michelin. *A fundamentação constitucional da tutela penal da ordem econômica*, 2011. Dissertação Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 151.

⁴⁷⁹ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.45.

expresso, o fato é que em todos esses casos a Constituição foi explícita na intenção de impedir a impunidade.

Luciano Feldens ironiza eventual não aceitação da teoria dos mandados expressos de criminalização, ressaltando que se isso ocorresse, onde a Constituição diz “a lei considerará crime” (art. 5º, inc. XLIII), deveria se compreender que “a lei poderá considerar crime”, e que no ponto em que consta que “a lei punirá severamente” (art. 227, §4º), estaria enunciado que “a lei poderá punir severamente”.⁴⁸⁰ De fato, a visão criticada por Feldens enfraquece os referidos comandos, impositivos e claros.

6.2.2 Mandados implícitos de Criminalização

A ideia de que a Constituição, como fundamento do Direito Penal, obriga a penalização de determinadas condutas, conforme foi detalhadamente explanado no tópico anterior, não é tranquila na doutrina. Na perspectiva deste trabalho, a não aceitação, ao menos dos mandados expressos de criminalização, é interpretação que contraria a clareza do Texto Constitucional de 1988 e ignora o fato de que ele evidentemente inaugurou um microssistema criminalizador, na medida em que elegeu cláusulas com o fim de direcionar o legislador penal ordinário no dever de criar tipos penais.

Neste capítulo não se discorrerá sobre as teses que repudiam qualquer mandato de criminalização, porque isso já foi feito no capítulo anterior. Pretende-se averiguar se a ordem jurídica constitucional também teria determinado a obrigatoriedade de tutela de outros valores não estabelecidos em cláusulas expressas, mas sim em mandados implícitos.

Ao contrário dos mandados de criminalização explícitos, os implícitos, como o próprio nome faz intuir, não encontram previsão direta e textual na Constituição,

⁴⁸⁰ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.49.

sendo apontados, como se verá, como decorrentes dos princípios e garantias constitucionais.

Como há dissenso na doutrina sobre esse delicado tema, a explanação será iniciada pela análise dos argumentos contrários aos mandados implícitos, partindo-se do pressuposto de que apenas no caso dos mandados explícitos existiria presunção constitucional de que o bem ostenta dignidade e carência de tutela penal. Na sequência examinaremos a antítese, ou seja, as justificativas favoráveis às cláusulas tácitas, para, ao final, procedermos à averiguação do tratamento da saúde como bem jurídico, a fim de se avaliar se ela está ou não protegida por esses mandados.

Os principais argumentos contra a aceitação dos mandados implícitos são os seguintes: a existência de um silêncio eloquente, que significaria a não intenção de atrair, de antemão, a intervenção penal para os casos não explicitados, preservando-se o princípio da intervenção mínima e a garantia da liberdade; o sentido da Constituição como um papel garantidor e limitador do poder punitivo restaria subvertido com a existência de uma ampla gama de ordens de criminalização; haveria incerteza quanto aos valores que estariam protegidos por essas cláusulas; a mutabilidade da essencialidade desses bens pela sociedade; e o risco de engessamento da liberdade do legislador ordinário democraticamente eleito.

No sentido de negação de imposições tácitas de criminalização é o magistério de Jorge de Figueiredo Dias, que apesar de aceitar a relevância dos bens jurídico-penais espelhados no texto constitucional, expressa ou implicitamente, em razão da subsidiariedade penal, em alguns casos, condiciona essa relevância a um juízo de ponderação de forma a filtrar o que necessita de intervenção penal. Nessa lógica, o autor concorda com a existência dos mandados expressos de criminalização, mas refuta os tácitos:

não existem imposições jurídico-constitucionais implícitas de criminalização. Naturalmente, onde o legislador constitucional aponte expressamente a necessidade de intervenção para tutela de bens jurídicos determinados, tem o legislador ordinário de seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respectivos, sob pena de inconstitucionalidade por omissão (...). Onde, porém, inexistam tais injunções constitucionais expressas, da existência de um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido como integrante de um

direito ou de um dever fundamental não é legítimo deduzir sem mais a exigência de criminalização dos comportamentos que o violam. Precisamente porque não pode ser ultrapassado o inevitável entreposto constituído pelo critério da necessidade ou da carência de pena.⁴⁸¹

Para o português, nos casos não expressos, incumbe ao legislador ordinário verificar, no caso de eventuais orientações que se possam extrair do texto constitucional, a necessidade de que sejam encampadas em uma intervenção de viés penal. Mas com fundamento no princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o missivista assevera que o legislador não poderia punir um homicídio doloso com uma simples sanção civil, ou subverter totalmente a ordem axiológica constitucional, com uma descriminalização maciça das condutas lesivas aos valores pessoais e o endurecimento de crimes patrimoniais.⁴⁸²

No mesmo sentido, Emilio Dolcini e Giorgio Marimucci defendem que a elevada qualidade dos direitos fundamentais na ordem constitucional, apesar de representar indícios de que esses bens jurídicos mereçam proteção penal, não significa que eles necessariamente exijam intervenção do Direito Penal.⁴⁸³

Alessandro Baratta também reputa haver vício nas teses que admitem a existência de normas tácitas de criminalização com base em valores e interesses constitucionais. Entende que a própria natureza do interesse, por si só, não impõe obrigação penal alguma.⁴⁸⁴

Já o principal argumento para a existência da teoria dos mandados implícitos é o de que as Constituições materiais e compromissárias de um Estado Democrático de Direito possuem força normativa suficiente para determinar a proteção de novos bens jurídicos, que não podem receber uma proteção insuficiente. A Constituição dirigente, ao estabelecer essas incriminações predeterminadas, implícitas ou tácitas,

⁴⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 80.

⁴⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 80.

⁴⁸³ Emilio Dolcini e Giorgio Marimucci *apud* CAMPANA, Eduardo Luiz Michelin. *A fundamentação constitucional da tutela penal da ordem econômica*, 2011. Dissertação Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 151.

⁴⁸⁴ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Trad. Ana Lúcia Sabadell. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 2, n. 5, jan-mar, 1994, p. 17.

o faz com o objetivo de atingir mudanças profundas na política criminal e excluir, do legislador ordinário, a discricionariedade acerca da incriminação da conduta, permitindo que ele somente tome iniciativas quanto à amplitude da proteção, e ainda assim com atenção ao princípio da proporcionalidade.

Embora seja difícil assegurar uma delimitação definitiva e precisa, haveria um núcleo de bens jurídicos mais essenciais e mais estáveis que necessitam de proteção por meio do direito penal. Argumenta-se também que o fato de a Constituição possuir um viés garantista não significa que ela deva ficar alheia e inerte em relação a outros bens que exigem uma atuação ativa do Estado. Também se alega que existem bens jurídicos axiologicamente mais importantes que aqueles protegidos por cláusulas expressas, e que por uma questão de lógica, não poderiam receber uma proteção inferior.

Nilo Batista, ao se referir a essas situações em que o texto constitucional elegeria bens que, por serem essenciais à vida, à saúde e ao bem-estar do povo, deveriam ser necessariamente tratados pelo legislador penal, fala em “imposição constitucional de tutela penal”.⁴⁸⁵

Antônio Carlos da Ponte considera que a teoria dos mandados implícitos de criminalização visa proteger o bem jurídico não expressamente previsto, mas que se destaca como preponderante na ordem constitucional, e que por isso não pode carecer de proteção normativa, seja pela falta de criminalização ou por tratamento penal deficitário e ineficaz.⁴⁸⁶ Francesco Palazzo também defende que o conjunto normativo da Constituição, composto por texto e princípios informadores, revela a existência de cláusulas implícitas de criminalização.⁴⁸⁷

Luciano Feldens exprime que os mandados implícitos de criminalização possuem natureza obrigacional, apregoando que a Constituição, ao estabelecê-los, esvazia a esfera de liberdade de atuação do legislador, e exige que ele atenda o

⁴⁸⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1999, p. 90.

⁴⁸⁶ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 189.

⁴⁸⁷ PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal: um estudo comparado*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 105.

mandamento constitucional de tipificar, no âmbito penal, os bens ou interesses sublinhados pela Lei Maior. Nessa lógica, se a decisão quanto à necessidade da criminalização já foi previamente tomada pelo constituinte, restaria ao legislador ordinário apenas cumprir essa determinação. De acordo com esse contexto, os mandados implícitos de penalização ensejariam, automaticamente, dois efeitos: criar a tipificação, acaso ainda não existente, e impedir a supressão da proteção jurídico-criminal constitucionalmente exigida.⁴⁸⁸

Apona-se que o reconhecimento embrionário da teoria dos mandados implícitos se deu no âmbito jurisprudencial, por meio de uma decisão paradigmática do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1975. Na oportunidade foi declarada a inconstitucionalidade de uma dirimente especial, estabelecida em uma reforma do Código Penal, que permitia o aborto quando fosse realizado nos três primeiros meses de gestação:

(...).Em caso extremo, se, a saber, a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra maneira, o legislador é obrigado a valer-se dos instrumentos do direito penal para garantir a vida em desenvolvimento. A norma penal representa, de certa forma, a “*ultima ratio*” do instrumentário do legislador. Pelo princípio da proporcionalidade, característico do Estado de direito, que rege o direito público em geral, inclusive o direito constitucional, o legislador só pode fazer uso desse meio de forma cautelosa e reservada. Entretanto, também essa última medida deve ser utilizada se não for conseguida de outra feita uma efetiva proteção à vida. Isso é o que exige o valor e o significado do bem a ser protegido. Não se trata, destarte, de um dever “absoluto” de penalizar, porém da obrigação “relativa” de utilizar a tipificação penal, surgida do reconhecimento da insuficiência de todos os demais meios.

De outro lado, não convence a objeção de que não se possa deduzir de uma norma de direito fundamental garantidora de liberdade a obrigatoriedade do Estado de sancionar criminalmente. Se o Estado é obrigado, por meio de uma norma fundamental que encerra uma decisão axiológica, a proteger eficientemente um bem jurídico especialmente importante também contra ataques de terceiros, frequentemente serão inevitáveis medidas com as quais as áreas de liberdade de outros detentores de direitos fundamentais serão atingidas (grifo nosso).⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 47/48.

⁴⁸⁹ In SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org. Leonardo Martins. Trad. Beatriz Hennig; et. Al., 2005, p. 271.

Conforme se constata nesse caso paradigma, o Tribunal entendeu que a vida é um direito fundamental de elevada dignidade penal e com magnitude suficiente para exigir a proteção por meio do Direito Penal. A doutrina aponta que essa construção jurisprudencial representou a adoção da teoria dos mandados implícitos para, a partir da presunção de que a vida carece de tutela penal, proibir-se a retirada da proteção penal já existente. Como as imposições constitucionais são destinadas ao legislador ordinário, este se vê impedido de abrandar o tipo penal já existente.

Quanto à identificação dos valores que poderiam ser compreendidos como objeto de necessária criminalização por meio das cláusulas tácitas, verificou-se que ainda não há um consenso. Não é tarefa simples, tanto que Dulce Maria Santana Vega, favorável à existência das ordens implícitas de criminalização, confessa que elas não são cristalinas a ponto de refletir com clareza o conteúdo material da norma penal.⁴⁹⁰

Maria da Conceição Ferreira da Cunha na linha da doutrina italiana diz que a concepção de bem jurídico fundamentada constitucionalmente permite que a ordenação dos bens jurídicos penais seja harmônica com a ordem axiológica constitucional.⁴⁹¹

Luciano Feldens elenca como pertencentes ao conteúdo dos mandados implícitos de criminalização:

graves atentados à vida (homicídio doloso), à integridade física e moral, à liberdade e à dignidade (sequestro, violação sexual, submissão de terceiro à escravidão ou condição análoga), direitos e valores de indiscutível proeminência na Constituição são exemplos de condutas que exigem um tratamento jurídico-penal por força das próprias normas de direitos fundamentais (art. 5º, caput, inciso III, e 227 da CF). Muito embora essa conclusão não encontre respaldo explícito na Constituição, é racionalmente dedutível, em face da magnitude do valor em questão, aliada à intensidade da agressão contra ele projetada, que a decisão sobre a criminalização dessas condutas não pode ficar à livre disposição do legislador.⁴⁹²

⁴⁹⁰ SANTANA VEGA, Dulce Maria *apud* FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. 2006. Dissertação Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, RS, 2006.

⁴⁹¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Estudos e Monografias. Editora Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995, p. 328/344.

⁴⁹² FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 47.

Feldens constrói um raciocínio sob a premissa de que não haveria sentido a Constituição obrigar expressamente a criminalização de condutas atentatórias ao meio ambiente para a preservação das gerações futuras, descuidando das vidas das presentes gerações. Sob esse prisma, argumenta que em uma interpretação sistêmica a vida se revela um bem jurídico primário abarcado por um programa constitucional básico de defesa da vida, da liberdade e da dignidade humana⁴⁹³.

Antônio Carlos da Ponte pontua que é a análise contextual da Carta Magna que irá permitir o reconhecimento das cláusulas de incriminação, sendo necessária a eleição de critérios seguros e precisos, de forma que esse juízo não seja infirmado por meio de um campo meramente subjetivo, extraído unicamente do desejo do intérprete, sob pena de, a pretexto de preservar a ordem constitucional, acabar violando-a.⁴⁹⁴

Como critérios para a eleição dos mandados de criminalização, Antônio Carlos da Ponte apregoa que o legislador brasileiro observe os artigos 1º e 3º da Lei Maior, porquanto o art. 1º elenca os fundamentos do Estado Brasileiro – soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político –, e o artigo 3º, os objetivos fundamentais, quais sejam: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁴⁹⁵

Com base nesses dispositivos supramencionados, principalmente o pluralismo político, o mesmo autor defende que o combate à corrupção eleitoral é uma obrigação oriunda de um mandato implícito de criminalização, não restando opção ao legislador penal a não ser o acatamento dessa ordem.⁴⁹⁶

⁴⁹³ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 46.

⁴⁹⁴ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 189.

⁴⁹⁵ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 190/191.

⁴⁹⁶ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 190.

Márcia Dometila Lima de Carvalho possui uma tese no sentido de que a busca da Justiça social é o elemento fundamental para a Constituição, porquanto é ela que dignifica o homem. Nessa ordem de ideias, a proteção em massa de bens jurídicos individuais prejudicaria o amparo desses interesses correlatos à Justiça social.⁴⁹⁷ Por conseguinte, desenvolve a ideia de que:

a hierarquia dos bens jurídicos, prevalente no Direito Penal vigente, não se coaduna com a hierarquia dos valores constitucionais do instituído Estado Democrático de Direito; que os crimes econômico-financeiros, culturais e ambientais, pertencem a um grau de hierarquia superior à da criminalidade clássica, e, por isso, merecem tratamento mais severo, obedecidas as suas particularidades de delitos que têm como bens jurídicos valores supra-individuais, consagrados pela Constituição como essenciais à vida em sociedade.⁴⁹⁸

Importante esclarecer que existe uma divergência quanto à força dos mandados de criminalização implícitos. Enquanto boa parte da doutrina, como já mencionado, defende que eles possuem uma natureza impositiva, obrigacional na mesma intensidade que os mandados expressos, outros alegam que sua potência seria um pouco menor, representando indicações de criminalização.

Neste sentido citamos Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, que ao distinguir mandados expressos e implícitos, assegura que uma significativa diferença entre eles consiste no fato de que, especificamente quanto a estes últimos é preciso “sindicar a presença da dignidade penal e a necessidade da pena”.⁴⁹⁹

Em posição convergente, Manoella Guz, em sua tese acerca dos bens jurídicos universais, compreende que embora a proteção destes interesses supraindividuais requeira um tratamento diferenciado, a interferência do Direito Penal será obrigatória no que tange aos mandados de criminalização expressos, sendo que em relação aos implícitos, ela só deverá ser invocada quando se

⁴⁹⁷ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 100.

⁴⁹⁸ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 32.

⁴⁹⁹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 135.

apresentar extremamente necessária, diante da ineficiência das outras áreas do Direito para a prevenção de danos a esses bens universais⁵⁰⁰.

Analisado no capítulo anterior que o âmbito de necessidade de intervenção penal é menor e está contido dentro da área de legitimidade penal, afirmou-se que esses espaços representariam dois círculos concêntricos (não coincidentes). Afirmou-se que todo bem jurídico estabelecido na Constituição poderia, em tese, merecer a dignidade penal; mas que nem todos eles ensejariam a obrigatória intervenção dessa tutela.

Defendemos que a intervenção penal pode ser analisada sob quatro esferas:

(1) em um primeiro âmbito existem os bens jurídicos que não podem receber tratamento penal por se incompatibilizarem com a Constituição, considerada como um limite negativo. Portanto, não gozam de legitimidade penal e, por conseguinte, não se submetem ao juízo acerca da necessidade de pena.

(2) outra classe de bens está sujeita à legítima intervenção penal por gozar de dignidade penal, seja porque os seus interesses estão protegidos constitucionalmente ou porque são dotados de relevância social (apesar de não previstos na Lei Maior). No entanto, o fato de possuírem dignidade penal não significa que possuam carência de tutela penal. A necessidade de intervenção penal não é presumida e depende completamente da discricionariedade do legislador penal. Ou seja, este possui liberdade para, após analisar a danosidade social do bem perante a comunidade, e a (in) suficiência das outras formas de controle social, decidir acerca necessidade ou não da criminalização.

(3) em uma terceira esfera mais estreita encontramos os bens protegidos por mandados implícitos de criminalização que, por conterem intensa dignidade penal, possuem natureza de imposições relativas de criminalização. A sua elevada proeminência na ordem axiológica constitucional representa uma presunção relativa de necessidade de tutela penal, impedindo uma proteção deficiente. Portanto, neste caso, a liberdade do legislador penal acaba sendo um pouco menor.

⁵⁰⁰ GUZ, Manoella. *Bem jurídico penal difuso e coletivo*, 2010. Dissertação Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 123/124.

(4) por fim, o núcleo mais restrito de todos é formado pelos interesses e pelas condutas protegidas por mandados expressos de criminalização. Esse núcleo é dotado de absoluta presunção de dignidade e de necessidade penal, vinculando o legislador ordinário à exata medida de sua determinação. Neste caso, ao legislador penal resta um reduzido grau de discricionariedade, já que no momento de definir as elementares e circunstâncias da conduta criminosa e a medida das penas, apenas pode atuar no âmbito que não conflite com a cláusula explícita.

Apesar de existirem algumas incertezas na teoria dos mandados implícitos de criminalização, isso não significa que ela não deva ser aceita. Se os interesses e os valores constitucionais se revestem de uma supremacia na ordem jurídica, essa ascendência também fundamenta o direito penal de modo que ele precisa manter coerência com os fundamentos e os objetivos constitucionais.

Como asseverado por Feldens, pode acontecer de alguns bens jurídicos serem mais merecedores de dignidade e intervenção penal do que outros protegidos em mandados expressos de criminalização. O autor utiliza essa hierarquia para infirmar a existência das cláusulas implícitas de criminalização. Esse argumento, por si só, não parece suficiente para comprovar a existência delas. Até porque, conforme analisado no tópico 6.2.1, a escolha da Constituição, que tenha resultado na enunciação expressa de uma imposição de criminalização, pode indicar o interesse objetivo e vinculante de intervenção penal firmado por ela, de acordo com o momento histórico do processo constituinte, em atenção a um juízo de necessidade temporal, que valorizou bens caros à sociedade, que careciam de tutela penal, ou que por sua importância sistêmica, não poderiam futuramente sofrer eventual esvaziamento.

Mas também a restrita enunciação expressa pelo constituinte não parece significar que ele, com o seu silêncio em relação aos outros casos, pretendesse desagasalha-los da proteção penal, fragilizando-os. A ausência de criminalização expressa quanto a eles pode significar apenas uma falta de preocupação, da Constituição, em frisá-los dessa forma, porque histórica e universalmente sempre tiveram proteção legal, e naquele momento, a proteção parecia evidente.

É o caso, por exemplo, dos interesses que Claus Roxin, em sua teoria crítica do bem jurídico (analisada com mais detalhes no capítulo 4), denomina de bens definidos como *circunstâncias reais dadas*, em que se insere a vida, a integridade corporal ou o poder de disposição sobre as coisas (propriedade), além de outros direitos fundamentais e humanos, como o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de opinião ou religiosa.⁵⁰¹ Justamente por serem circunstâncias reais dadas, a maioria desses bens já era protegida antes do constitucionalismo. A saúde, por exemplo, conforme foi analisado na reconstrução histórica (capítulo 5), já começou a ser protegida penalmente desde o nosso passado colonial, ainda que de maneira incipiente, mediata, com progressiva proteção nos diplomas posteriores, ou seja, antes mesmo do desenvolvimento da teoria dos mandados de criminalização.

Ocorre que, ainda que certos bens jurídicos pareçam ter proteção evidente e suficiente, isso não significa que esse debate seja apenas teórico, sem qualquer utilidade prática. Primeiramente porque o reconhecimento da elevada dignidade penal desses bens para uma conseqüente necessidade de intervenção penal serve de balizamento para a teoria dos mandados implícitos, a fim de que por esse ponto de partida possam se analisar outras questões, outros bens jurídicos não tão patentes. E em segundo lugar, mesmo esses bens jurídicos aparentemente evidentes podem correr o risco de futuramente serem desprotegidos porque inclusive o legislador de um modelo de Estado Democrático pode incorrer no erro de ignorar aspectos jurídicos para o atingimento de finalidades políticas ou, na pior das hipóteses, de objetivos escusos.

Parece coerente que a Lei Maior, enxergada como fundamento do Direito Penal, delineia bens jurídicos que gozam de supremacia na ordem constitucional por estarem relacionados com os direitos fundamentais mais relevantes e com os fins do Estado Democrático de Direito. Daí se extrai que o constituinte pretendeu implicitamente resguardá-los também por meio do Direito Penal, apenas não os declarando por meio de cláusulas expressas, justamente por reconhecer que eles já pertenciam a um núcleo que o Direito Penal protegia.

⁵⁰¹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 18/19.

Dessa forma, justamente para inviabilizar a descriminalização desses bens preponderantes é que parece defensável que eles estão protegidos por cláusulas implícitas de criminalização. A teoria dos mandados impositivos no âmbito constitucional se revela importante por permitir a proteção dos bens jurídicos de maneira mais eficaz, já que além de impulsionar a tutela repressiva, garante a perenidade da proteção penal já existente, de forma a permitir o livre desenvolvimento da personalidade.

A Constituição Federal contemporânea, com força normativa, ao estabelecer deveres de proteção de valores fundamentais revela que eles não podem ser amparados deficientemente. Podem surgir violações que só possam ser evitadas por meio de normas incriminadoras, ou seja, com a utilização do braço forte do Estado. O juízo acerca da necessidade do direito penal para conter essas violações dependeria do grau de dignidade penal do bem.

O Estado Democrático de Direito é um modelo de Estado conciliador das liberdades e dos direitos sociais conquistados nos Estados de Direito anteriores.

Não se pretende negar que é mais condizente com o nosso atual modelo de estado que sejam coroados com a proteção penal os bens que, segundo o legislador ordinário, tenham necessidade e carência reconhecidas, em conformidade com os anseios e valores sociais, comprovada a ineficiência dos outros ramos do direito. A liberdade e a intervenção mínima, em regra, necessitam ser prestigiadas.

Até porque a Constituição de 1988 surgiu após uma Ditadura, momento em que o país estava saindo de um período de violações aos direitos de liberdade, razão pela qual o espírito da Constituinte se mostrou conciliador e libertário. Esse sentimento pode ter justificado a adoção de um grande rol de direitos fundamentais de primeira dimensão,⁵⁰² garantista e protetivo, de relevância penal e processual, que nem mesmo sofreu significativa oposição durante as discussões acerca de seu conteúdo. Apesar de em alguns momentos se ter debatido a admissibilidade da pena de morte e da pena perpétua, por exemplo, a escolha final sempre acabava

⁵⁰² As Constituições brasileiras anteriores a vigente Lei Maior de 1988 já traziam largo rol de direitos e garantias em matéria penal. O conteúdo de boa parte deles foi mantido de maneira praticamente igual. Mas houve uma sensível ampliação e melhor detalhamento deste elenco.

sendo mais afinada com um viés liberal, evitando-se a concessão de poderes repressores muito fortes ao Estado, para que não houvesse um exagerado antagonismo entre o Estado e o indivíduo.

Mas a liberdade de um indivíduo não é absoluta e, além de o Estado ter um dever de abstenção herdado do Estado Liberal, atuando na esfera penal como *ultima ratio*, ele atualmente é um Estado Democrático de Direito que tem a sua própria *ratio*, que consiste em proteger outros bens fundamentais, atuando ativamente em prol dos indivíduos.

Não há uma subversão do sentido garantidor e limitador da Constituição, mas apenas uma conciliação com o seu outro papel, de fundamento do Direito Penal, impulsionando a criminalização dos comportamentos mais graves daqueles que violam bens jurídicos de concidadãos. Logo, conforme já frisado ao longo deste trabalho, junto à omissão estatal, exige-se também a sua atuação protetiva, já que “os perigos à liberdade não são só os que provêm do poder estadual, mas também de outros poderes e grupos por vezes até mais perigosos”⁵⁰³ de forma que “a limitação dos direitos de uns pode ser o preço inevitável para um mínimo de liberdade em sociedade, tendo sido os primeiros a infringir as regras dessa liberdade”.⁵⁰⁴

Não parece que a intervenção mínima precise ser preservada a qualquer custo para a conservação das conquistas civilizacionais liberais. O Estado também é comprometido com uma função positiva de proteção a bens fundamentais, inclusive coletivos e difusos (a exemplo da saúde pública), paulatinamente em expansão. Inclusive, acaso se mostre pertinente, o Direito Penal pode se adaptar a novos instrumentos com vistas a proteger bens jurídicos de forma mais eficaz.

Todo o direito vem sendo influenciado pelo caráter dirigente das modernas Constituições. Assim é que Gunther Teubner pertinentemente observa que

⁵⁰³ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Estudos e Monografias. Editora Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995, p. 434.

⁵⁰⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Estudos e Monografias. Editora Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995, p. 434.

comparado com o clássico Direito formal, o direito material próprio da moderna era industrial assume desde logo uma nova função social. Tal direito não se limita a satisfazer os imperativos de resolução dos conflitos impostos pelo funcionamento de uma sociedade de mercado, mas serve também os imperativos políticos de intervenção e de direção próprios do moderno Estado-Social: quer dizer, o direito é instrumentalizado em função dos objetivos e finalidades do sistema político, que agora assume a responsabilidade pela condução de certos processos sociais, e nomeadamente, na definição dos objetivos a alcançar, na escolha dos instrumentos normativos, no processo de formulação e de implementação de normas.⁵⁰⁵

Como a Constituição Federal é a norma que ocupa a posição de supremacia no ordenamento jurídico brasileiro, o seu texto e os seus fins apontam o horizonte quanto ao valor de seus bens jurídicos, de forma que aqueles coroados com elevada dignidade penal careçam de tutela penal. Portanto, para estar protegido em um mandado implícito de criminalização e ser contemplado com a necessária intervenção penal, não basta que o bem jurídico represente um valor constitucional. É preciso mais do que isso, que ocupe uma inequívoca posição de destaque e superioridade na ordem axiológica constitucional.

Há bens que por serem tão essenciais a uma comunidade necessitam de uma proteção mais intensa, de maneira que não poderiam ser eficazmente protegidos por formas de controle social diversos do Direito Penal. Nesse sentido, na senda de Stern “a vida, a saúde, a integridade física, são valores especialmente valiosos. Assim, é evidente ir o dever de proteção até a arma mais forte, incluindo o Direito Penal”.⁵⁰⁶

Note-se que a suficiente criminalização ou não de um bem jurídico protegido por mandado implícito submete-se a um juízo de proporcionalidade, para a verificação de eventual excesso da reprimenda penal e para que se impeça hipotética proteção deficiente. A teoria da proporcionalidade em sua dupla face se concebe como um instrumento importante de controle do cumprimento dos

⁵⁰⁵ TEUBNER, Gunther. Juridificação: Noções, Características, Limites, Soluções. In *Revista de Direito e Economia, Coimbra*. Coimbra, A. XIV, 1988, p. 39.

⁵⁰⁶ STERN *apud* CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Estudos e Monografias. Editora Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995, p. 433.

mandados tácitos, a fim de se evitar que o legislador descriminalize condutas muito graves, que possam colocar em risco a segurança e a liberdade de um grande número de pessoas. E nos casos de falta de normas penais incriminadoras quanto às condutas atentatórias a bens de elevada dignidade penal, permite que se decrete a mora legislativa.

Jorge de Figueiredo Dias cita como exemplo de desproporcionalidade a hipótese, indevida, de o legislador descriminalizar um homicídio doloso por entender suficiente a reprimenda por uma mera sanção civil.⁵⁰⁷ Da mesma forma, a descriminalização do aborto fora das hipóteses legais até então previstas tornaria vulnerável a cláusula implícita de criminalização de tutela da vida, mitigando-a em casos hipoteticamente banais.

É por isso que presente uma indicação de criminalização, o juízo de proporcionalidade entre os bens em disputa representa um instrumento geral e relevante para a proteção dos direitos fundamentais, podendo variar em cada época e de acordo com os anseios sociais. A proteção de um bem por mandado implícito não significa sua proteção absoluta, de forma que não se admitam mitigações (veja o exemplo da legítima defesa e da possibilidade do aborto quando não há outro meio de se salvar a vida da gestante). Nenhum direito fundamental é absoluto e o engessamento da tipificação penal também não poderia sê-lo. Mas é inegável que se protege a essência e o núcleo daquele bem jurídico de forma que ele seja perene e não venha a ser desprotegido diante de anseios menos importantes.

Este estudo busca um equilíbrio, evitando-se soluções precipitadas, autoritárias, que permitam protagonismo apenas ao Tribunal Constitucional em face do Poder Legislativo. Defende-se uma posição mais ampliativa quanto à seleção dos bens jurídico-penais, podendo ter guarida na Constituição Federal e na sociedade, podendo ser extraídos tanto dos mandados de criminalização como dos novos anseios sociais. Não se faz, aqui, a defesa do engessamento demasiado da liberdade do legislador ordinário, até porque se afigura mais condizente com um Estado Democrático de Direito que a intervenção penal possa ser mais flexível e

⁵⁰⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 80.

ajustável às mudanças sociais. Mas também não se coaduna com posições que ignoram o protagonismo da Constituição Federal, que com sua força normativa ordena e fundamenta toda a ordem jurídica, se impondo, inclusive no âmbito penal para melhor atingimento dos fins de um Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República Federativa do Brasil.

6.3 Mandados de criminalização e saúde

Independentemente de procedência nacional, idade, gênero, entre outras particularidades, há um senso comum, por parte dos indivíduos, no sentido de que o direito social à saúde ocupa um lugar de destaque entre os itens compreendidos como necessários para a subsistência e a proteção à vida.

A ausência de bem estar, caracterizada como o estado de corpo e espírito majoritariamente relacionado à saúde, pode, a depender da intensidade, impedir que os indivíduos realizem as suas atividades cotidianas, embaraçando as suas participações na vida social.

A saúde é um direito humano e fundamental dotado de especial complexidade, já que, além de depender da análise das perspectivas individual e coletiva (conforme já desenvolvido no capítulo 4.3), não se limita à ausência ou presença de enfermidades. Outros determinantes externos podem influir no bem-estar físico, mental e social do indivíduo ou de toda uma comunidade. Diversas condições essenciais e determinantes da saúde representam as inúmeras facetas que podem variar entre estados mais ou menos desenvolvidos, e influenciar na fruição do mais elevado nível de vida digna e saudável.

Conforme já explanado no capítulo 4.2, no plano internacional, a Organização Mundial de Saúde (OMS), instituída em 1946, definiu, em seu preâmbulo, a saúde como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças e enfermidades".

Compreendida como um fator preponderante para um nível de vida adequado, a saúde foi mencionada, indiretamente, no artigo 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos, na condição de um direito:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, **saúde** e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (grifo nosso).

Posteriormente, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵⁰⁸, de 1966, conferiu mais robustez à saúde como um direito humano, já que em seu artigo 12 estabeleceu que todas as pessoas têm direito ao desfrute, no mais elevado nível possível, de saúde física e mental. Estipulou que para o pleno exercício desse direito, os Estados Partes deveriam adotar medidas destinadas à diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como ao desenvolvimento das crianças. Relacionou, ainda, como intenções programáticas, a melhoria de todos os aspectos referentes à higiene do trabalho e do meio ambiente; a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras; a luta contra essas doenças; e a criação de condições que assegurem assistência médica e serviços médicos a todos, em caso de enfermidade.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ampliou a concepção que vigorava a respeito da saúde, reputando-a um direito mais extenso do que a simples atenção médica proporcionada em caso de doença, ressaltando que existem determinantes básicos de saúde que condicionam a existência de uma vida sã. Dentre esses fatores, são apontados: a alimentação, a nutrição, a habitação, o acesso à água limpa e potável, o saneamento básico, as condições de trabalho seguras e salubres e um meio ambiente sadio.

Não se pretende, neste trabalho, apreciar todos os tratados internacionais sobre saúde em que o Brasil seja parte, porque o direito internacional não é o objeto direto do estudo. Em linhas gerais, cumpre destacar que o país tem se mostrado

⁵⁰⁸ O Pacto foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966. Entretanto, entrou em vigor em 1976. Em dezembro de 2007 já havia sido ratificado por 157 Estados.

comprometido com a adoção das ações necessárias para a melhoria da saúde de seus nacionais.

O conceito de saúde estabelecido pela OMS, difundido no âmbito internacional, reconheceu que a saúde não se restringia a um estado físico, permitindo o avanço que deu ensejo à percepção de que contava com dimensões psíquica e social. A intervenção na sociedade que se destine à proteção da saúde não pode desconsiderar essas dimensões observadas, porque além de a saúde depender do equilíbrio interno do ser humano, decorre direta e necessariamente de sua interação com o meio ambiente.

Da análise dos programas internacionais se constata que a efetividade do direito à saúde também depende da fruição de outros direitos fundamentais. Uma vida digna e sadia, por exemplo, só se torna possível com a garantia, ao indivíduo, de um mínimo existencial, um patamar mínimo de prestações positivas por parte do Estado, que assegurem outros direitos correlatos.

Assim como os outros direitos sociais, o direito à saúde tem um caráter prestacional, visto que a sua efetivação depende do cumprimento, pelos poderes públicos, de obrigações positivas. Em outras palavras, além da obrigação estatal negativa de abstenção de atitudes que gerem danos à saúde dos administrados, o Estado tem o dever de atuar positivamente, disponibilizando o acesso a serviços de saúde e impedindo que os particulares atentem contra a saúde individual ou coletiva de terceiros.

Como observam Streck e Bolzan, o Estado Democrático de Direito redefine o papel do Estado, direcionando-o para o horizonte de um projeto solidário. A atuação estatal passa a ter um conteúdo de transformação do estado anterior de coisas, visando ao atingimento de uma melhor qualidade de vida individual e coletiva dos homens. No Brasil, o Estado Democrático de Direito se inseriu em uma Constituição dirigente e comprometida com a transformação da realidade social, tendo

contemplado novos conteúdos, especialmente valores impositivos de condutas afinadas para o atingimento do Estado de Bem Estar Social.⁵⁰⁹

Para transformar a realidade, a Constituição dirigente explicitamente quis se valer do Direito Penal, já que em algumas passagens fez opções de política criminal, impondo deveres de proteção por meio de mandados de criminalização. Houve o reconhecimento de que o Direito Penal é instrumento legítimo e necessário para essa transformação social inclusive em cláusulas implícitas. A Constituição Federal de 1988, recheada de vetores sociais e promulgada após um amplo debate democrático, ensejou a expectativa por um direito penal legitimado a cumprir uma função positiva no bem-jurídico penal.

No caso do direito à saúde, conforme será explanado nos tópicos seguintes, foi reconhecido expressamente como um bem jurídico merecedor de dignidade penal em alguns mandados de criminalização. Como o meio ambiente é um dos determinantes do conceito de saúde, a partir de uma proteção do equilíbrio ecológico para uma sadia qualidade de vida, o constituinte estabeleceu a proteção da saúde dentro da tutela da proteção ambiental, ambas asseguradas por meio da cláusula expressa impositiva do §3º do art. 225 da Lei Maior.

A saúde coletiva também foi alçada a interesse digno de estabelecimento de pena, quando violada por meio de uma conduta considerada de extrema gravidade pelo constituinte. É o caso do tráfico de drogas, que reprime a circulação de substâncias cujas evidências científicas indicam malefícios à saúde humana.

Nessa ordem de ideias, é possível concluir que houve uma preocupação especial do constituinte com o bem jurídico saúde. A Lei Maior reconheceu que tanto os danos ambientais como a difusão das drogas possuem potencial devastador sobre a saúde humana. A partir desses dois mandados expressos de criminalização podemos deduzir que a constituinte elevou a saúde à categoria de bem jurídico de elevada dignidade penal, já que ela representa meio necessário para o mais valioso bem fundamental, que é a vida humana.

⁵⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 104/105.

Considerando que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e como um de seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, esse fim deve orientar a atividade legislativa do Estado para a criminalização das condutas atentatórias à saúde. Apesar de em poucas passagens a Constituição Federal de 1988 ter impingido mandados expressos de criminalização para a proteção da saúde, a elevada dignidade penal desse bem jurídico pode ser evidenciada a partir da conjugação dessas cláusulas explícitas, da sua interdependência com a vida, do art. 6º, que o alçou a direito fundamental social, e dos arts. 1º e 3º da Constituição Federal. Considera-se neste estudo, que a saúde, seja a individual ou a coletiva, pertence ao núcleo de bens jurídicos dotados de essencialidade primordial, de forma a indicar ao legislador a necessidade de criminalização das condutas que venham a atentar contra ela de forma grave.

Antônio Carlos da Ponte pondera ser comum a noção de que mandados de criminalização se destinem puramente à proteção de direitos e garantias individuais. Ensina, porém, que essa impressão não é exata, pois o Direito Penal contemporâneo exige, por vezes, a flexibilização desses direitos em busca de um valor maior, representado pela Justiça Social.⁵¹⁰ Por isso conclui que “a eleição dos mandados de criminalização está muito mais ligada à Justiça Social, do que a proteção absoluta a direitos e garantias individuais”.⁵¹¹

De fato, boa parte da doutrina costuma apontar a existência de mandado de criminalização para a proteção dos direitos individuais do art. 5º da Constituição, enquanto outros direitos sociais e coletivos podem apresentar dignidade penal mais elevada que alguns bens de caráter individual.

A significativa ampliação da proteção à saúde na Constituição de 1988 evidencia um novo paradigma, que torna a saúde um valor com hierarquia notável na nova ordem social. Se a Lei Maior previu, por exemplo, que o Sistema Único de Saúde precisa atender a todos e de maneira integral, reconheceu, então, que a

⁵¹⁰ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 187.

⁵¹¹ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 188.

saúde é um direito indispensável para a concretização da própria vida e também para uma sobrevivência com dignidade.

Na perspectiva deste trabalho, a conjugação dos dispositivos constitucionais da Lei Maior de 1988 mencionados neste tópico revela que a saúde é um bem jurídico eleito pela constituinte como de inequívoca primazia axiológica, de forma que se defende que além dos mandados expressos de criminalização já mencionados, a saúde também foi protegida pelos mandados tácitos. Isso significa que existem indicações de que o legislador precisa atuar para proteger a saúde por meio do Direito Penal toda vez que estejam sendo praticadas condutas repulsivas contra a saúde individual ou coletiva.

A essencialidade da saúde para a vida e a sua relação com a Justiça Social, impulsiona, inclusive, um dever de solidariedade⁵¹² em situações mais calamitosas, a ponto de condutas egoísticas e intoleráveis poderem ser objeto de punição penal quando ensejarem um grave perigo à saúde alheia. A saúde se revela um bem tão essencial à vida, que não apenas obriga o poder público a atuar positivamente, mas também estabelece deveres de proteção aos particulares.

Com base em um dever de solidariedade, até os estabelecimentos de saúde privados são obrigados a proporcionar um serviço de urgência a qualquer pessoa que esteja em grave e iminente perigo de vida, independentemente de sua possibilidade de arcar com o pagamento. Ao estabelecimento hospitalar não se impõe que atenda todo o tratamento, podendo proceder à transferência do indivíduo a um hospital público tão logo se afaste a situação de perigo.

Esse dever de solidariedade em relação à proteção da saúde se mostrou tão relevante que, além da existência do “crime de omissão de socorro”, e das responsabilizações mais graves incidentes aos garantes, o legislador penal

⁵¹² Conforme os dicionários a solidariedade é “sentimento que leva os homens a ajudarem-se mutuamente”; outros vocábulos similares e às vezes utilizados como sinônimos são a “fraternidade”, a “irmandade”, “parentesco de irmãos, convivência como de irmãos, amor ao próximo” (RIOS, Dermival Ribeiro. *Dicionário global da língua portuguesa*. 4. ed. São Paulo: DCL, 2004, p. 667). Afigura-se incontestável a relação da solidariedade com os dogmas religiosos, sendo alicerce do cristianismo o princípio “amarás ao teu próximo como a ti mesmo” (BIBLIA. Evangelho de Mateus 22:39).

vislumbrou a necessidade de se inserir, no Código Penal de 1940, em 2012, uma nova conduta delitiva no capítulo da “periclitacão da vida e da saúde”.

O nomen *iuris* desse crime é “condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial” e a conduta criminosa que ele descreve consiste em “exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial”, possuindo uma pena de “detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa” (art. 135-A). Conforme o parágrafo único, a pena é aumentada, até o dobro, se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte.

Segundo Paulo Sérgio Rosso, se antes de 1988 a solidariedade tinha mero valor moral, com a promulgação do texto constitucional passou a integrar o direito positivo, não representando apenas um sentimento, instituindo-se em um dever jurídico dotado de eficácia imediata. Se a Lei Maior de 1988 afirmou, em seu art. 3º, que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o fez porque o desejo da ampla maioria dos brasileiros era atingir uma sociedade estruturada sobre esse valor ético.⁵¹³

Daniel Sarmento ressalta que a solidariedade representa tanto um objetivo como um princípio fundamental:

quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira “construir uma sociedade justa, livre e solidária”, ela não está apenas enunciando uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário, ela expressa um princípio jurídico, que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo.⁵¹⁴

O modelo de Estado Democrático de Direito, ao indicar, em seu artigo 3º, a solidariedade como um objetivo a ser alcançado, revelou que ela é muito mais que uma aspiração, se impondo como um valor axiológico a todo o ordenamento jurídico.

⁵¹³ ROSSO, Paulo Sergio. Solidariedade e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. In *Revista Eletrônica CEJUR*, a. 2, v. 1, n. 2, 2007, Curitiba.

⁵¹⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 295.

Tanto que no âmbito do próprio direito privado, a Constituição Federal impôs a releitura de vários institutos, a exemplo do Direito Civil, flexibilizando a autonomia privada e o seu alicerce patrimonialista, de forma que vários dispositivos passaram a ter que observar a socialidade em busca da solidariedade. Os primeiros artigos da Constituição Federal obrigaram que todo o ordenamento jurídico atentasse para a dignidade humana e a solidariedade.

O Direito Penal também aderiu ao princípio-dever da solidariedade para a proteção dos direitos difusos e, por vezes, dos interesses individuais, como nos mencionados crimes de “omissão de socorro” (art. 135, CP)⁵¹⁵ e de “condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial” (art. 135-A)⁵¹⁶. Entendeu-se que a saúde restaria mais eficientemente protegida se o Direito Penal estimulasse a manutenção da sociedade por sua própria iniciativa, impondo-se aos membros da coletividade ações essenciais ao desenvolvimento social.

O crime de “condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial” surgiu em um momento de empenho do Ministério da Saúde no sentido de restaurar os serviços de urgência e emergência, tendo sido uma de suas escolhas, a utilização do instrumentário penal para evitar indesejáveis condutas ordinariamente praticadas por estabelecimentos médico-hospitalares. Conforme o Ministro da Saúde de 2012, Alex Padilha, o objetivo da nova criminalização era não deixar dúvidas de que a salvação de uma pessoa, que estava sujeita a riscos à vida ou à saúde era mais importante que qualquer outro interesse econômico, revelando-se necessária a punição exemplar àqueles que não seguissem a regra.⁵¹⁷

Assim, para o ministro, um dos objetivos do novo tipo penal era responsabilizar penalmente àqueles que exigissem um documento ou formulário

⁵¹⁵ Art. 135, CP - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

⁵¹⁶ Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial: Pena - detenção, de 3 meses a 1 ano, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte.

⁵¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS). *Entra em vigor lei que torna crime exigir cheque-caução*, 30.05.2012.

como condição para o atendimento, ou seja, antes mesmo da estabilização da situação de emergência do paciente, tardando a atenção à sua vida e à saúde. A decisão de negociar o tratamento no próprio hospital ou de proceder à transferência para outro lugar só é desejável após o afastamento do gravame.

Curioso destacar que, apesar de a saúde mental integrar o conceito de saúde, sendo requisito para o bem estar do indivíduo, os tipos penais que protegem esse objeto jurídico de forma imediata são mais escassos. E inclusive, no crime de lesão corporal, em que existe a tutela da integridade psíquica, é menos comum o processo penal para a responsabilização por danos à saúde mental.

No entanto, a saúde psíquica pode restar protegida reflexamente nos casos em que ocorre a punição do indivíduo por crimes que têm por objetividade jurídica um bem diverso da saúde. É o caso da responsabilização penal dos autores de condutas discriminatórias e atentatórias à honra e autoestima da vítima.

Enfim, por ser a saúde correlata e indissociável em relação ao direito à vida, que é o direito fundamental constitucional mais valioso do ser humano, ela se afeiçoa como bem jurídico de inequívoca dignidade penal. Outrossim, se a saúde se apresenta como um interesse angular para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e se afigura como um meio necessário para uma vida com dignidade, a sua tutela se evidencia como mandado implícito de criminalização, impulsionando e revigorando o direito penal sempre que surjam condutas especialmente gravosas.

6.3.1. A proteção do meio ambiente e a saúde

O meio ambiente é, conforme o *caput* do art. 225 da Constituição Federal, um bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, cuja defesa e preservação para as presentes e as futuras gerações se impõe ao Poder Público e à coletividade.

Não obstante existirem outros dispositivos constitucionais acerca do meio ambiente, o art. 225 representa o núcleo essencial da proteção deste bem jurídico, sendo edificado pelo constituinte como pertencente ao capítulo da “Ordem Social”.

Para os adeptos da teoria dos mandados de criminalização é pacífico que o §3º deste dispositivo representa uma ordem expressa de criminalização, porque a Constituição Federal ordenou, aos autores das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, sanções de caráter penal.

Eis o teor do dispositivo:

Art. 225, § 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Apesar de existir uma interpretação antiga no sentido de que a imposição da sanção penal destina-se apenas à pessoa natural, este estudo adere à compreensão majoritária, que vislumbra na Constituição Federal a responsabilização penal ambiental também às pessoas jurídicas. Nesse sentido é absolutamente adequado à Lei Maior o detalhamento dessa penalização, disposto na Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9605/98).

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, desde o julgamento do Recurso Extraordinário 548181/PR, ocorrido em 2013, vem admitindo a responsabilidade individual do ente coletivo por crimes ambientais, independentemente da identificação e da responsabilização das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

A não exigência de dupla imputação pela Lei Maior já era incisivamente defendida pelos irmãos Vladimir e Gilberto Passos de Freitas:

a denúncia poderá ser dirigida apenas contra a pessoa jurídica, caso não se descubra a autoria das pessoas naturais, e poderá, também, ser direcionada contra todos. Foi exatamente para isto que elas, as pessoas jurídicas, passaram a ser responsabilizadas. Na maioria absoluta dos casos, não se descobria a autoria do delito. Com isto, a punição findava por ser na pessoa de um empregado, de regra o último elo da hierarquia da corporação. E quanto mais poderosa a pessoa jurídica, mais difícil se tornava identificar os causadores reais do dano. No caso de multinacionais, a dificuldade torna-se maior, e o agente, por vezes, nem reside no Brasil. Pois bem, agora o

Ministério Público poderá imputar o crime às pessoas naturais e à pessoa jurídica, juntos ou separadamente. A opção dependerá do caso concreto⁵¹⁸.

Conforme se extrai do *caput* do art. 225, o interesse a um meio ambiente ecologicamente equilibrado está relacionado à vantagem de se manter uma sadia qualidade de vida da pessoa humana. Desta forma, ao delinear o meio ambiente como bem jurídico merecedor de dignidade penal, o constituinte originário também o promoveu a interesse de obrigatória intervenção penal, porquanto o seu equilíbrio é pressuposto necessário para a saúde e a vida das presentes e futuras gerações.

Para solidificar essa estreita relação entre a conquista de uma sadia qualidade de vida a partir de um equilíbrio ecológico, Fernando Reverendo Vidal Akaoui ressalta que a doutrina estabeleceu a existência de um Estado Socioambiental de Direito, que impõe aos entes governamentais a observância de uma dimensão ecológica em suas políticas e ações estatais, de forma a evitar a exposição do cidadão a riscos ambientais desnecessários.⁵¹⁹

A análise do art. 225 em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana, reputado como fundamento axiológico de todo o ordenamento jurídico, e cuja previsão se encontra no art. 1º, III, da Lei Maior, indica que, como regra, o Brasil adota uma visão antropocêntrica sobre o Meio Ambiente e o Direito Ambiental. De acordo com essa perspectiva, o homem figura na posição central do sistema jurídico de proteção ambiental, na medida em que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, por ser essencial à sadia qualidade de vida humana, serve para a satisfação do homem. Em síntese, a opção constitucional revela uma compreensão no sentido de que o meio ambiente está a serviço do ser humano.

Assim, o homem deve proteger o meio ambiente em razão da imprescindibilidade deste para a sua própria existência. A Constituição Federal, ao tratar o assunto por esse prisma, procurou resguardar não apenas a geração presente, como também as futuras. Busca-se o firmamento de uma solidariedade intergeracional, por meio da qual as presentes gerações devem preservar o meio

⁵¹⁸ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes Contra a Natureza*. 8. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 70.

⁵¹⁹ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 36/37.

ambiente e adotar políticas públicas ambientais que não impeçam o desfrute dos recursos naturais pelas gerações futuras.

Nesse sentido assevera Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

“a vida que não seja humana só poderá ser tutelada pelo direito ambiental na medida em que sua existência implique garantia da sadia qualidade de vida do homem, uma vez que numa sociedade organizada este é destinatário de toda e qualquer norma”.⁵²⁰

Apesar da inspiração antropocêntrica, já apontada, a Constituição Federal revela alguma influência biocêntrica (protagonismo de todas as espécies de vida), quando, no artigo 225, §1º, VII, veda práticas que submetam os animais à crueldade. Nesta última, firma-se uma relação ética entre homens e animais, em que a estes se confere uma utilidade própria, não apenas instrumental.

A superioridade do homem diante dos demais seres vivos existe em razão de sua capacidade de pensar, raciocinar, criar o próprio conceito de natureza, tomar decisões e criar políticas que visem à preservação de sua espécie e de outras formas de vida, inclusive de planejar os seus passos para que não se torne refém do próprio destino.

A Declaração do Rio também possui uma abordagem antropocêntrica, já que estabelece, como um princípio, a seguinte expressão: “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza” (Princípio 1).

O aludido preceito dispõe que o desenvolvimento sustentável precisa se compatibilizar com o ambiente ecologicamente equilibrado, entendido como sendo o meio ambiente não poluído, hígido e salubre. Saúde e meio ambiente estão diretamente relacionados⁵²¹ e, por isso, devem caminhar juntos. Justamente em

⁵²⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Fiuza, 2012, p. 63.

⁵²¹ Para exemplificar, quanto ao ar, ressalte-se que o lançamento de poluentes na atmosfera em índices superiores à capacidade natural de diluição e depuração pode ser fonte de doenças, acarretar prejuízos à saúde e afetar negativamente qualidade de vida das pessoas, além de onerar o sistema público de saúde, uma vez que é essa estrutura que absorve o aumento de atendimentos e internações hospitalares, e a majoração no uso de medicamentos. A melhoria na qualidade de ar nos centros urbanos evitaria a elevação desses custos decorrentes da poluição. Note-se, porém, que os

razão da visão antropocêntrica prevalente, a análise do dano ambiental não deve se limitar ao dano causado ao meio ambiente, sendo necessário um passo além, consistente no estudo das consequências negativas que essa lesão possa causar à saúde humana.

Acerca do bem jurídico meio ambiente disposto na Lei Maior, José Afonso da Silva apregoa que esse objeto de tutela jurídica não abarca apenas os elementos que o constituem, já que o legislador protege a sua qualidade com o objetivo de assegurar a qualidade de vida humana. Nessa lógica, abrange dois bens jurídicos, quais sejam: um de natureza imediata, consistente na qualidade do meio ambiente propriamente dito, e outro de maneira mediata, que seria a saúde, o bem-estar e a segurança da população, ou seja, a qualidade de vida em si.⁵²²

A Lei 9605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente⁵²³ protegeu, na esfera penal, tanto o meio ambiente propriamente dito – com a proteção à fauna (arts. 29 a 37), à flora (arts. 38 a 53), ao ordenamento urbano e ao patrimônio cultural (arts. 62 a 65) – como a saúde humana, estatuidando crimes de poluição e outros de caráter ambiental (arts. 54 a 61).

Apesar de a saúde humana não estar expressa de forma literal em todos os tipos penais, a lesão ao meio ambiente poderá prejudicá-la de forma direta ou reflexa, seja nas gerações presentes ou futuras.

Para exemplificar a preocupação do legislador ordinário com a saúde do homem, veja o delito do art. 54 da Lei 9605/98:

efeitos da má qualidade do ar não são de fácil percepção. Estudos epidemiológicos demonstram que mesmo na hipótese de concentração de poluentes dentro dos padrões de qualidade vigentes, pode existir relação entre a exposição ao ar contaminado e a morbidade e a mortalidade causadas por problemas respiratórios (como asma, bronquite, enfisema pulmonar e câncer de pulmão) e cardiovasculares. As populações mais vulneráveis ao ar poluído são as crianças, os idosos e as pessoas que já apresentam doenças respiratórias (BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Qualidade do ar*).

⁵²² SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 81.

⁵²³ Quanto ao conceito de Meio Ambiente, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente o define como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art.3º, I).

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

Buscou-se tutelar a fauna, a flora, os recursos ambientais (a exemplo do ar e a água) e a saúde humana. A Lei 9605/98 não firmou um conceito de poluição ambiental, sendo necessário recorrer-se, para tanto, à Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6938/1981), que em seu artigo 3º, incisos I e II, trouxe os conceitos de “degradação” e “poluição”.

Considera-se “degradação da qualidade ambiental” a “alteração adversa das características do meio ambiente” e, “poluição”, a “degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: (a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; (b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; (c) afetem desfavoravelmente a biota; (d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; (e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”.

A partir deste dispositivo constata-se que a diferença entre degradação da qualidade ambiental e a poluição é que a primeira pode ser causada tanto por ações do homem (antrópicas) quanto por eventos naturais, enquanto a segunda decorre apenas da atividade humana.

Edis Milaré aproxima os conceitos de dano ambiental e de poluição, uma vez que considera:

dano ambiental toda interferência antrópica infligida ao patrimônio ambiental (natural, cultural, artificial), capaz de desencadear, imediata ou

potencialmente, perturbações desfavoráveis ao equilíbrio ecológico, à sadia qualidade de vida, ou a quaisquer outros valores coletivos ou de pessoas⁵²⁴.

A lógica ambiental não é a intocabilidade da natureza, sob pena de estar proibida qualquer atividade que cause impacto ambiental. A função do direito ambiental é ora impor limites e ora induzir comportamentos por meio de instrumentos econômicos com o objetivo de garantir que essas atividades não causem danos ao meio ambiente⁵²⁵.

No que diz respeito à função do direito penal, que é a proteção dos bens jurídicos mais relevantes, a Constituição Federal considerou que a proteção do meio ambiente merecia obrigatória intervenção por meio desse rígido instrumento de controle social, por caracterizar um interesse de dimensão difusa e essencial à sadia qualidade de vida.

Justamente em razão da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal é que somente as poluições mais arriscadas serão punidas criminalmente. Exige-se ao menos que haja potencialidade lesiva à saúde humana ou ao meio ambiente. Nesse sentido também a jurisprudência:

[...] Não é qualquer poluição que ensejará enquadramento criminal. A realização do tipo objetivo é dependente de prova técnica delimitadora da potencialidade lesiva à saúde humana ou a vida de animais e plantas. Qualquer introdução de elementos exógenos no meio é poluição, mas é poluição criminosa somente aquela que é capaz de gerar risco à saúde humana ou a que causa os danos que o tipo penal legal prevê. O conceito de poluição é mais amplo do que a caracterização administrativa da poluição, e o conceito de poluição criminosa é, ainda, mais estreito⁵²⁶.

O dano ambiental não é qualquer alteração adversa ao meio ambiente. Nesta toada, importantes são as considerações de Antunes, no sentido de que o dano ambiental é a poluição que afronta os limites jurídicos definidos normativamente. Assim, não se pode falar em poluição abstrata, mas sim de poluição dentro de um

⁵²⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 320.

⁵²⁵ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 707.

⁵²⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal, 2ª Região, *Apelação Criminal 4086 RJ 2000.51.02.005956-3*, Rel. Desembargador Federal Alexandre Libonati de Abreu. Data de Julgamento: 14.12.2005, Primeira Turma Especializada, Data de Publicação: DJU 03.02.2006.

determinado contexto, isto é, como transgressão de um padrão estabelecido como o normal para uma determinada atividade.⁵²⁷

Quanto à dimensão do dano, o prejuízo ambiental possui dupla face, já que os seus efeitos podem alcançar a natureza e o homem. Isso significa que o dano ambiental, embora sempre recaia diretamente sobre o meio ambiente e os recursos e elementos que o compõem, em prejuízo da coletividade, pode, em certos casos, refletir-se, material ou moralmente, sobre o patrimônio, os interesses ou a saúde de certa pessoa ou de um grupo de pessoas determinadas ou determináveis⁵²⁸.

Portanto, o dano ambiental pode atingir a natureza e o homem concomitantemente ou cada um isoladamente. Não há dúvidas de que o dano ambiental pode prejudicar a qualidade de vida do homem, já que há dano quando a poluição prejudica a saúde, a segurança e o bem-estar da população.

Assim, considerando a visão antropocêntrica, o homem preserva o meio ambiente com o interesse de preservar a sua saúde e, por conseguinte, a sua vida, já que é um ser inteiramente dependente do meio ambiente. Quanto aos recursos naturais, o ser humano apenas sobrevive se tiver ar para respirar, água para beber e solo para plantar os seus alimentos. Também é dependente da flora e da fauna. Ou seja, todo o ecossistema precisa estar equilibrado para uma sadia qualidade de vida.

Visando esse equilíbrio e uma responsabilidade intergeracional, o constituinte optou por estabelecer, na Lei Maior, mandados vinculantes de criminalização de forma a preservar a sobrevivência das gerações presentes e futuras. Mas as cláusulas impositivas foram delineadas de maneira abrangente, relegando à discricionariedade do legislador ordinário a delimitação das condutas merecedoras de punição por sanção penal. A única baliza de conformação para o legislador penal foi a obrigatoriedade de punição penal tanto para pessoas físicas como para as pessoas jurídicas. Diante do exposto, abarcando a saúde humana e os diversos aspectos do meio ambiente, nos termos do mandado de criminalização do art. 225,

⁵²⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano Ambiental: uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 176, 178 e 181.

⁵²⁸ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 322/323.

§3º da Constituição Federal e à luz do *caput* do mesmo dispositivo, a Lei dos Crimes Ambientais atendeu a contento a ordem constitucional expressa.

6.3.2 O mandado de criminalização do art. 5º, §3º, da Constituição Federal

A pessoa humana é a razão de ser do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual ela não pode figurar como mero instrumento das atividades estatais. Essa perspectiva ética de dignidade humana surgiu após a Segunda Grande Guerra⁵²⁹, a partir dos esforços de vários países, destinados a evitar futuras violações aos direitos humanos das pessoas de todas as nações, em função do reconhecimento de que todos os homens gozam de igual proteção, na medida em que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.⁵³⁰

Acentua Flávia Piovesan que enquanto na Segunda Guerra vigorou a destruição dos direitos humanos, no Pós-Guerra surgiu o compromisso ético de reconstruí-los.⁵³¹

Desde então a dignidade da pessoa humana, já detalhada no capítulo 3.1, tem se apresentado como valor fundante dos Tratados Internacionais e norma hipotética fundamental de diversos textos constitucionais, principalmente daqueles países que reconstruíram a democracia e resgataram a sua humanidade após sofrerem violações de direitos humanos durante o período de vigência de modelos de Estado autoritários.

O Estado Democrático de Direito, além de salvaguardar a dignidade de seus nacionais com zelo ao individualismo, é comprometido com a missão de impedir

⁵²⁹ Preâmbulo da Carta das Nações Unidas de 1945: “NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla”.

⁵³⁰ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Art. 1º).

⁵³¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 191.

violações por parte de outros particulares, especialmente quando as vítimas são dotadas de vulnerabilidade.

Trindade Cançado assinala que para se alcançar o propósito comum de proteção da pessoa humana é indispensável que o direito internacional e o direito interno se mantenham em constante interação, formando um ordenamento jurídico harmônico de proteção que aponte na mesma direção.⁵³²

Inserido nessa ótica internacional, o Estado Brasileiro, de modelo Democrático, adotou como objetivo, na Constituição de 1988, “a promoção do bem de todos” (art. 3º, da Constituição Federal), e estabeleceu que as suas relações internacionais fossem regidas com a “prevalência dos direitos humanos” e a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” (art. 4º, Lei Maior). Ademais, buscando a máxima efetividade desses valiosos direitos, a partir da EC 45 de 2004, o Brasil firmou um compromisso internacional no sentido de que os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos pactuados pelo Brasil, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus respectivos membros, receberiam a condição de emenda constitucional na ordem jurídica interna (art. 5º, §3º, CF).

Flávia Piovesan assevera que a Constituição de 1988 inovou ao adotar a perspectiva de prevalência dos direitos humanos, de forma que esse princípio promove uma releitura do conceito de soberania, trazendo uma nova tônica ao constitucionalismo contemporâneo.⁵³³

Sobre esse compromisso de defesa dos direitos humanos, Piovesan pontua que:

a reprodução de disposições de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira não apenas reflete o fato de o legislador nacional buscar orientação e inspiração nesse instrumental, mas ainda revela a preocupação do legislador em equacionar o direito interno, de modo a ajustá-lo, com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro. Nesse caso, os tratados internacionais de direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos

⁵³² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 506.

⁵³³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 94.

constitucionalmente assegurados, de forma que eventual violação do direito importará em responsabilização não apenas nacional, mas também internacionalmente.⁵³⁴

Quando o Brasil, no âmbito internacional, se compromete a utilizar todo o aparato normativo necessário para a implantação e a proteção dos direitos humanos estabelecidos no Tratado, também se incumbe de empregar o sistema penal, com vistas à prevenção e à punição quanto aos comportamentos mais graves.

Nessa perspectiva, André de Carvalho Ramos afirma que cada vez é mais evidente a relação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito penal, pois no plano internacional tem sido frequente o estabelecimento do dever dos Estados de tipificar condutas e punir criminalmente os autores de violações de direitos humanos.⁵³⁵ Para confirmar essa conexão, cita alguns casos que, pouco tempo atrás, se aplicaram ao Brasil:

O relator especial da ONU contra a Tortura, Sir Nigel Rodley, recomendou ao Brasil que combatesse a impunidade dos torturadores agentes policiais e sugeriu diversos aperfeiçoamentos no sistema de investigação e persecução penal brasileiro (...). A Convenção Interamericana pela Eliminação de toda forma de discriminação contra a mulher (Convenção de Belém do Pará) estabeleceu o dever dos Estados de criminalizar a violência doméstica contra a mulher.⁵³⁶

Referência no estudo da proteção internacional dos direitos humanos, Cançado Trindade ressalta que o compromisso dos Estados na efetiva apuração e repressão dos autores de violações de direitos humanos está vinculado à promessa de propiciar reparações às vítimas de tais violações. Com a punição pela via penal também se almeja a prevenção geral, porquanto o combate à impunidade evita a reiteração de condutas violadoras dos direitos humanos.⁵³⁷

⁵³⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 151.

⁵³⁵ RAMOS, André de Carvalho. Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 62, nov-dez, 2006 (09/55).

⁵³⁶ RAMOS, André de Carvalho. Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 62, nov-dez, 2006 (09/55).

⁵³⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

Justamente sob essa ótica de que os compromissos internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil fundamentam o direito penal doméstico, Antônio Carlos da Ponte sustenta que o art. 5º, §3º, da Constituição Federal é um “mandado de criminalização passível de constante mutação e de observância por parte da Comunidade Internacional”.⁵³⁸ Ainda conforme o mesmo autor:

com a acolhida do mandado em comento, o Estado brasileiro assume sua vocação democrática no campo interno e junto à Comunidade Internacional, oxigenando especialmente o Direito Penal e o Direito Processual Penal e exigindo o constante repensar de um sistema punitivo que deve ter como valor maior a dignidade da pessoa humana.⁵³⁹

André de Carvalho Ramos também entende que o art. 5.º, § 3.º, da CF/1988 inseriu no Brasil o dever de cumprir os mandados internacionais de criminalização, já que os direitos humanos protegidos por essas ordenações gozam de dignidade constitucional a ponto de obrigar o Estado não apenas à tipificação, mas também à investigação e à persecução penal das condutas praticadas pelos violadores desses direitos.⁵⁴⁰

Esse último autor tem o respeitável posicionamento de que o direito penal é um dos instrumentos necessários à repressão aos autores de violação de direitos humanos. Para ele, os Tratados podem estabelecer mandados expressos ou implícitos de criminalização. Entende que estes últimos são deduzidos da simples proteção de determinado direito humano em tratado internacional, decorrendo dos deveres genéricos impostos aos Estados de respeito e garantia dos direitos humanos.⁵⁴¹

O mandado de criminalização do art. 5º, §3º, do Texto Constitucional, garante que os direitos humanos reconhecidos em tratados internacionais e inseridos no ordenamento jurídico com força de norma constitucional ampliem o catálogo de bens jurídicos a serem protegidos nacionalmente. Como esses novos valores fornecem

⁵³⁸ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 185.

⁵³⁹ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 186.

⁵⁴⁰ RAMOS, André de Carvalho. Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 62, nov-dez, 2006 (09/55).

⁵⁴¹ RAMOS, André de Carvalho. Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 62, nov-dez, 2006 (09/55).

uma direção ao Poder Público, passam a funcionar como limite e fundamento do Direito Penal. O *status* equivalente à emenda constitucional traz força normativa a eles, impondo ao direito doméstico a observância de novas obrigações criminalizadoras, permitindo que o Direito Penal seja sempre revigorado.

Ao integrar o bloco de constitucionalidade, as normas dos tratados internacionais de direitos humanos trazem reforço normativo significativo ao Direito Penal. Isso porque além de veicularem mandados de criminalização com estatura constitucional, passam a impedir eventual despenalização, já que ao crivo da constitucionalidade, não seria possível, no campo penal, uma tutela deficiente dos referidos direitos humanos.⁵⁴²

Recentemente, o Tratado Internacional de Nova Iorque sobre os direitos das pessoas com deficiência, aprovado no Brasil com força de emenda, iluminou o direito penal, porque permitiu a atualização do sistema punitivo interno, que se encontrava ineficiente para a real proteção dos direitos das pessoas com deficiência.

6.3.2.1 O mandado de criminalização do art. 5º, §3º, da Constituição Federal e a Convenção das Pessoas com Deficiência

Apesar de a sociedade ter um expressivo contingente de pessoas com limitações de ordem física, mental, sensorial ou intelectual, esses indivíduos ainda viviam à margem da sociedade, invisíveis e tratados como seres inferiores. A história é marcada por preconceitos, exclusão e segregação social dessas pessoas, que durante muitos anos não foram consideradas sujeitos de direitos, como os demais membros da sociedade. Em um passado não muito distante, a deficiência foi considerada como patologia individual, de modo que as pessoas com limitações se mantinham adaptadas nos espaços domésticos, conformando-se com esse destino, sem entusiasmo para subvertê-lo.

⁵⁴² RAMOS, André de Carvalho. Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 62, nov-dez, 2006 (09/55).

Segundo o informativo número trinta e um da Organização Mundial de Saúde, existem, em todo o mundo, mais de 650 milhões de pessoas com alguma espécie de incapacidade, estando dois terços delas situadas em países em desenvolvimento. Apenas recentemente elas têm deixado de ser mero objeto de caridade e assistência médica para se tornar sujeitos de direitos, gozando de maior atenção à saúde e a outros direitos humanos. Ressalte-se que a saúde dessas pessoas depende especialmente de medidas que impeçam a sua discriminação e fortaleçam a autonomia individual e a inclusão social, porque o desrespeito à diferença e à falta de acessibilidade, e de igualdade de oportunidades, enfraquece o respectivo bem-estar.⁵⁴³

No âmbito internacional surgiu uma consciência ética acerca da necessidade de se estabelecer um tratamento diferenciado às pessoas com deficiência, iniciando-se uma mobilização com a finalidade de eliminar ou ao menos reduzir as desigualdades vivenciadas por elas. Buscou-se a igualdade material e a inclusão social de pessoas que se viam impedidas de exercer os seus direitos em igualdade de condições em relação aos demais sujeitos em decorrência de obstáculos encontrados na sociedade. Concluiu-se que apenas quando garantida a acessibilidade completa das pessoas com deficiência é que elas poderão desfrutar da plenitude de seus direitos.

O mérito da Convenção Internacional foi ampliar os esforços dos Estados na concretização dos direitos humanos desse grupo de pessoas. Apesar de antes do pacto o Brasil já ter contemplado algumas normas esparsas de proteção às pessoas com deficiência, ainda havia lacunas.

Portanto, a Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/2015), que entrou em vigor alguns anos depois da ratificação do Tratado Internacional, representou um marco na tutela dos direitos dessas pessoas, já que, muito embora a sua efetivação plena possa ser uma realidade um pouco distante, teve o condão de (a) contemplar novos direitos às pessoas com deficiência; (b) causar uma revolução cultural estabelecendo a conscientização e a obrigação da sociedade de eliminar todas as barreiras que impeçam a inclusão social plena dessas pessoas; (c) reconhecer a

⁵⁴³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *El derecho a la salud. Folheto Informativo nº 31*, p. 23/24.

capacidade legal desses sujeitos para a prática de atos da vida civil, principalmente para atos relacionados aos direitos da personalidade; e (d) trazer novos crimes para a proteção das pessoas com deficiência.

No que diz respeito ao Direito Penal, conforme o que já foi debatido neste estudo, consiste em um mecanismo de controle social orientado pelas expectativas sociais de seu tempo e espaço, mas condicionado às diretrizes e bens jurídicos constitucionais, originários ou derivados (inclusive positivados em tratados internacionais de direitos humanos aprovados na forma do art. 5º, §3º, CF).

Sobre as pessoas que nasciam com deficiências físicas, Aníbal Bruno explica que na Antiguidade clássica, período em que predominava o interesse do Estado e a rudeza dos costumes, o abandono de incapaz não justificava a intervenção do direito punitivo. Em Esparta e no começo de Roma, os infantes que não possuíam perfeitas condições físicas podiam até ser sacrificados, já que não tinham qualquer valor econômico ou militar para a *urbe*. Apenas com o Direito Canônico surgiu alguma proteção a esses seres humanos, criando-se o crime de perigo para punir qualquer pessoa que abandonasse o incapaz de se proteger contra os riscos a que tinha sido exposto.⁵⁴⁴

O Direito Penal, sob o argumento de ser instrumento de controle regido pelos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, não pode ser enxergado como um ramo jurídico estático e limitado, cuja expansão seja inviável quando necessário. O momento histórico e os mandados constitucionais de criminalização traçam a fronteira entre a necessidade ou não de proteção de determinados bens jurídicos pela tutela penal.

Em diversas situações o Direito Penal se mostra o mais adequado instrumento para o atingimento das expectativas sociais. Apesar de prevalecer o entendimento de que o Direito Penal se volta à intervenção mínima, no assunto específico da proteção das pessoas com deficiência a tutela penal se mostra realmente imprescindível. Os outros instrumentos de proteção ainda falham na

⁵⁴⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte especial* (Tomo IV). 1. ed. São Paulo: Forense, 1966, p. 239.

missão de conter os abusos, os preconceitos e a desconsideração quanto à fragilidade desses seres humanos vulneráveis, o que dificulta o acesso deles aos seus direitos fundamentais em igualdade de condições com as demais pessoas. A maior vulnerabilidade das pessoas com deficiência justifica a maior proteção do Estado.

Muitos alegam que o Estado inflaciona o Direito Penal com a exacerbada criação de tipos penais, que o encaminham para um Direito Penal simbólico, cuja finalidade é atender ao clamor da opinião pública e da mídia, buscando uma solução fácil para a resolução dos complexos conflitos sociais.

Renato de Mello Jorge Silveira, por exemplo, ao comentar acerca da proteção das mulheres no âmbito da Lei Maria da Penha, reflete sobre a questão do chamado paternalismo legal e do moralismo. Diz que desde os estudos de Stuart Mill, percebe-se a presença de amostras de paternalismo na lei criminal, sempre com o intuito de se proteger, reciprocamente, os indivíduos, uns contra os outros. Critica a atuação do Estado em considerar, sem justificativa concreta ou fixa, que certo grupo de pessoas seja considerado necessitado de maior proteção. Entende que o Estado não pode discriminar, mesmo que positivamente, alguns de seus membros. A proteção pode, mesmo, ser justificada, mas não na sua feição simbólica.⁵⁴⁵

Já nas palavras de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, a intervenção mínima deve se coadunar com a proporcionalidade. Logo, o Direito Penal do Estado Democrático não deve ser mínimo nem máximo, mas proporcional. As leis penais precisam se adaptar à Constituição e receber interpretação de acordo com ela, tendo o legislador ordinário o papel de fazer a conformação necessária para fazer frente à dinâmica das relações sociais.⁵⁴⁶

Antônio Carlos da Ponte, com razão, explica que o Direito Penal como mecanismo dogmático, busca proteger determinados bens, interesses e valores que são considerados fundamentais para determinada sociedade, consideradas suas

⁵⁴⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Tipificação criminal da violência de gênero: paternalismo legal ou moralismo penal?* Boletim IBCCRIM nº 166, v. 14, 2006, p. 7/8.

⁵⁴⁶ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

opções ideológicas, morais, éticas e estruturais dentro do contexto de específico modelo de Estado.⁵⁴⁷ Quanto ao bem jurídico, o mesmo autor estabelece que “o bem jurídico deve ser avaliado à luz da Constituição Federal e, somente encontrando fundamento nos valores e preceitos nela consagrados, é que deverá ser analisado no campo da dogmática penal”.⁵⁴⁸

A atual luta pelos direitos humanos dos grupos historicamente vulneráveis tem ensejado um tratamento jurídico voltado à promoção da emancipação dessas pessoas. Considerando que o texto constitucional brasileiro firmou um compromisso voltado a inclusão das normas sobre direitos humanos no âmbito interno no mais alto grau hierárquico, a cláusula do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, determina a utilização da tutela penal todas as vezes que ela seja necessária como meio de transformação social. Frequentemente os outros ramos do direito não se mostram suficientes a esse objetivo, sendo crucial lançar-se mão do mais temido instrumento legal, como única opção para a alteração do *status quo*.

É nesse contexto que a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência atende ao mandado de criminalização do art. 5º, §3º, da Constituição, atualizando o Direito Penal. As suas disposições passam a servir como critério valorativo para que o legislador infraconstitucional, dentro dos parâmetros do pacto, criminalize as condutas contra os bens jurídicos individuais e difusos de pessoas com deficiências mais gravosas e merecedoras de sanção penal.

A violência e a discriminação afetam diretamente a vida, a saúde física, a saúde mental e o desenvolvimento saudável das pessoas com deficiência, grupo especial de risco para a vitimização. Infelizmente são escassos os dados estatísticos sobre violência e crimes contra os deficientes, na medida em que são levantamentos difíceis de serem efetuados e porque a cultura não tem valorizado a inclusão social desses sujeitos, que permanecem marginalizados até no universo das estatísticas.

Ademais, as pessoas com deficiência, dependendo do tipo de limitação vivenciada, podem ter menor percepção e compreensão das situações de abandono

⁵⁴⁷ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 76.

⁵⁴⁸ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 172.

ou abuso, o que pode viabilizar que sejam vítimas de crimes constantemente, aceitando a precária condição de vida como se fosse algo normal.

O informe 31 da Organização Mundial de Saúde, de forma exemplar, pontua algumas das razões que impulsionaram a comunidade internacional a atuar cooperativamente na proteção dos direitos humanos dessas pessoas:

Las personas con discapacidad también están desproporcionadamente expuestas a violencia y maltrato. Son víctimas de abuso físico, sexual, psicológico y emocional, desatención y explotación económica, y las mujeres están particularmente expuestas a la esterilización forzada y la violencia sexual. La violencia contra estas personas a menudo se produce en un contexto de discriminación sistémica contra ellas por un desequilibrio de poder. Actualmente se reconoce que no es la propia discapacidad la que puede poner en peligro a las personas que la padecen, sino las condiciones y barreras sociales con que se enfrentan, como el estigma, la dependencia de los demás para recibir atención, el género, la pobreza o la dependencia económica.⁵⁴⁹

De fato, a deficiência, por si só, não representa um risco às pessoas deficientes, pois as barreiras sociais é que as afastam da plenitude de seus direitos. A efetiva inclusão social pode evitar que violências e atos atentatórios à saúde permaneçam secretos e continuem a ser perpetradas no interior dos lares e de outros ambientes privados. Pode diminuir a chance de as pessoas com deficiência se tornarem vítimas de crimes, pois o maior contato com a sociedade viabiliza o partilhamento de experiências comuns, a diminuição da solidão, o fortalecimento da autoconfiança, o empoderamento e a atenuação de sentimentos negativos de inferioridade e de aceitabilidade de condições desumanas. Mas, considerando que a eliminação das desigualdades sociais ocorre de maneira paliativa, o Direito Penal pode se mostrar como o instrumento mais eficaz para a repressão da violação sistêmica aos direitos humanos.

Destaque-se que a Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 16, determina que os Estados Partes tomem todas as medidas apropriadas para proteger as pessoas com deficiência, sejam elas de ordem legislativa, administrativa, social, educacional ou diversas dessas. Busca-se tutelar essas pessoas contra todas as formas de exploração, violência e abuso, não

⁵⁴⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *El derecho a la salud. Folheto Informativo nº 31*, p. 24/25.

importante se as condutas são praticadas dentro ou fora do lar. Objetiva-se inibir, inclusive, atentados relacionados a gênero.

Em cumprimento ao tratado internacional de Nova Iorque sobre os direitos das pessoas com deficiência, o legislador ordinário acolheu o mandado de criminalização do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, quando promulgou a Lei Brasileira de Inclusão. A novidade legislativa teve como objetividade jurídica a proteção dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, já que além de aumentar a pena dos tipos penais já existentes na Lei 7853/1989, criminalizou novas condutas. O Direito Penal foi revigorado para a proteção do direito à igualdade e à dignidade (art. 88), a saúde e a vida (art. 90) e o patrimônio (art. 89 e 91) dessas pessoas.

Ressalte-se que a proteção penal das pessoas com deficiência não ficou restrita à lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos individuais. Mais do que isso, o Direito Penal, como instrumento importante para o gerenciamento e a tutela do direito de todos os deficientes, passou a proteger um grupo indeterminável de sujeitos que possuem limitações físicas, sensoriais, intelectuais ou mentais. Quando a pessoa com deficiência é vítima de uma conduta que diz respeito a sua limitação, o bem jurídico violado não é apenas dela, mas de toda a categoria que se encontra na mesma situação existencial.

Para exemplificar, na criação do crime do artigo 88 do Estatuto, que consiste em “praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência”⁵⁵⁰, há ofensa a um grupo de pessoas e não somente a um indivíduo. Esse crime teve o condão de zelar pela igualdade de todos os seres humanos, permitindo a proteção desse grupo de pessoas que ostentam alguma hipossuficiência. Aqui houve o mérito de se estabelecer um tipo penal aberto, já que não há descrição típica completa das condutas que são consideradas discriminatórias.

⁵⁵⁰ Art. 88, do Estatuto das Pessoas com Deficiência: “Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. § 1º. Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) se a vítima encontrar-se sob cuidado e responsabilidade do agente. § 2º. Se qualquer dos crimes previstos no caput deste artigo é cometido por intermédio de meios de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

Outro crime que envolveu a proteção difusa das pessoas com deficiência foi o de “impedimento ou dificuldade de ingresso de pessoa com deficiência em planos de saúde” (art. 8º da Lei 7.853/89).⁵⁵¹ Protegeu-se a igualdade e a saúde, pois além de a pessoa com deficiência sofrer discriminação pelo impedimento de ingressar no plano de assistência à saúde em razão dessa característica, suporta o perigo de lesão à sua saúde. Isso porque, apesar de o Sistema Público de Saúde ser universal, possui carência de cobertura quanto a diversos problemas de saúde, e tais lacunas são responsáveis por colocar em perigo a saúde do deficiente, que por sua vez fica na dependência da boa gestão e da reserva do possível. No sistema privado de saúde o ingresso deve ser garantido do mesmo modo como ocorre em relação às demais pessoas sem deficiência.

Parece evidente que se o impedimento ou a dificuldade de ingresso da pessoa com deficiência tem por fundamento a condição de deficiente, há violação de um direito difuso, uma vez que o mesmo motivo restringirá o acesso de todos os potenciais consumidores que se encontrarem na mesma situação de hipossuficiência (grupo indeterminável).

A sociedade não tem tolerado mais desigualdades contra esses seres humanos que eram ignorados e, nesses novos tempos, passa a ter maior consciência de que deve fiscalizar a atuação do Estado e dos demais membros do corpo social. Nesse sentido, a Convenção acabou oxigenando o Direito Penal, já que o Brasil, à luz do art. 5º, §3º, da Lei Maior, atendeu as atuais expectativas, fortificando o seu sistema punitivo interno para melhor atender o compromisso internacional de proteção dos direitos humanos.

⁵⁵¹ § 3º. Incorre nas mesmas penas quem impede ou dificulta o ingresso de pessoa com deficiência em planos privados de assistência à saúde, inclusive com cobrança de valores diferenciados. § 4º. Se o crime for praticado em atendimento de urgência e emergência, a pena é agravada em 1/3 (um terço). Este crime é punível com reclusão de 2 a 5 anos e multa e foi acrescentado pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência. Tem por fundamento a violação do artigo 23 do Estatuto (“são vedadas todas as formas de discriminação contra a pessoa com deficiência, inclusive por meio de cobrança de valores diferenciados por planos e seguros privados de saúde, em razão de sua condição”).

6.3.3 O tráfico ilícito de drogas

No regime democrático, os limites e a intensidade da intervenção penal decorrem dos anseios sociais, expressados, principalmente, através dos representantes eleitos pela sociedade. Esse perfil das normas penais formata a política criminal do Estado e influi, sobremaneira, na aplicação da ordem jurídica.

Conforme Franz von LISZT a política criminal é o

conjunto sistemático de princípios baseados na investigação científica das causas do crime e consequências da pena, segundo as quais o Estado, por meio da pena e dos mecanismos a ela análogos (casas de correção, educacionais, etc.), deve conduzir a luta contra o crime.⁵⁵²

Paulo César Busato salienta que a Política criminal, quando entendida como uma atividade do Estado, consiste em um “conjunto de opções políticas dentro da esfera criminal”. O Estado determina os fins que precisam ser perseguidos para a neutralização do fenômeno delitivo ou dos comportamentos desviados, e também estabelece os meios que precisam ser empregados para o atingimento desses objetivos.⁵⁵³

Durante o processo de redemocratização do país, o Congresso Constituinte de 1987, cujos trabalhos resultaram na edição da Constituição promulgada em 1988, previu um novo modelo de Estado, fundado em padrões democráticos, no qual houve uma profunda valorização dos direitos fundamentais, enunciados no início do texto constitucional. Embora a Lei Maior não contenha propriamente um projeto de política criminal, traçou muitas diretrizes no plano penal.

A análise do acervo constitucional e de seu alcance tem maior rigor quando a apreciação não se atém apenas ao texto promulgado, e leva em consideração os debates travados no longo processo constituinte e registrados nos anais dos trabalhos da Assembleia. Essa aferição de caráter amplo indica pontos averiguados

⁵⁵² LISZT, Franz von. *Tratado de derecho Penal*. Traducción de la 18. ed. alemã por Luis Jiménez de Asúa. 4, ed., 3. Reimpr. Madrid: Editorial Réus, 2007, 109.

⁵⁵³ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 21.

pelos constituintes, questões por eles desconsideradas, situações de silêncio eloquente, soluções decorrentes de intensas discussões e, assim, desnudam, tanto quanto possível, as escolhas consagradas na Constituição.

Os arquivos do processo constituinte, portanto, revelam o sentimento do legislador e a opção política adotada quanto a certos temas, inclusive no campo penal. Em relação a alguns bens jurídicos, por exemplo, verifica-se que o constituinte fez uma clara escolha de política criminal, ao estabelecer mandados expressos de criminalização e, por conseguinte, diminuir a esfera de discricionariedade do legislador ordinário sobre os temas neles tratados.

Destaque-se que o poder constituinte de 1987 foi exercido em um longo processo, no qual se buscou traçar um novo perfil para o país, mais pluralista do que o anterior. Nele os segmentos da sociedade atuaram por meio de audiências públicas, sem que houvesse um extrato, dominante, cuja intenção fosse implantar um projeto segmentado de poder. Os intensos debates resultaram em uma convergência democrática, expressada no texto, em que se materializaram os interesses da maioria, resguardado o respeito às minorias.

O projeto constituinte, que é fruto de um ambiente democrático e fato gerador de um Estado Democrático de Direito, fez claras opções no âmbito penal. De um lado, estabeleceu, no amplo rol disposto no art. 5º do texto constitucional, uma série de garantias penais e processuais penais, aderindo a uma forte tradição liberal. De outra banda confiou, ao direito penal, a tarefa de proteger, de eventuais ataques, direitos fundamentais e coletivos, relevantes e caros em uma sociedade complexa, que naquele momento histórico aspirava, em certos aspectos, uma intervenção estatal de maior rigidez.

A constituinte, atenta aos anseios do povo por segurança pública e combate a alguns crimes de maior gravidade, se aprofundou em intensos debates acerca de condutas criminosas que poderiam ter algum tratamento constitucional, como forma de antecipar uma necessária e obrigatória intervenção penal.

Sobre política de segurança pública própria de um Estado Democrático de Direito, Antônio Carlos da Ponte apresenta pelo menos duas vertentes bastante definidas:

a primeira, destinada ao combate à criminalidade de massas – que é integrada pela criminalidade violenta e ordinária, tendo como modalidades crimes como roubo, a extorsão, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, homicídio etc.; a segunda que tem como objetivo o combate à criminalidade organizada, à corrupção, aos renitentes violadores dos bens relacionados ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio histórico, artístico, científico, ao terrorismo etc. As ferramentas a serem utilizadas em cada uma das formas de criminalidade apontadas são distintas, assim como a percepção delas por parte da sociedade civil organizada.⁵⁵⁴

Ainda que habitualmente se incumba aos Poderes Executivo e Legislativo a escolha de estratégias, táticas e meios adequados para evitar o fenômeno criminal, o constituinte, em certas hipóteses, antecipou-se e determinou, no próprio texto constitucional, intervenções obrigatórias do direito penal, materializando mandados expressos de criminalização. Essas prescrições impositivas figuraram como instrumento inédito na Constituição de 1988, já que nos documentos anteriores inexistiam cláusulas com semelhantes características.⁵⁵⁵

Os mandados expressos de criminalização refletem a opção, adotada pela Constituinte, de estabelecer uma política criminal obrigatória para a proteção de certos bens caros à sociedade, reconhecendo que eles exigem tutela penal por sua importância sistêmica, e que por isso não poderiam sofrer futuro esvaziamento por parte do Estado, seja na esfera legislativa, executiva ou judiciária.

Apesar de os constituintes, no texto, não mencionarem especificamente a expressão “mandados de criminalização”, a análise dos arquivos do processo constituinte demonstra que, durante os trabalhos da Subcomissão, da Comissão Temática e da Comissão de Sistematização, eles pretenderam impor, ao legislador ordinário, criminalizações obrigatórias a determinadas condutas.

⁵⁵⁴ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 195.

⁵⁵⁵ Sobre a análise dos mandados de criminalização nas anteriores Constituições do Brasil, veja GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

No tópico 6.2 deste trabalho foram elencados todos os mandados de criminalização expressos estabelecidos na Constituição de 1988. Tendo em vista que o enfoque do estudo é a tutela penal da saúde, a abordagem será restrita àqueles mandados que aludam a esse tema, referentes a tráfico de drogas e crimes hediondos.

A ferramenta escolhida pelo constituinte para o enfrentamento ao tráfico de drogas foi a criminalização obrigatória dessa conduta, com um tratamento de maior rigor dentro do sistema penal. Essa opção, na condição de política criminal, pode ser extraída da leitura dos anais da Assembleia.

Em meio aos trabalhos, o constituinte José Tavares destacou que caminhar de acordo com os anseios da sociedade, em respeito ao processo de democratização e na qualidade de representante do povo, era uma missão dos constituintes. Enfatizou que a coletividade clamava, à época, por punição severa à tortura e ao indiscriminado tráfico de drogas que se propagava quase impunemente no território brasileiro. Destacou a gravidade da mercancia e do uso da substância entorpecente, e salientou que não existia, segundo o seu modesto entendimento, maneira mais eficiente de punição e inibição à escalada do tráfico de drogas, do que inscrever essa tutela obrigatória na própria Constituição.⁵⁵⁶

José Tavares argumentou, ainda, que a alegação de existência de uma lei que regulamentasse a matéria não era suficiente, tendo em vista que ela poderia futuramente se mostrar insatisfatória para o efetivo combate às drogas. Por isso, a política mais adequada para intimidar os traficantes foi considerada a inserção do combate ao crime de tráfico no texto constitucional, tendo a sociedade aplaudido a Constituinte por essa atitude.⁵⁵⁷

Além de determinar a manutenção da criminalização do tráfico de drogas, que à época já existia, o constituinte fixou parâmetros de atendimento obrigatório, reduzindo a liberdade de futura atuação legislativa:

⁵⁵⁶ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas das Comissões. Suplemento ao nº 81 do Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987, p. 172.

⁵⁵⁷ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas das Comissões. Suplemento ao nº 81 do Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987, p. 172.

Art. 5º, XLIII, CF - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Nesse contexto, apesar de o constituinte ter restringido a liberdade de atuação do legislador ordinário, conferiu espaço para que, com alguma discricionariedade, resguardados os obrigatórios parâmetros constitucionais, definisse o conteúdo das condutas criminosas, as penas aplicadas e a aplicação de outros benefícios penais e processuais porventura cabíveis.

O que a Constituição definiu foi, em primeiro plano, a equiparação do tráfico ilícito de drogas aos crimes hediondos, de modo a estender-lhe o gravoso regime jurídico previsto neste caso, considerado o mais rigoroso do sistema jurídico pátrio.

Essa foi uma clara demonstração de que o constituinte reconheceu uma estrita proporcionalidade entre os crimes hediondos e o tráfico de drogas, e que por esse motivo e em razão da repulsa social causada por crimes dessa categoria, o tratamento dispensado deveria necessariamente ser o mais rigoroso do plano jurídico, inclusive com vedação constitucional explícita aos institutos da fiança, graça e anistia.

Ressalte-se que os mandados de criminalização não se restringem à obrigação de criação ou manutenção de tipos penais, mas se referem, também, a outros aspectos relacionados ao poder de punir, abrangendo vedações a benefícios penais, à concessão de causas extintivas da punibilidade e a formas de cumprimento da pena.⁵⁵⁸

Adotou-se uma política criminal constitucional em que o traficante de drogas seria tratado com uma severidade específica, de modo que o estabelecimento de penas brandas por parte do legislador, aquém do rigor constitucional exigido, ofenderia a proteção suficiente ao bem jurídico saúde pública. Se esse interesse foi presumivelmente reconhecido, pela Constituição, como merecedor de relevante dignidade penal e carente de rígida intervenção penal, não é possível que o

⁵⁵⁸ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 179.

legislador ordinário pratique a descriminalização ou adote, em sua competência, soluções incompatíveis com o grau de proteção penal exigido pela Lei Maior.

Nada impede, por exemplo, que o legislador, em seu juízo discricionário, preveja penas diferenciadas para o pequeno e o grande traficante, porque se o fizer estará agindo de acordo com a individualização da pena em abstrato. Não poderia, porém, autorizar, para o pequeno traficante, benefícios que a própria Constituição proibiu aos crimes equiparados a hediondos.

A Lei 11.343/2006 autorizou uma causa de diminuição de pena de um sexto a dois terços para o traficante que seja primário, ostente bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa (art. 33, §4º). Trata-se da figura doutrinariamente conhecida como tráfico privilegiado.

Esse benefício, à luz do mandado expresso de criminalização, não pode ter o condão de autorizar a concessão de fiança, graça e anistia, porque a intensidade do tráfico não altera a sua própria essência. Desse modo, dado o contexto constitucional, mesmo nesse caso do tráfico privilegiado não parece haver razões jurídicas para tratar o autor de forma distinta dos demais acusados de crimes hediondos ou equiparados, pois qualquer traficante de drogas encontra-se sob o alcance do conteúdo do art. 5º, inciso XLIII, da Lei Maior.

As cláusulas explícitas de incriminação são vinculantes e obrigatórias, não sendo admissível nem mesmo ao Judiciário deixar de observá-las, já que impõem a inconstitucionalidade de entendimento que as infrinja.

Até o ano de 2016 os Tribunais interpretaram o tráfico privilegiado nos termos mencionados. Entendiam que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não afastava a hediondez. O Superior Tribunal de Justiça chegou a editar uma Súmula nesse sentido.⁵⁵⁹

Em 23 de junho de 2016, porém, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus (HC) 118533, decidiu inverter essa lógica, firmando

⁵⁵⁹ Súmula 512-STJ: “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas” (STJ. 3ª Seção. Aprovada em 11/06/2014). Atualmente cancelada.

um entendimento no sentido de que o crime de tráfico privilegiado de entorpecentes não tem natureza hedionda.⁵⁶⁰ Sustentou que o legislador não desejou incluir essa espécie de tráfico minorado no regime gravoso dos crimes equiparados a hediondos, nem nas hipóteses mais severas de concessão de livramento condicional, porquanto se o tivesse pretendido, o teria feito de forma expressa e precisa. O ministro Fachin ainda salientou que, nessa hipótese, o tratamento equiparado a hediondo configuraria flagrante desproporcionalidade.

Conforme se pode notar, os ministros se utilizaram de um juízo de proporcionalidade extraído de suas próprias consciências, em detrimento das regras explícitas expressadas pela Lei Maior.

Não se revela acertado utilizar o critério de proporcionalidade quando a solução legal é ditada expressamente pela Constituição. Essa solução eleva o subjetivismo e o arbítrio do julgador, perigosamente, acima do texto constitucional, em desrespeito ao sistema jurídico e à própria democracia.

No julgamento em questão aventou-se que, para se considerar equiparado a hediondo o tráfico minorado, ele deveria assim ser tratado, de forma explícita, pelo legislador ordinário. Ignorou-se que foi o próprio constituinte, previamente, quem estabeleceu a equiparação, e que na ocasião não criou qualquer distinção de gravidade em atividades de tráfico. Foi o legislador ordinário quem, anos depois do início da vigência da Constituição, estabeleceu a existência de tal figura privilegiada.

Se a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, não constitui tipo penal distinto do *caput* do mesmo artigo, claramente isso significa que se trata do mesmo crime. As consequências entre o tráfico minorado e a forma simples só podem ser diferentes naquilo que não conflitem com a Carta Magna de 1988.

O ministro Celso de Mello ressaltou, por ocasião do julgamento, que “o tráfico privilegiado tem alcançado as mulheres de modo grave, e que a população carcerária feminina no Brasil está crescendo de modo alarmante”.⁵⁶¹ É possível

⁵⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *HC nº 118533/MS*, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23.06.2016.

⁵⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *HC nº 118533/MS*, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23.06.2016.

aferir que o referido ministro defendeu a exclusão da hediondez por uma razão de política criminal, visando combater um pretenso crescimento da população carcerária feminina. Por mais nobres que fossem as razões alegadas, a medida não encontra amparo na constituição, porque viola um mandado expresso de criminalização, que obriga um rigoroso tratamento a qualquer traficante, similar ao que incide aos autores de crimes hediondos.

O entendimento da Suprema Corte não se compatibiliza com a Constituição Federal, por várias razões: retira o caráter de equiparação à hediondez do crime, estabelecido simbolicamente pela Constituição; admite teoricamente, quando cumpridos outros requisitos, a concessão dos benefícios textualmente vedados pela Constituição aos traficantes e autores de crimes hediondos, como anistia, graça e indulto; confere ao autor a possibilidade de usufruir do livramento condicional após o cumprimento de um terço ou metade da pena, ao invés de dois terços, a depender do fato de ser ou não reincidente em crime doloso; permite a progressão de regime diante do cumprimento de um sexto da pena, e não mais de dois quintos para o primário e de três quintos para o reincidente.

A Constituição Federal não deixou dúvidas de seu interesse em proteger a saúde pública e em destacar o tráfico de drogas, de qualquer intensidade, como uma conduta grave e merecedora de reprimenda severa. Além de definir destaque explícito à proibição, não fez qualquer menção a soluções distintas de acordo com gradações ou proporções. Tamanho era o interesse social na repressão ao tráfico ilícito que o tema enfrentamento às drogas foi abordado em outros dispositivos constitucionais:

Art. 5º, LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014).

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014). Grifo nosso.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves alerta que o número de vezes em que o texto constitucional faz referência ao tráfico ilícito de drogas é a demonstração de que em nenhum outro caso a Constituinte se mostrou tão incisiva em firmar uma política criminal.⁵⁶²

Os constituintes salientaram, durante os debates, que o tráfico de drogas, um problema que aparentava ser tão distante, significa uma ameaça real e crescente, que assola as famílias, atenta contra a saúde e subverte até mesmo os valores de ordem moral. Destacaram que o Brasil precisa enfrentar rigorosamente esse problema, porque de rota das drogas se transformou em um dos maiores centros mundiais de distribuição. Também se revelou que todas as nações civilizadas e modernas estão preocupadas com os traficantes comuns e as organizações criminosas multinacionais.⁵⁶³

Observe-se que as preocupações do constituinte, que escandalizavam o homem comum e elevaram o enfrentamento tráfico de drogas ao status de política criminal materializada em obrigações constitucionais de criminalização, são inerentes à sociedade dos anos oitenta do século passado. A intensidade do tráfico ilícito, o seu poder, dinheiro, penetração e organização, cresceram vertiginosamente nas últimas décadas, e não guardam paralelo com a situação vivida ao tempo da Constituinte. Houve um agravamento evidente nas questões relacionadas às drogas ilícitas e, mais do que nunca, urge atender, com fidelidade, ao mandamento constitucional que se dirige ao tráfico.

No regime democrático a atuação do legislador e do Judiciário precisa atender, com prudência e rigor, os limites constitucionais, e mesmo que se tolerem modulações interpretativas, é preciso que elas não ignorem os parâmetros do texto

⁵⁶² GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 250.

⁵⁶³ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas das Comissões. Suplemento ao nº 81 do Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987, p. 236.

constitucional, ainda mais quando claros e expressos. Permitir interpretações excessivamente elásticas, duvidosas e até mesmo contrárias ao rigor constitucional explícito, significa fazer uma perigosa concessão ao arbítrio, que pode levar a um ativismo danoso ao sistema de representação estabelecido pela democracia.

6.3.4 Crimes hediondos: falsificação de medicamentos e condutas assemelhadas

Conforme menção recorrente neste estudo, o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, é um mandado de criminalização explícito que determina a incidência de uma intervenção penal mais rígida em relação aos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos, pela lei, como hediondos. A hediondez era, até então, uma terminologia desconhecida no campo jurídico, pois antes de a Constituição enuncia-la, inexistia, na legislação, qualquer referência a ela. Segundo o texto constitucional:

art. 5º, XLIII, CF - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Análise dos arquivos dos debates travados ao longo dos trabalhos da Assembleia Constituinte revela que, embora a expressão “crimes hediondos” tenha sido repetida diversas vezes,⁵⁶⁴ o constituinte optou por ser econômico no artigo 5º, XLIII, da Lei Maior, deixando de conferir características conceituais à expressão, ou de vincular essa hediondez a crimes específicos. Entendeu que, dadas a dinâmica social e a intenção de não promover um indesejado engessamento legislativo, seria mais prudente delegar ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer os comportamentos hediondos e criminaliza-los de acordo com tal rótulo. Salientou-se, nessas discussões, que os crimes já tipificados penalmente poderiam fazer *jus* à

⁵⁶⁴ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas das Comissões. Suplemento ao nº 81 do Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987, p. 172.

referida qualificação, desde que a lei penal, através de juízo de valor do legislador, assim definisse.⁵⁶⁵

De acordo com Alberto Silva Franco, a insuperável danosidade social dos crimes hediondos ou equiparados é o fator que levou a sociedade organizada a identifica-los, em nível constitucional, de acordo com esse rótulo. Essa deliberação elevou a hediondez e os delitos equiparados ao topo do sistema penal, como expressões de um microssistema próprio, de caráter constitucional e gravidade ímpar, ainda que o legislador ordinário pudesse estabelecer, por sua conta, gradações punitivas diversificadas.⁵⁶⁶

A discricionariedade do legislador para estabelecer penas diferentes a cada um dos crimes previstos no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, não é absoluta, porque encontra limites no próprio texto constitucional. Observa-se que a Lei Maior é a espinha dorsal do microssistema constitucional específico para tais delitos, de regime consideravelmente mais gravoso, no qual ambos estão sujeitos a uma unidade no tratamento jurídico-penal, que inclui as mesmas vedações e limitações penais e processuais penais. Nesse universo próprio inexiste espaço para que o legislador descumpra os comandos expressamente enunciados, mas não se impede que vá além, impedindo ou reduzindo outros benefícios legais. A Constituição Federal previu o *minus*, ou seja, o ponto a partir do qual o legislador não pode ficar aquém.

Destaque-se que o referido mandado de criminalização foi atendido pelo legislador penal no ano de 1990, a partir da promulgação da Lei 8072/90. Posteriormente, o rol de crimes taxados como hediondos sofreu algumas modificações, que não serão analisadas por essa questão ser alheia ao objeto do presente trabalho. O escopo do estudo é verificar exclusivamente as condutas que têm ou tiveram por objetivo proteger o bem jurídico saúde, visando à constatação da existência ou inexistência de uma proteção suficiente, conforme um juízo de proporcionalidade.

⁵⁶⁵ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Atas das Comissões. *Suplemento 'B' ao n° 307 do Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987, p. 23.

⁵⁶⁶ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 76.

A lei dos crimes hediondos não definiu conceitualmente o que são crimes hediondos, apenas atribuiu, a crimes graves já existentes, a qualidade da hediondez, adotando o critério de que seria hediondo o crime assim previsto, na lei penal, em um rol taxativo. Como acentua Nilo Batista, “o legislador, ao invés de empreender a tarefa definidora, apresentou um cardápio”.⁵⁶⁷

Originariamente a Lei 8072/90 rotulou oito crimes como hediondos. Desses, sete já se encontravam no Código Penal, e o oitavo, o genocídio, tinha previsão em legislação extravagante (Lei 2889/1956).⁵⁶⁸

Posteriormente, a Lei 8.930/94, apesar de acrescentar dois delitos ao rol dos hediondos (homicídio simples quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio e o homicídio qualificado), retirou a hediondez do envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte.

Alguns anos depois, em 1998, a figura delituosa disposta no art. 273 do Código Penal, além de ganhar dois novos parágrafos (§1º-A e §1º-B) por meio da Lei 9.677/98, recebeu agravamento da pena e o selo da hediondez.

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua

⁵⁶⁷ BATISTA, Nilo. Outro argumento sobre crimes hediondos. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003, p. 346.

⁵⁶⁸ Redação original da Lei 8072/90, artigo 1º, trazia como crimes hediondos: “são considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados”.

comercialização; IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; V - de procedência ignorada; VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

Modalidade culposa

§ 2º - Se o crime é culposo:

Penal - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Na medida em que o bem jurídico tutelado por esse delito é a saúde, existe uma evidente necessidade em aprofundar o estudo em relação a ele.

A questão dos medicamentos passou a ser objeto de maior atenção a partir da década de 90, ingressando incisivamente nas agendas nacional e internacional. Percebeu-se que a falsificação de medicamentos configura um grave problema de saúde pública, podendo ensejar graves consequências, como a ineficácia terapêutica, a resistência a antibióticos, a intoxicação, o agravamento da doença e, em casos mais graves, até a morte.⁵⁶⁹

O motivo do agravamento da preocupação em relação à falsificação de medicamentos no Brasil surgiu após uma sucessão de roubo de remédios, ligada ao crime organizado. Pouco antes da ação legislativa, constatou-se que as associações criminosas perceberam que o mercado de medicamentos movimentava muito dinheiro e que havia facilidade de reincluir, no comércio, produtos dessa natureza.

Diante desses crimes, as seguradoras vieram a refutar o seguro de cargas de medicamentos ou cobravam preços altíssimos. A solução encontrada pelas transportadoras e pelos laboratórios consistiu na implantação de rastreamento via satélite dos caminhões, além do emprego de escolta armada. Essas medidas dificultaram a ação das quadrilhas, que, na busca do lucro fácil, migraram para outra prática criminosa, a falsificação de medicamentos. Essa alteração no comportamento criminoso gerou novas preocupações, porque medicamentos roubados, inseridos ilegalmente no mercado, não criam prejuízos à saúde, mas as

⁵⁶⁹ CRUZ, S. G. *Falsificação de remédios e poder de polícia*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p.107.

falsificações podem fazê-lo, e isso ficou claro quando se percebeu que os produtos falsificados não produziam os efeitos esperados.⁵⁷⁰

Antônio Lopes Monteiro salienta que a falsificação de medicamentos, no segundo trimestre de 1998, passou a ser assunto diário nos noticiários, sendo, a cada dia, reveladas novas listas de remédios falsificados, o que aumentava significativamente a descrença nos laboratórios e na eficácia dos produtos médicos. Conforme o autor:

da pílula de farinha Microvlar até a falsificação do antibiótico Amoxil, passando pelo remédio para o câncer de próstata, o Androcur, veio à tona o que todos já conheciam, mas que se mantinha, por conveniência ou ineficácia das autoridades ou por ambos os motivos: a ação de quadrilhas bem organizadas e inescrupulosas que se aproveitavam da precária fiscalização para enriquecer, pondo em risco a saúde e a vida da população. Assim é que depois de noticiado que mulheres haviam engravidado tomando a pílula falsa e que alguns idosos haviam morrido depois de medicados com Androcur sem princípio ativo, a sociedade civil exigia das autoridades uma tomada de posição enérgica.⁵⁷¹

Dentre os diversos episódios da época, um dos que mais geraram comoção popular foi o que envolveu o anticoncepcional Microvlar, da Schering do Brasil. Houve a comercialização indevida de sete lotes de um produto que era um verdadeiro placebo, já que possuía conteúdo completamente ineficaz para evitar a gravidez. Ao adquirir um novo maquinário, ainda em fase de testes para a embalagem do produto, o laboratório acabou produzindo lotes de Microvlar que não eram destinados ao consumo, por não possuírem o princípio ativo que evitava a concepção. Assim, apesar de os medicamentos terem sido supostamente separados para eliminação, o fato é que uma parte deles acabou sendo comercializada, resultando na gravidez de diversas mulheres que utilizavam o produto.⁵⁷²

⁵⁷⁰ DIAS, Cláudia R. Cilento. Crime hediondo em saúde pública: discussão sobre as leis n. 9.677/98 E 9.695/98. *Revista de Direito Sanitário*, v. 2, n. 2, julho de 2001.

⁵⁷¹ MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos. Texto, comentários e aspectos polêmicos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 70/71.

⁵⁷² SENTENÇA proferida no Processo nº 487/1998, proferida pela 2ª Vara Criminal Central de São Paulo em 21 de julho de 2000, pelo Juiz Francisco Olavo Guimarães Peret Filho. In *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 37/2001. p. 363/370. jan/mar de 2001.

Elias Murad relata que antes disso, no ano de 1991, das onze marcas do medicamento Tetraciclina existentes no mercado, nove eram falsificadas.⁵⁷³ No período de 1997 e 1998, a prática de falsificação de medicamentos se agravou, sendo registrados, pelo Ministério da Saúde, cento e setenta e dois casos. Destacou-se a falsificação de Androcur, da empresa Schering do Brasil, remédio indicado para o tratamento de câncer de próstata. Diversas pessoas que consumiram o medicamento sofreram o agravamento da doença e ao menos cinco foram a óbito.⁵⁷⁴

Por influência de todos esses fatos, em 1998, a lei penal brasileira dispensou um tratamento mais duro na punição a esse crime, elevando, a pena prevista, para a reclusão de 10 a 15 anos, estabelecendo multa e etiquetando-o como crime hediondo, com o objetivo de proteger mais eficazmente a saúde pública.

A motivação para o tratamento mais gravoso, com a inserção do delito de corrupção, adulteração ou falsificação de substâncias alimentícias no catálogo dos crimes hediondos, pode ser mais bem compreendida a partir da leitura da Exposição de Motivos do projeto de lei nº 4.207/1998, de autoria do Deputado Benedito Domingos:

A incidência da ação de fraudadores inescrupulosos, ávidos de enriquecimento ilícito, ainda que à custa da disseminação de substâncias nocivas, e até danosas, à saúde, hoje, vem ocorrendo com frequência, explorando a boa fé pública, com a falsificação de medicamentos, em sua maioria, auto-usáveis pelo povo.

(...)

Entendemos que delitos como esses causam enormes danos à sociedade e também à economia popular, pois que atingem as classes menos favorecidas que buscam no preço mais barato, e na alternativa da auto-medicação, sem prescrição médica, à solução paliativa de seus males físicos, devendo ser, portanto, também o delito de falsificação de medicamentos classificado como crime considerado hediondo e seu agente sujeito as restrições e as insusceptibilidades alinhadas no artigo 2º e seus parágrafos, da lei ora modificada no presente Projeto de Lei.⁵⁷⁵

⁵⁷³ MURAD, Elias. Falsificação de Medicamentos: a fronteira entre a vida e a morte. *Revista Pharmacia Brasileira*. Ano II - Número 9 abril/maio/junho de 1998, p. 23.

⁵⁷⁴ NOGUEIRA, Ellen. VECINA NETO, Gonzalo. Falsificação de medicamentos e a lei n. 11.903/09: aspectos legais e principais implicações. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 12, n. 2 p. 112-139 Jul./Out. 2011.

⁵⁷⁵ BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados. Ano LIII - nº 040. Brasília, DF, 10 de março de 1998.

Supostamente houve maior proteção à saúde como um bem jurídico, porquanto a vitalidade só pode ser atingida em grau elevado quando medicamentos de qualidade são acessíveis.

Os medicamentos falsificados induzem as pessoas enfermas a acreditarem que estão consumindo uma substância que lhes fará bem, quando, ao contrário, podem torná-las mais doentes ou até matá-las. Esses produtos, em sua maioria, não têm benefício terapêutico, podendo causar resistência a drogas e levar à morte.⁵⁷⁶

A contrafação de produtos falsos é maior em regiões nas quais a regulamentação e a fiscalização têm menos rigidez.⁵⁷⁷ De acordo com a OMS, os motivos que estimulam a falsificação dos fármacos são variáveis em cada país, mas os fatores mais comuns são:

falta de legislação proibindo a falsificação de medicamentos, sanções penais fracas, autoridades nacionais regulatórias deficientes ou ausentes, fraco cumprimento de leis relativas a medicamentos; fornecimento reduzido/irregular de medicamentos; falta de controle de medicamentos para exportação; comércio envolvendo diversos intermediários e zonas de livre comércio; e corrupção e conflito de interesses.⁵⁷⁸

Além dos já mencionados efeitos deletérios na saúde dos indivíduos, a falsificação também pode provocar a falta de credibilidade da população nos sistemas de saúde, nos profissionais da área, nos fornecedores e vendedores dos remédios originais, nas indústrias farmacêuticas e até na Autoridade Sanitária.⁵⁷⁹

A alteração legislativa não apenas promoveu o endurecimento das penas, mas tornou o crime uma conduta de perigo abstrato. Isso significa que, nesse caso em específico, para a tipificação penal, considerou-se que era irrelevante que a substância ocasionasse concretamente um dano, sendo suficiente para o delito o risco de infortúnio à saúde dos destinatários. O legislador optou pelo critério da

⁵⁷⁶ Conforme Howard Zucker, Diretor-Geral Adjunto para Tecnologia da Saúde e Farmacêutica da OMS, as pessoas não morrem por carregar uma bolsa falsa ou usar uma camiseta falsa. Eles podem morrer por tomar um medicamento falsificado. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Counterfeit medicines: the silent epidemic*. Geneva, 2006.

⁵⁷⁷ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Counterfeit medicines: the silent epidemic*. Geneva, 2006.

⁵⁷⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Medicamentos falsificados: diretrizes para desenvolvimento de medidas de combate a medicamentos falsificados*. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde; Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2005.

⁵⁷⁹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Guidelines for the development of measures to combat counterfeit drugs*.

presunção absoluta da existência de nocividade dessas substâncias, independentemente de haver ou não qualquer possibilidade de dano a alguém.

Para o atual tipo penal, portanto, é suficiente a prática de qualquer das condutas previstas no tipo objetivo, não sendo necessária qualquer prova de perigo concreto, já que não se exige que o produto seja efetivamente nocivo à saúde.⁵⁸⁰

Observe-se que antes das alterações promovidas pela Lei 9.677/1998, o crime do artigo 272, que abrangia a falsificação de medicamentos, era crime de perigo concreto, pois se exigia a comprovação de que o produto era capaz de ocasionar potencial nocividade à saúde.

Miguel Reale Júnior critica a mudança do balizamento legal, salientando que houve a supressão de:

elementos constitutivos que eram essenciais à configuração do delito como de perigo comum à saúde: a destinação a consumo e o dado fundamental de a substância tornar-se nociva à saúde. A ofensa ao bem jurídico relevante, a saúde pública, ficou por demais distante da conduta incriminada. A conduta tipificada desmaterializou-se de qualquer resultado que colocasse em risco a saúde pública. Nem perigo, nem dano.⁵⁸¹

Em sua visão há inconstitucionalidade do tipo penal quando este é considerado sob o prisma de crime de perigo abstrato. Para ele o tipo só é admissível, no panorama constitucional, quando exija a existência de um perigo concreto. Ressalta que a conduta, da forma como foi tipificada pelo legislador, viola os princípios da proporcionalidade e da ofensividade ou lesividade, já que para se proteger o interesse "saúde", consagrado na Constituição, é necessário que a conduta tenha o potencial de efetivamente lesar ou por em perigo o bem jurídico tutelado. O autor não admite a lógica de que um fato seja, de per si, perigoso.⁵⁸²

Juarez Cirino dos Santos faz uma interessante diferenciação entre os tipos de perigo concreto e abstrato, afirmando que nos tipos de perigo concreto há efetiva

⁵⁸⁰ MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos. Texto, comentários e aspectos polêmicos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 75.

⁵⁸¹ REALE JR, Miguel. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº. 763, 1999, p. 415/431.

⁵⁸² REALE JR, Miguel. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº. 763, 1999, p. 415/431.

produção de perigo para o objeto da ação, sendo a ausência de resultado lesivo ao bem jurídico meramente accidental. Nos crimes de perigo abstrato, segundo ele, penaliza-se a presunção de perigo da ação, não importando a produção real de perigo para o bem jurídico protegido.⁵⁸³

A figura criminosa do art. 273 do Código Penal não se mostra inconstitucional por ofensa ao princípio da lesividade. Os crimes de perigo abstrato têm se afigurado um importante instrumento da dogmática penal, por permitir a punição de comportamentos que demonstrem alta probabilidade de dano, ainda que concretamente não haja prova da real possibilidade de lesão ao bem jurídico. A escolha da tipificação da conduta pelo critério do perigo abstrato ocorre por motivos de política criminal, considerados o contexto histórico vigente e a quantidade de perigo presente de acordo com o critério da experiência.

A exigência de prova do perigo concreto muitas vezes torna inaplicável a figura criminosa, inviabilizando que o praticante da conduta venha a ser condenado, porque a prova da efetiva submissão do bem jurídico a perigo pode ser complexa, custosa e morosa. Basta imaginar que para um novo medicamento ser aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, precisa ser submetido a várias fases experimentais, de acordo com um procedimento demorado e burocrático. Se o tipo penal incidente fosse de perigo concreto e a sua configuração exigisse a prova da nocividade da falsificação à saúde humana, exceto em casos no qual houvesse a falta do princípio ativo ou já conhecimento da inocuidade da substância empregada, seria possível que essa prova dependesse do mesmo procedimento de testes necessários para a aprovação do produto pela Anvisa. A norma penal incriminadora se tornaria letra morta.

A amplitude do objeto material das condutas incriminadas no art. 273 também é indene de críticas por considerável parcela da doutrina. O dispositivo, de consequências graves, penas altas previstas e caráter hediondo, sem distinção de qualquer natureza, em seu §1º-A, faz referência a “medicamentos”, “matérias-

⁵⁸³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª ed. Curitiba: ICP, Lumen Juris, 2005, p. 40.

primas”, “insumos farmacêuticos”, “cosméticos”, “saneantes” e “de uso em diagnóstico”.

A desaprovação dá-se porque a regra equipara, indevidamente, medicamentos a cosméticos e saneantes, desconsiderando que cosméticos servem somente à preservação da beleza, e saneantes se dirigem exclusivamente à preservação da higiene e desinfecção ambiental.⁵⁸⁴

Constata-se, quanto à falsificação de cosméticos e saneantes, uma violação ao princípio da proporcionalidade e um rigor excessivo na punição penal, porque as consequências à saúde humana são totalmente diversas daquelas previstas no caso dos medicamentos. Enquanto a falsificação de medicamentos pode ocasionar o agravamento da doença e, nos casos mais extremos, a morte, os cosméticos e saneantes levam, a rigor, a incômodos que raramente desencadeiam algum resultado mais desastroso à saúde ou ao organismo.

Miguel Reale Júnior sustenta que “a falta de justa medida agrava-se, e muito, diante dessa extensão que amplia o tipo penal bem além de qualquer perigo à saúde pública”.⁵⁸⁵ De fato, além de a adulteração de cosméticos e saneantes ser conduta que ordinariamente ocasiona menor risco à saúde, quando comparada à falsificação de medicamentos, esse suposto perigo ao bem jurídico pode sequer existir, e nesse caso se puniriam condutas sem qualquer potencialidade lesiva.

A Lei nº 9.677/1998 também ampliou o rol de condutas criminosas, estabelecendo a criação de figuras equiparadas nos §§ 1º-A e 1º-B do art. 273 do Código Penal. Tornou criminosos comportamentos que até então figuravam como meros ilícitos administrativos no regime da Lei nº 6.437/1977.

Importante análise diz respeito ao § 1º-B, inciso I, do artigo 273, do Código Penal, que criminaliza a conduta de quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente.

⁵⁸⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 3: parte especial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 167/168.

⁵⁸⁵ REALE JR, Miguel. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº. 763, 1999, p. 415/431.

O agente que praticar qualquer uma dessas condutas se sujeitará às mesmas penas do caput: dez a quinze anos de reclusão, e multa, além de sofrer as consequências da hediondez.

Pretende-se debater a razoabilidade da pena e das consequências rigorosas desse tipo penal (§ 1º-B, I), porque há uma flagrante contradição entre o rigor legislativo e atuações comuns do Judiciário, consistentes em decisões nas quais obriga o Estado ou os planos de saúde a fornecerem e custearem justamente medicamentos ainda não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, sem qualquer autorização desse órgão regulador.

Constata-se, em precedentes judiciais sobre a obrigação de fornecer remédios não registrados, que uma das teses de defesa para o não cumprimento da pretensão é a de que a importação do produto configura infração administrativa sanitária⁵⁸⁶ e o crime previsto no artigo 273, § 1º-B, do Código Penal.

O contexto em questão é o da crescente judicialização, no país, para o fornecimento de medicamentos não oferecidos pela política assistencial do Estado, estabelecida na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename) e na Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (Remune),⁵⁸⁷ ou não disponibilizados pelos planos de saúde, porque ausentes na Resolução Normativa da Agência Nacional de Saúde (ANS). Na maior parte dos casos os demandantes têm tido significativo sucesso nas lides que promovem,⁵⁸⁸ inclusive em relação a

⁵⁸⁶ A Lei nº 6.360/1976 proibiu a industrialização, exposição à venda e entrega ao consumo de qualquer medicamento antes de registrado no Ministério da Saúde (art. 12 c/c art. 1º), bem como previu requisitos específicos para a obtenção do registro, tais como o reconhecimento, por meio de comprovação científica e de análise, de que o produto seja seguro e eficaz para o uso a que se propõe, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias (art. 16, II).

⁵⁸⁷ listas criadas pelo Ministério da Saúde por recomendação da Organização Mundial da Saúde (OMS).

⁵⁸⁸ Nesse sentido, veja BRASIL, Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas da União nº 009.253/2015-7, Ministério da Saúde, de Relatoria do Ministro Bruno Dantas Nascimento (desde 04/05/2015). Fiscalização de Orientação Centralizada sobre Judicialização na Saúde, com o objetivo de identificar o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde, investigar a atuação do Ministério da Saúde e de outros órgãos e entidades dos três poderes para mitigar seus efeitos nos orçamentos e no acesso dos usuários à assistência à saúde, bem como a situação nos estados.

medicamentos de alto custo e sem registro na Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa).⁵⁸⁹

Segundo Adriana de Fátima Santos, Luciano Pereira de Souza e Marcelo Lamy:

são demandas individuais de pessoas acometidas por doenças raras ou por doenças que exigem tratamento de custo muito elevado, cujos medicamentos prescritos não integram as listas de dispensação em caráter excepcional – em função simplesmente de seu alto custo (opta-se por inserir na lista outro menos custoso), ou em função de se tratar de um tratamento que atinge alguma parcela invisível da população (caso de doenças raras) –; cujos medicamentos prescritos não possuem registro na Anvisa (algumas vezes, porque não foram autorizados no país; outras, porque ainda não se buscou o registro no país – compreensível nas hipóteses que não se vislumbra interesse comercial no país).⁵⁹⁰

Como reflexo da judicialização direcionada ao fornecimento de medicamentos, duas ações judiciais em tramitação no Supremo Tribunal Federal tiveram a sua repercussão geral reconhecida (RE 566471/RN e RE 657718/MG) para a pacificação da controvérsia sobre a obrigatoriedade ou não de o Estado disponibilizar, em caráter assistencial, medicamentos de alto custo não elencados na lista do Sistema Único de Saúde e sem registro no país. No dia 22 de maio de 2019, o Supremo julgou o RE 657718/MG, realizando uma regulamentação judicial efetiva sobre o assunto.⁵⁹¹

De toda essa problemática, o que tem relevância para o presente estudo, por conta do objeto, é o fragmento que se refere aos medicamentos sem registro na Anvisa, uma vez que esse ponto se configura como uma elementar do crime do § 1º-B, I, do art. 273 do Código Penal, conduta equiparada ao delito do *caput* da falsificação de medicamentos.

⁵⁸⁹ A Lei nº 9.782/1999, que instituiu o sistema nacional de vigilância sanitária, atribuiu à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde, a competência para exercer a vigilância sanitária de medicamentos no Brasil (art. 8º, § 1º, I).

⁵⁹⁰ SANTOS, Adriana de Fátima; SOUZA, Luciano Pereira; LAMY, Marcelo. *Regulação judicial da saúde e dos medicamentos de alto custo e sem registro*. VII Congresso Ibero-Americano de Direito Sanitário, 2017.

⁵⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 657718/MG*, rel. Min. Marco Aurélio (vencido), j. 22.05.2019.

Não se desconhece que o registro ou cadastro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária é relevante para permitir que o ente fiscalizador supervisione o produto, monitorando-o nos aspectos da segurança, eficácia e qualidade terapêutica. Mas levando em conta que a falta de registro não significa, por si só, que o medicamento seja inadequado ao que se propõe ou mesmo que gere riscos à saúde, indaga-se se o crime do § 1º-B, I, do art. 273 do Código Penal não trata o fato com excessivo rigor, impondo pena mínima de dez anos de reclusão e o regime de hediondez a condutas que poderiam não merecer, no caso concreto, reprimenda e disciplina legal de tamanha gravidade. Conforme já mencionado, teoricamente é possível que o produto disponibilizado sequer ofereça riscos à saúde, ou, pelo contrário, venha a se revelar benéfico a ela.

Há vários motivos para um remédio não ter recebido o registro por parte da Anvisa. O ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto no Recurso Extraordinário 657.718/MG, salienta a importância de se distinguir ao menos duas situações.

A primeira se refere aos medicamentos meramente experimentais, que são aqueles que, por ainda se encontrarem em fase de pesquisas, não possuem informações científicas suficientes que permitam atestar a sua eficácia e segurança. Não se afigura recomendável o seu fornecimento pelos seguintes motivos: a administração dessas substâncias apresenta potenciais riscos diretos e imediatos à saúde dos pacientes; existe a possibilidade de que, ao final dos testes, se constate que a substância é tóxica e capaz de produzir efeitos colaterais graves à saúde; e o tratamento com o fármaco pode se mostrar ineficaz, ocasionando a piora do quadro do paciente com a provável diminuição das possibilidades de cura e de melhoria da doença.⁵⁹²

A segunda situação diz respeito àqueles remédios que, apesar de já terem concluído todas as etapas de testes, apresentando evidências científicas e clínicas de eficácia e segurança, ainda se encontram sem registro na agência reguladora. É possível que o registro ainda não tenha ocorrido em razão de uma mora não razoável da Anvisa na apreciação do pedido de registro. Conforme salienta Barroso

⁵⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (voto vista do Min. Luís Roberto Barroso). *Recurso Extraordinário nº 657718/MG*.

essa inércia da agência prejudica os pacientes, já que impede que eles tenham acesso a medicamentos necessários para a fruição do direito fundamental à saúde.⁵⁹³

Na hipótese de não ter havido negativa de registro na Anvisa, mas apenas ausência dele em razão da mora do órgão regulador⁵⁹⁴ ou da falta de pedido do registro, não se pode descartar, a princípio, que o medicamento seja eficiente para o bem jurídico saúde. Em muitos casos, inclusive, apesar de não atestado pelo órgão regulador nacional, já conta com aprovação em renomados órgãos e agências de regulação no exterior, como a “Food and Drug Administration” (FDA) dos EUA, a “European Agency for the Evaluation of Medicinal Products” (EMA) da União Europeia, e a “Japanese Ministry of Health & Welfare” do Japão.⁵⁹⁵

A situação concreta, portanto, pode ser paradoxal: de um lado o produto não ter a chancela da Anvisa, mas por outro ser atestado por rigorosas agências de renome mundial. E, nesse caso, para efeitos penais, prevalece a falta do carimbo da agência reguladora nacional, seja em razão de eleger critérios próprios, válidos para o ambiente nacional, ou porque se afigure como o órgão competente para avaliar a utilização do produto em consonância com as especificidades socioambientais locais e as características fisiológicas da população brasileira.

O que chama a atenção é que eventual excessiva mora da Agência Nacional de Vigilância Sanitária na análise de pedidos de aprovação, situação que não é

⁵⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (voto vista do Min. Luís Roberto Barroso). *Recurso Extraordinário nº 657718/MG*.

⁵⁹⁴ A Lei no 6.360/1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, dispõe que “o registro será concedido no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data de entrega do requerimento, salvo nos casos de inobservância desta lei ou de seus regulamentos” (art. 12º, §3º). O Decreto no 8.077/2013, que regulamenta mais detalhadamente o registro de medicamentos, também adotou esse mesmo prazo de 90 dias (art. 7º, §1º). Ocorre que esse lapso temporal legal não é cumprido pela agência, de forma que segundo estabelecido no endereço eletrônico da própria Anvisa, o tempo médio de registro de medicamentos novos tem sido de aproximadamente 734 dias, ou seja, extremamente superior ao prazo definido na legislação (*In* BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Regularização de Produtos – Medicamentos*).

⁵⁹⁵ A própria Anvisa, em Resolução da Diretoria Colegiada (RDC 09/2015), que dispõe sobre o Regulamento para a realização de ensaios clínicos com medicamentos no Brasil, dispõe que se deve levar em consideração a aprovação por órgãos internacionais: d) comprovante de registro do ensaio clínico em base de dados de registro da International Clinical Trials Registration Platform / World Health Organization (ICTRP/WHO) ou outras reconhecidas pelo International Committee of Medical Journals Editors (ICMJE).

incomum, pode prejudicar o direito fundamental do paciente a um tratamento mais eficaz. É a situação que se materializa quando o produto aguarda análise na fila da agência, embora seja reconhecido e validado por órgãos reguladores de prestígio mundial. Por essa razão é que se questiona a abrangência do crime do § 1º-B, I, do art. 273 do Código Penal, no sentido de abarcar condutas que se refiram a medicamentos que tenham amparo na comunidade internacional ou que possuam mínima ou nenhuma chance de ofensividade à saúde.

A pena mínima de reclusão de dez anos e o regime de hediondez impostos àquele que “importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente”, pode se mostrar exagerada e desproporcional, sugerindo que se esteja diante de um direito penal hipertrofiado.

Note-se que essa conduta criminalizada no art. 273, §1-B, I, protege o mesmo bem jurídico que o crime de tráfico de drogas: a saúde pública. No entanto, distintamente das drogas, cujas substâncias que as integram, comprovadamente nocivas, estão necessária e abstratamente relacionadas em portaria do Ministério da Saúde, no caso dos remédios sem registro da Anvisa há punição por mera presunção, cuja nocividade pode sequer se confirmar de forma concreta. Essa desproporção no tratamento também se verifica quando se observa que o delito relacionado aos medicamentos não registrados tem reprimenda mínima de dez anos de reclusão, incisivamente superior aos cinco anos de pena mínima prevista para o tráfico de drogas.

Para exemplificar, a fosfoetanolamina sintética, conhecida como “pílula do câncer”, tem a sua venda proibida no Brasil, porquanto não é registrada na Anvisa. Após debates quanto à possibilidade de seu consumo e a declaração de inconstitucionalidade da Lei 13.269/2016⁵⁹⁶ pelo Supremo Tribunal Federal, a substância tem sido submetida a experimentos regulamentados pela Anvisa. Apesar de até o momento estar sendo comprovado que a substância possui pouca eficácia

⁵⁹⁶ Lei que chegou, por curto espaço de tempo, a autorizar o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.

para o tratamento do câncer,⁵⁹⁷ ⁵⁹⁸ há reivindicações no sentido de que seja autorizada a sua distribuição e comercialização como suplemento alimentar.⁵⁹⁹ ⁶⁰⁰

Essa situação emblemática demonstra que apesar de sua pouca eficácia no combate à doença para a qual se destina, a pílula do câncer não tem se apresentado nociva à saúde. Por isso parecem proceder as críticas quanto à intensidade da resposta penal prevista, disposta no artigo 273, §1º-B, I, do Código Penal.

O procurador federal Cléber Eustáquio é autor de uma ação civil pública que reivindica a autorização da utilização da pílula pela Anvisa, como suplemento alimentar, diante de supostos benefícios que ela apresentaria, e aduz que:

após uma série de quatro estudos, coordenados pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI), ficou demonstrado que a substância é atóxica e segura, sem apresentar quaisquer efeitos colaterais que pudessem tirar sua eficácia, ou mesmo efeitos deletérios ou prejudiciais à saúde de quem dela fizesse uso.

(...)

sua ingestão diária auxilia no reparo celular e equilibra as funções orgânicas e metabólicas do corpo, sendo bastante útil como alimento para idosos e/ou alimento para atletas. Nos EUA e em vários países da Europa a substância já é bastante conhecida e comercializada livremente.⁶⁰¹

⁵⁹⁷ Teste com a pílula do câncer mostra resultados abaixo do esperado 72 pacientes receberam a pílula e 59 passaram por reavaliações. Em apenas um paciente o tumor diminuiu mais de 30%. Em julho do ano passado, o governo do Estado decidiu patrocinar um estudo para verificar a segurança e a eficiência da fosfoetanolamina. O exame foi feito com pacientes do Instituto do Câncer, que já tinham passado por outros tratamentos sem resultado. A primeira fase mostrou que não havia efeitos colaterais. A segunda, para verificar a eficácia, mostrou resultados bem abaixo do esperado, segundo o coordenador da pesquisa, o oncologista Paulo Hoff (KOVALICK, Roberto. Teste com a pílula do câncer mostra resultados abaixo do esperado. *Jornal Hoje*, 31.03.2017).

⁵⁹⁸ Além do Instituto do câncer, cinco relatórios de pesquisas financiadas pelo antigo Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação indicaram que a molécula não agia contra o câncer (CPI diz que testes da pílula do câncer teve falhas e pede nova pesquisa. *UOL. Ciência e Saúde*, em São Paulo, 04.04.2018).

⁵⁹⁹ EQUIPE ONCOGUIA. MPF pede que 'pílula do câncer' seja reconhecida como suplemento alimentar e tenha comercialização liberada no país. *Instituto OncoGuia*, 14.06.2018.

⁶⁰⁰ Pílula do câncer será importada legalmente, mas venda é proibida no Brasil. A fosfoetanolamina começará a ser vendida online como suplemento alimentar e os brasileiros poderão comprar legalmente. Pesquisadores estão produzindo a substância na Flórida, Estados Unidos, e prometem vender para o mundo todo. Mesmo com a produção e venda da pílula suspensas no Brasil, a Anvisa afirmou em nota ao UOL que "a importação de produtos de interesse à saúde dispensa a autorização da autoridade". Porém, a importação em grande escala está vetada. Só não será necessária a autorização prévia da agência em casos de importação para uso próprio, "com quantidade e frequência de compra compatível com a duração e finalidade do tratamento, ou que não caracterize comércio ou prestação de serviços a terceiros" (*PÍLULA do câncer será importada legalmente, mas venda é proibida no Brasil. UOL. Ciência e Saúde*, em São Paulo, 14.02.2017).

⁶⁰¹ EQUIPE ONCOGUIA. MPF pede que 'pílula do câncer' seja reconhecida como suplemento alimentar e tenha comercialização liberada no país. *Instituto OncoGuia*, 14.06.2018.

Se a saúde, direito social e fundamental, é direito de todos e dever do Estado, a sua proteção contra condutas atentatórias também precisa se dar no âmbito do direito penal quando isso se mostrar estritamente necessário, mas a intervenção precisa respeitar a proporcionalidade.

Quando a Constituição Federal estabeleceu um mandado de criminalização expresso no artigo 5º, XLIII, definindo uma intervenção penal mais rígida para os crimes de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, de terrorismo e de crimes definidos como hediondos, não indicou o conteúdo da expressão “crimes hediondos” e deixou a tarefa de fazê-lo para o legislador ordinário.

A edição da lei de crimes hediondos resultou na inclusão, entre a gama de delitos tipificados, daquele que ora se discute, cujo bem jurídico tutelado é a saúde pública. Trata-se de interesse relevante e possuidor de dignidade penal, em nível suficiente para merecer proteção por norma que estatui um crime hediondo, porque a saúde pública, em nível constitucional, se consagra como interesse tutelado por um crime de gravidade similar, equiparado a hediondo, que penaliza o tráfico ilícito de entorpecentes.

Nessa perspectiva, estabelecer a hediondez a outras condutas violadoras da saúde coletiva, preserva a lógica do microsistema de crimes hediondos e assemelhados, que, seguindo uma diretriz constitucional, trata comportamentos gravosos com o mesmo rigor.

Ao legislador ordinário se incumbe definir, especificamente, quais comportamentos humanos trazem situações perigosas com potencial de por em risco a saúde de um número indefinido de pessoas. Se a saúde coletiva possui presunção de dignidade penal pelo constituinte, o mesmo não se pode dizer da carência de intervenção penal. Esta última depende de um juízo de necessidade a ser exercido pelo legislador penal, e será ele, no gozo dessa prerrogativa, quem traçará as condutas e os seus contornos, inclusive atribuindo-lhes a qualidade de hediondez.

Na seleção das condutas que mereçam ser qualificadas como hediondas, o legislador precisa ter como contorno predominante a lesão efetiva ou perigo de lesão

à saúde de número indefinido de pessoas, não merecendo ser enquadrados como repugnantes comportamentos que possam afetar diretamente a ordem econômica, e apenas eventualmente a saúde coletiva. Explica-se.

Antes da disponibilidade de um medicamento no mercado de consumo, o registro dele junto à Anvisa depende de pesquisas pré-clínicas e clínicas para a análise de segurança, eficácia e qualidade, e de submissão a uma regulação econômica. Portanto, além da averiguação médico-científica, exige-se que se apresentem informações relacionadas ao valor de aquisição da substância ativa e o preço que se almeja cobrar do consumidor, para que a agência reguladora possa monitorar os preços desses fármacos de forma a impedir abusos (art. 7º, XXV, Lei nº 9.782/99; art. 16, VII, Lei nº 6.360/76).

Já se demonstrou reiteradamente que um medicamento pode não ter recebido o registro da Anvisa e mesmo assim não implicar em risco à saúde coletiva, e que, diante disso, em muitos casos, a punição de reclusão de dez a quinze anos e o qualificativo da hediondez seriam exageradas. Nesses casos há a possibilidade de que, em tese, venham a ser punidos, com as penas do art. 273, §1º-B, I, diversos fatos em que o interesse violado será apenas de caráter econômico.

Resta claro, então, que a elaboração legislativa violou o princípio constitucional da proporcionalidade, sob a ótica da vedação do excesso, porque uma pena mínima de dez anos se afigura desmedida para se alcançar o suposto fim de proteger a saúde, que na prática pode sequer estar em risco.

Por fim, como forma de demonstrar que as condutas punidas no art. 273, §1º-B, I, não aparentam ser tão gravosas, há diversas ações judiciais em que o próprio Judiciário autorizou e obrigou o Estado ou os planos de saúde a venderem e fornecerem, aos autores, remédios não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não havendo sequer manifestação da Anvisa nos respectivos autos judiciais.

Para ilustrar, no Recurso Especial nº 1.791.818/SP, cujo Min. Relator é Marco Aurélio Bellizze, apesar de o paciente ter perdido sua reivindicação no Superior Tribunal de Justiça, após recurso da Bradesco Seguros, havia logrado êxito no Juízo

de primeiro grau e no Tribunal de origem. O usuário do plano de saúde, portador de atrofia muscular espinhal, doença grave, neurodegenerativa e progressiva, caracterizada pela perda progressiva dos neurônios motores, pleiteava, segundo o relatório médico, uma terapia que dependeria do medicamento “Spinraza”. A sua necessidade havia sido justificada na singularidade do tratamento, o único existente na atualidade, e se apontou que a situação era grave e urgente, visto que o autor já apresentava insuficiência respiratória neuromuscular crônica, e que, por conta disso, dependia de ventilação mecânica. O plano de saúde havia negado o fornecimento sob a alegação de que o medicamento, estrangeiro, precisava ser importado e não tinha registro na Anvisa⁶⁰², e que se o fizesse incorreria em infração sanitária da Lei nº 6.437/77 e no crime do artigo 273, § 1º-B, I, do Código Penal. O STJ reformou a anterior procedência do pedido, revogando a condenação da ré ao custeio do tratamento prescrito.⁶⁰³

No que tange ao RE 657718/MG, o Ministro Relator, Marco Aurélio Mello, apesar de a princípio ter concluído pela impossibilidade de o Estado ter a obrigação de fornecer medicamento não aprovado pela Anvisa, mudou de opinião, e, aditando o seu voto, propôs a seguinte tese:

o Estado está obrigado a fornecer medicamento registrado na Anvisa, como também o passível de importação, sem similar nacional, desde que comprovada a indispensabilidade para a manutenção da saúde da pessoa, mediante laudo médico, e tenha registro no país de origem.⁶⁰⁴

Apesar de o ministro ter ponderado que o art. 12 da Lei 6.360/1976 veda a industrialização, a exposição à venda ou a entrega ao consumo de medicamento sem o registro da Anvisa, salientou que a situação concreta, respaldada em laudo médico, escapa à incidência da norma proibitiva. Assim, se o remédio não possuir similar nacional e se revelar necessário e indispensável à saúde, o Estado estará

⁶⁰² Note-se a ANVISA acabou concedendo o registro do Spinraza em 2017.

⁶⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1791818/SP*, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 01.02.2019, DJe 14.02.2019.

⁶⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Informativo nº 841 STF). *Recurso Extraordinário nº 657718/MG*, rel. Min. Marco Aurélio Mello.

compelido a custear a importação do fármaco designado comumente como órfão, quando devidamente registrado no país de produção.⁶⁰⁵

No dia 22 de maio de 2019 o Ministro Marco Aurélio restou vencido. O Supremo Tribunal Federal deu parcial provimento ao RE 657718/MG nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso. Em seu voto-vista, o ministro Roberto Barroso salientou que a regra geral consiste na não obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamentos não registrados na Anvisa. Essa regra visa garantir a proteção da saúde pública, para que sejam comercializados apenas fármacos eficazes, seguros e de qualidade, e assegurar o devido controle de preços. Conforme a tese geral⁶⁰⁶ que ficou estabelecida pelo Supremo, em nenhuma hipótese o Poder Judiciário deve obrigar o Estado a fornecer medicamentos meramente experimentais, o que não inviabiliza a dispensação desses remédios no estrito âmbito dos programas de testes clínicos, acesso expandido ou uso compassivo, nos termos da regulamentação aplicável. Já no caso dos fármacos com eficácia e segurança comprovadas, mas ainda carentes de registro na agência reguladora.⁶⁰⁷

3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019.⁶⁰⁸

Da tese fixada indaga-se se a Corte Superior estaria criando uma excludente da ilicitude do crime do art. 273, §1º-B, I, no caso de fornecimento do medicamento nos casos de mora da Anvisa, preenchidos os critérios fixados na tese.

⁶⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Informativo nº 841 STF). *Recurso Extraordinário nº 657718/MG*, rel. Min. Marco Aurélio Mello.

⁶⁰⁶ Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais” (...). BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 657718/MG*, rel. Min. Marco Aurélio (vencido), j. 22.05.2019.

⁶⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (voto vista do Min. Luís Roberto Barroso). *Recurso Extraordinário nº 657718/MG*.

⁶⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 657718/MG*, rel. Min. Marco Aurélio (vencido), j. 22.05.2019.

Em segundo plano sugere-se que uma eventual autorização do Judiciário para que remédios sem registro na Anvisa sejam fornecidos em algumas situações delineadas no recurso extraordinário, sinaliza que o fornecimento de substâncias sem registro do órgão regulador não necessariamente acarreta riscos de dano à saúde pública.⁶⁰⁹

Os fundamentos debatidos no recurso extraordinário demonstram uma fragilidade da tipificação, como crime hediondo e de gravidade ímpar, da conduta do art. 273, §1º-B, do Código Penal, principalmente em razão de ser analisada somente na perspectiva abstrata, de risco, e não de acordo com um dano concreto verificado.

O ideal é que essa desproporcionalidade violadora da proibição de excesso seja corrigida pelo Poder Legislativo, a fim de que evite o casuísmo do Judiciário e, portanto, insegurança jurídica. Apesar de a pena mais adequada se mostrar condizente, ao menos, àquela cominada ao crime de tráfico de drogas, não é dado ao Judiciário aplicar normas penais previstas para caso diverso, em verdadeira combinação de leis, ainda que em favor do réu, sob o risco de incorrer na aplicação de uma terceira lei não criada pelo Legislativo, em clara violação à Separação de Poderes.

Ainda que o Judiciário, por vezes proceda à adequação do preceito secundário do art. 273, §1º-B, I, do Código Penal à sanção penal do tráfico de drogas, não se mostra razoável que o crime continue sendo hediondo, porquanto a sua gravidade não justifica tão grave reprimenda, e, diferentemente do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, não há mandado de criminalização constitucional expressa nesse sentido.⁶¹⁰

⁶⁰⁹ BOTTINO, Thiago; SCHILLER, Alexandre Ortigão Sampaio Buarque. Aspectos penais e regulatórios da venda de medicamentos sem registro. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 14, n. 1 / 2019 e32592.

⁶¹⁰ Observe-se que já há julgados do Superior Tribunal de Justiça combinando o preceito primário do art. 273, §1º-B, I, do CP, com o preceito secundário do art. 33 da Lei 13.343/06. Nesse sentido, veja: STJ - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ARTIGO 273, § 1º-B, INCISO I DO CÓDIGO PENAL PELA CORTE ESPECIAL DESTESUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO DA PENA COMINADA PARA O CRIME PREVISTO NO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. COAÇÃO ILEGAL EXISTENTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Ao julgar a arguição de inconstitucionalidade formulada no HC n. 239.363/PR, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma do artigo 273, § 1º-B, inciso V do Código Penal. 2. Em atenção à referida decisão, as Turmas

A decisão do recurso extraordinário 657718/MG, que regulamenta os medicamentos sem registro na Anvisa, parece que afetará diretamente a aplicação do art. 273, §1º-B, do Código Penal.

Se a saúde pública, objeto jurídico protegido pela norma penal, não puder sequer sofrer risco de lesão quando o objeto material da conduta envolver certos medicamentos, abrangidos por critérios definidos pela Corte Suprema, haverá a criação de casos de exclusão da ilicitude. Por outro lado, quando o medicamento não estiver enquadrado nos referidos critérios, a exemplo de não ter havido pedido de registro na Anvisa ou havendo pedido, ainda não estar configurada a mora do órgão regulador, haverá tipicidade penal. Esses exemplos demonstram que as elementares do tipo penal são frágeis para que ele continue sendo hediondo. Basta imaginar o caso em que o medicamento seja bom para a saúde, mas que ainda não tenha havido pedido de registro na Anvisa por falta de interesse comercial.

A par da tese fixada pelo Supremo, não parece que a venda clandestina de um medicamento eficaz, potencialmente seguro, e, portanto, teoricamente benéfico à saúde (quando, por exemplo, já aprovado no exterior por agências reguladoras renomadas), se mostre merecedora de intervenção penal tão rígida, com clara violação ao princípio da proporcionalidade.

que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar a aplicação do preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006 aos casos em que o acusado é condenado pelo crime previsto no artigo 273, § 1º-B, do Código Penal (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AI no HC 239363/PR 2012/0076490-1*, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 26.02.2015, DJe 10.04.2015).

CONCLUSÃO

1. O longo curso da história demonstra, por sua dinâmica, que o modelo de Estado vigente determina a intensidade e a natureza dos mecanismos de controle social, de modo que uma sociedade estruturada em valores mais rígidos naturalmente apresenta um sistema punitivo com uma rigidez correspondente.
2. Na democracia adota-se um direito penal identificado como garantista, segundo o qual, com atenção aos princípios da legalidade e da intervenção mínima, as criminalizações, as sanções e, de modo geral, a política criminal, atendem aos interesses da sociedade, selecionados por ela para a manutenção da ordem e da convivência.
3. A legitimidade da intervenção penal para a seleção das condutas humanas que precisam ser incriminadas revela um constante paradoxo: (a) de um lado uma intervenção menos acentuada, sob a alegação de que apenas em último caso pode-se atingir o direito fundamental à liberdade, conquistado pouco a pouco e a duras penas; (b) em outra perspectiva, a coletividade moderna, cada vez mais ameaçada por delitos graves e perigos que surgem devido às rápidas transformações sociais, típicos de uma sociedade de risco, reivindica o recrudescimento da intervenção penal, para a garantia de direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos.
4. Portanto, a intervenção penal precisa atender as duas perspectivas de forma equilibrada, para que não haja uma intervenção penal sem legitimidade, na qual o poder punitivo destoa do modelo de Estado vigente.
5. Muitas teorias pretenderam encontrar critérios para limitar e legitimar o Direito Penal. O reconhecimento paulatino de novas categorias de direitos e as mudanças percebidas no papel do Estado exerceram enormes influências nas políticas penais adotadas.
6. Se a função do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito é a proteção de bens jurídicos relevantes (tese majoritariamente aceita), o desenvolvimento das teorias que procuraram revelar um conceito material de crime se mostraram

relevantes para conter aquilo que poderia ser punido criminalmente, de forma a se evitar uma intervenção ineficaz e excessiva na liberdade.

7. O “conceito crítico de bem jurídico”, de Claus Roxin, contribuiu para o fornecimento de critérios importantes para conferir legitimação e sustentação à criminalização de comportamentos, e evitar discricionariedades arbitrárias do legislador. O direito penal só pode ter por objeto aquilo que busque garantir aos indivíduos uma existência pacífica, livre e socialmente segura. Os bens jurídicos dignos e legítimos de tutela são os definidos como *circunstâncias reais dadas* ou que atendam às *finalidades necessárias* para uma vida segura e livre, que assegurem os direitos humanos e civis de cada cidadão e garantam o funcionamento de um sistema estatal que se funda nesses propósitos.

8. Com a constitucionalização dos bens jurídico-penais o poder de punir do Estado passou a ser delineado pela Lei Maior. Na democracia a ordem constitucional pode limitar materialmente aquilo que pode ser punido, de forma que se defendeu que esse limite é de caráter negativo, se afigurando possível incriminar os comportamentos que não atentem contra o texto constitucional. Partiu-se do raciocínio de que se a Constituição fosse considerada limite máximo (positivo), a tese poderia não se mostrar adequada em países que, diferentemente do Brasil, não possuem uma Constituição prolixa e dirigente.

9. A Constituição também fundamenta o Direito Penal, impondo a incriminação de condutas. A Constituição dirigente se destina a transformar a realidade, de maneira que em algumas passagens, através de política criminal, impele deveres de proteção por meio da tutela penal.

10. Os mandados expressos de criminalização se revelam como uma realidade constitucional, uma vez que o texto é claro e incisivo acerca de sua existência. O constituinte, ao estabelecê-los, tinha a intenção de impor deveres irrenunciáveis ao legislador, já que a Constituição e a lei são mecanismos integrados e congruentes. Quando a Lei Maior estabelece de forma expressa e impositiva que um comportamento será definido como crime, ao legislador ordinário é subtraída a

faculdade de não fazê-lo, devendo necessariamente atender ao mandamento constitucional.

11. A Constituição Federal tem força normativa, vincula o legislador ao seu comando, impedindo que este atue de forma contrária a ela. Assim como obriga certas criminalizações, proíbe descriminalização ou punição aquém das suas cláusulas mandatárias. Isso não enseja o absoluto esvaziamento da discricionariedade política do legislador legitimamente eleito, já que restam no âmbito da lei em sentido estrito, as definições de aspectos marginais que delimitam a figura delitiva, como os verbos, as elementares, as circunstâncias, sanções, entre outras características.

12. Após a conclusão de que todos os bens jurídicos dispostos na Constituição possuem dignidade penal e legitimam a intervenção penal, sustentou-se que, dentre esses bens, existe um núcleo que goza de supremacia na ordem axiológica constitucional. Essa esfera mais restrita goza de elevada dignidade penal e, por isso, é protegida por mandados implícitos de criminalização, que têm natureza de imposições relativas de criminalização.

13. Ainda que o Direito Penal seja delineado pelo princípio da intervenção mínima, isso não significa que se refute a eventual necessidade de um expansionismo penal, principalmente quando isso seja imprescindível para a proteção de bens coletivos e difusos. A Constituição Brasileira de 1988, dirigente e normativa, estabelece deveres de proteção, de forma que o sistema punitivo também é comprometido com esses novos valores galgados de supremacia no atual Estado Democrático de Direito.

14. A saúde, segundo a Organização Mundial de Saúde, é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doença ou enfermidade. Esse conceito teve a importância de agregar as injunções sociais como determinantes para a saúde, mas a exigência da plenitude de bem-estar para a existência da saúde pode levar a conclusão de que quase ninguém tem saúde. Por isso, preferiu-se eliminar a expressão “completa”, substituindo-a por “razoável”.

15. A saúde não era, nas Ordenações do Reino, protegida penalmente como um fim em si mesmo; eventualmente recebia proteção por via reflexa, mediata. No âmbito

nacional, foi no Código Penal da República que surgiu uma categoria de delitos voltada à proteção da saúde na perspectiva coletiva. O Código de 1940 inovou com a dedicação de um capítulo inteiro para a tutela da incolumidade pessoal, prevendo a punição de condutas geradoras de riscos para a vida e para a saúde.

16. A saúde já vinha sendo protegida em normas do ordenamento jurídico nacional antes da edição da Constituição de 1988 (ápice de sua proteção no Brasil), e da teoria dos mandados de criminalização. A saúde já se consagrava como um interesse digno de tutela penal por se configurar como uma *circunstância real dada* (conforme o conceito crítico de bem jurídico, de Claus Roxin).

17. O estabelecimento de cláusulas de penalização no âmbito constitucional enseja uma proteção mais eficaz dos bens jurídicos eleitos, já que estipula um compromisso com o presente e o futuro, pois além de fonte de criminalização, se apresenta como barreira para a descriminalização ou tratamento penal deficiente desses bens jurídicos. Os mandados de criminalização garantem a estabilidade da proteção do bem jurídico no âmbito penal.

18. A Constituição Federal de 1988 previu a saúde como direito fundamental social (art. 6º), direito de todos e dever do Estado (art. 196) e ampliou significativamente os dispositivos no tratamento da matéria. Determinou que o Sistema Único de Saúde atendesse todos os que necessitassem e de maneira integral, por reconhecer que a saúde é um direito primordial para a concretização da própria vida e também para uma sobrevivência com dignidade. Surgiu um novo paradigma, que tornou a saúde um interesse primordial na nova ordem axiológica constitucional e social, obrigando o Estado a atuar positivamente para promovê-la e protegê-la, inclusive em face dos particulares.

19. A Lei Maior, além de impor a promoção da saúde por meio de políticas públicas, resolveu protegê-la também por meio do Direito Penal, já que, determinou por mandados expressos de criminalização, a sua tutela em alguns dispositivos constitucionais. O reconhecimento da saúde como meio necessário e essencial para a garantia da vida e da dignidade humana, permitiu que a Constituição a chancelasse como um bem jurídico merecedor de elevada dignidade penal, a ponto

de podermos concluir que a saúde é um bem jurídico protegido por mandados tácitos de penalização.

20. Além de a saúde ser um bem jurídico essencial para a dignidade humana (art. 1º), também é imprescindível para o atingimento de uma sociedade mais livre, justa e solidária (art. 3º), de forma que a sua proteção na maior medida possível garante maior Justiça Social. Esses critérios também devem nortear o legislador penal para a criminalização das condutas mais gravosas. Eles têm sido atendidos pelo legislador penal, já que mesmo já existindo o crime de omissão de socorro, houve preocupação em punir condutas egoísticas que vinham sendo praticadas pelos hospitais privados. A falta da observância do dever de solidariedade ensejou um novo tipo penal, em 2012, com a criminalização do “condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial” (art. 135-A, CP).

21. O meio ambiente é um dos determinantes do conceito de saúde. Como a defesa do equilíbrio ecológico tem por fim uma sadia qualidade de vida, o constituinte estabeleceu a proteção da saúde dentro da tutela da proteção ambiental, de forma que a saúde também está contida no mandado expresso impositivo previsto no §3º do art. 225 da Lei Maior.

22. A saúde coletiva foi protegida pelo mandado expresso de criminalização do art. 5º, XLIII, da CF, que determinou que se punisse penalmente e com especial rigor o tráfico ilícito de drogas de forma equiparada aos crimes hediondos. Apesar de o delito já existir antes da CF/88, essa cláusula veio proteger a saúde de modo mais eficiente e condizente com a gravidade da realidade social, já que conferiu uma estabilidade para o futuro e impediu que o legislador ordinário, acaso pretendesse, viesse a descriminalizar o comportamento ou trata-lo de forma branda, em descompasso com a Constituição.

23. A tutela da saúde coletiva pelo tráfico de drogas revelou que a Constituição infirmou a saúde como um bem dotado de dignidade penal, em nível suficiente para merecer a proteção através de um crime hediondo. A concessão do caráter de hediondez a outras condutas violadoras da saúde coletiva preserva a lógica do

microsistema de crimes hediondos e assemelhados, que, seguindo uma diretriz constitucional, trata comportamentos gravosos com o mesmo rigor.

24. A falsificação de medicamentos, que se tornou hedionda em 1998, é conduta grave, pois permite que pessoas doentes façam uso de substâncias que lhes trarão malefícios, imaginando que, ao consumi-las, terão a saúde recuperada. Esses produtos costumam não ter relação com a fórmula terapêutica verdadeira ou conter substâncias prejudiciais, podendo gerar resistência a drogas e a piora da enfermidade, inclusive com o risco de morte.

25. A falsificação de saneantes e cosméticos e o comércio de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, receberam um tratamento penal hipertrofiado, havendo violação do princípio da proporcionalidade. Muitos remédios sem registro na Anvisa não provocam lesão ao bem jurídico e, mais do que isso, podem promover benefícios à saúde. São incontáveis as ações judiciais em que a Justiça autorizou e obrigou o Estado ou os planos de saúde a vender e fornecer, aos demandantes, medicamentos sem a chancela da Anvisa, inclusive sem qualquer manifestação do órgão regulador nos respectivos autos judiciais.

26. O art. 5º, §3º, do Texto Constitucional é um mandado expresso de criminalização, pois garante que os direitos humanos reconhecidos em tratados internacionais e inseridos no ordenamento jurídico com força de norma constitucional ampliem o elenco de bens jurídicos a serem protegidos, servindo de limite e fundamento ao Direito Penal. Esse *status* equivalente à emenda constitucional faz com que esse novos valores tenham força normativa, revigorando o Direito Penal.

27. O legislador ordinário atendeu ao mandado de criminalização do art. 5º, §3º, quando, em cumprimento ao tratado internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, promulgou a Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/2015), já que além de aumentar a pena dos tipos penais existentes na Lei 7853/1989, criminalizou novas condutas no texto do Estatuto. O Direito Penal foi oxigenado para a proteção dos direitos à igualdade e à dignidade (art. 88), à saúde e à vida (art. 90) e ao patrimônio (art. 89 e 91) dessas pessoas.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible. *Revista La Ley. Suplemento de Jurisprudenciade Derecho Administrativo*, año LXV, número 119, Buenos Aires, 25 de junio de 2001.

AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: MELLO E SOUZA, Laura. *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luiz Antônio F. A sociedade e a lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. *Revista Justiça e História – Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 3, n. 6, 2003. Disponível em: <<http://nevusp.org/wp-content/uploads/2015/01/down113.pdf>> Acesso em: 08.02.2019.

AMBROSINI, Diego Rafael. A interiorização da metrópole: atores e instituições. In MOTA, Carlos Guilherme (coord.). *Os Juristas na formação do Estado-Nação Brasileiro*. Volume I. Século XVI a 1850. Coleção Juristas Brasileiros. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado absolutista* (tradução João Roberto Martins Filho). São Paulo: Brasiliense, 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2004.

_____. *A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime*. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Aequitas-Editorial Notícias, ano 2, fasc. 2.

ARÚS, Francisco Bueno. *La ciencia del derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*. Madrid: Thomson Civitas, 2005.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Trad. Ana Lúia Sabadell. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 2, n. 5, jan-mar, 1994.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. *Aspectos históricos e normativos da política pública de saúde no Brasil*. Fmu direito: revista da Faculdade de direito das Faculdades metropolitanas de São Paulo, São Paulo, v. 20, n. 28, p. 126-135, 2006.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

_____. Outro argumento sobre crimes hediondos. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003.

BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação legislativa*. Brasília, a. 36 n. 142, abril/junho, 1999.

BERLINGUER, Giovanni. *A doença*. São Paulo, Hucitec, 1988. Disponível em: <<http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2013/10/A-doenca.pdf>> Acesso em 25.02.2019.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. Trad. Marco Aurélio Nogueira. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BODIN, Jean. *Os Seis livros da República: Livro Primeiro*. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Dos Direitos Sociais aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONFIM, Edilson Mougnot. O moderno processo penal, suas três velocidades e seu método interpretativo. *Revista Ministério Público Est. PA*, Belém, v.8, n. 8, p. 1-342, 2015.

BOTTINO, Thiago; SCHILLER, Alexandre Ortigão Sampaio Buarque. Aspectos penais e regulatórios da venda de medicamentos sem registro. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 14, n. 1, 2019 e32592. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/download/32592/pdf>>. Acesso em: 20.03.2019.

BOZOLA, Tulio Arantes. *Os crimes de perigo abstrato no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Regularização de Produtos – Medicamentos*. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/fila-de-analise>> Acesso em: 19.03.2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas das Comissões. Suplemento ao nº 81 do Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/sistema.pdf>> Acesso em: 07.03.2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas das Comissões. Suplemento 'B' ao nº 307 do Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/307anc23set1988SUPB.pdf>> Acesso em: 11.03.2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1998* [recurso eletrônico]. Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9, Edições Câmara, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>> Acesso em: 05.03.2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Lei de 1º de outubro de 1828*, arts. 56, 69, 70 e 76, que dá nova forma as Camaras Municipaes, marca suas atribuições Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38281-1-outubro-1828-566368-publicacaooriginal-89945-pl.html> Acesso em: 18.08.2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto 3.987 de 1920*, que reorganiza os serviços da Saúde Pública. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1920-1929/lei-3987-2-janeiro-1920-570495-publicacaooriginal-93627-pl.html>> Acesso em: 18.08.2018.

BRASIL. Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: 18.08.2018.

BRASIL. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (*Decreto nº 847, de 11 de out de 1890*). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm> Acesso em: 18.08.2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS). *Entra em vigor lei que torna crime exigir cheque-caução*, 30.05.2012. Disponível em: <<https://www.conass.org.br/entra-em-vigor-lei-que-torna-crime-exigir-cheque-cauca/>> Acesso em: 08.05.2019.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de set de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 18.08.2018.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Título 2º, art. 6º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 12.08.2018.

BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados. *Ano LIII - nº 040*. Brasília, DF, 10 de março de 1998. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD10MAR1998.pdf#page=43>>. Acesso em 18.03.2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Qualidade do ar*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/qualidade-do-ar>> Acesso em: 17.04.2019.

BRASIL. Rio de Janeiro. *Código de Posturas de 1830*. Disponível em: <http://wpro.rio.rj.gov.br/arquivovirtual/web/fontes/exibirObjDigital.php?id_objetoDigital=22169> Acesso em: 12.08.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1791818/SP*, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 01.02.2019, DJe 14.02.2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=91542820&num_registro=201900122458&data=20190214> Acesso em: 13.03.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *AI no HC nº 239363/PR 2012/0076490-1*, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 26.02.2015, DJe 10.04.2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/180398766/arguicao-de-inconstitucionalidade-no-habeas-corpus-ai-no-hc-239363-pr-2012-0076490-1/relatorio-e-voto-180398769?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28.03.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *HC nº 118533/MS*, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23.06.2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319638&caixaBusca=>>> Acesso em: 08.03.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 657718/MG*, rel. Min. Marco Aurélio (vencido), j. 22.05.2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4826917&ext=RTF>> Acesso em: 02.06.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (voto vista do Min. Luís Roberto Barroso). *Recurso Extraordinário nº 657718/MG*. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-versão-final.pdf>> Acesso em: 18.03.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Informativo nº 841 STF). *Recurso Extraordinário nº 657718/MG*, rel. Min. Marco Aurélio Mello. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo841.htm#Direito à saúde e medicamento sem registro na Anvisa - 2](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo841.htm#Direito%20%C3%A0%20sa%C3%ADe%20e%20medicamento%20sem%20registro%20na%20Anvisa%20-%20)> Acesso em: 13.03.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (voto do Min. Relator Celso de Mello). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>> Acesso em: 27.03.2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas da União nº 009.253/2015-7*, Ministério da Saúde, de Relatoria do Min. Bruno Dantas Nascimento (desde 04.05.2015). Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=9253&p2=2015&p3=7>> Acesso em: 18.03.2019.

BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilherme de Sá. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado. *Revista dos Tribunais*, vol. 961, novembro de 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.961.10.PDF> Acesso em: 30.01.2019.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956.

_____. *Direito Penal: parte especial*. Tomo IV. 1. ed. São Paulo: Forense, 1966.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Direito Penal. Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CABRAL, Dilma. *Físico-mor, Fisicatura-mor do Reino, Estado e Domínio Ultramarinos*, 2011. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-periodo-colonial/182-fisico-mor-fisicatura-mor-do-reino-estado-e-dominios-ultramarinos>> Acesso em: 12.08.2018.

CAMPANA, Eduardo Luiz Michelin. *A fundamentação constitucional da tutela penal da ordem econômica*, 2011. Dissertação Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

CAMPOS, Juarez de Queiroz; Santo, Antonio Carlos G.E.; Mantovani, Maria de Fátima. *Introdução à saúde pública*. São Paulo: J. Q. Campos, 1987.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da "constituição social")*. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm> Acesso em: 21.01.2019.

CARLINI, Elisaldo Araújo. A história da maconha no Brasil. *Jornal brasileiro de psiquiatria*, vol. 55, nº. 4, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0047-20852006000400008&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 16.08.2018.

CARTA DE OTTAWA. Primeira Conferência Internacional sobre promoção da saúde. Ottawa, novembro de 1986. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf>. Acesso em: 26.02.2019.

CARVALHO, Gilson. *A saúde pública no Brasil*. Estudos avançados, vol.27 nº. 78. São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142013000200002>> Acesso em: 10.02.2019.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CARVALHO, Olavo de. *O Jardim das Aflições – de Epicuro à ressurreição de César: ensaio sobre o Materialismo e a Religião Civil*. 3. ed. Campinas: Vide Editorial, 2015.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. *Processos coletivos e políticas públicas: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUR, Paulo José da Costa. *Direito penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: RT, 1995.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, 2011.

COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONDE, Francisco Munõz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal. Parte general*. 8. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. Disponível em: <http://www.derechopenalnlared.com/libros/Derecho_Penal_Parte_General_Munoz_Conde_Mercedes_Aran.pdf> Acesso em: 25.12.2018.

CONSTITUIÇÃO da República Italiana, versão em língua portuguesa. Disponível em: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/no_vita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf> Acesso em: 01/06/2019.

CONSTITUIÇÃO Espanhola. Disponível em: <https://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf> Acesso em: 01/06/2019.

CONSTITUIÇÃO Francesa, versão em língua portuguesa. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf> Acesso em: 01/06/2019.

COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz. *O Direito Penal e os influxos legislativos pós-Constituição De 1988: Um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição?* Disponível em: <https://andrecopetti.webnode.com.br/_files/200000036-9beac9ce4d/O%20DIREITO%20PENAL%20E%20OS%20INFLUXOS%20LEGISLATIVOS%20P%C3%93S-CONSTITUI%C3%87%C3%83O.pdf> Acesso em: 21.01.2019.

COSTA, Eduardo Maia. A Constituição e o Código Penal: breves reflexões. *Revista do Ministério Público*. Lisboa, ano 3, v. 12, 1998.

COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CPI diz que testes da pílula do câncer teve falhas e pede nova pesquisa. *UOL. Ciência e Saúde*, São Paulo, 04.04.2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2018/04/04/cpi-de-sp-aponta-falhas-em-teste-da-pilula-do-cancer-e-pede-nova-pesquisa.htm?cmpid=copiaecola>> Acesso em: 20.03.2019.

CRUZ, S. G. *Falsificação de remédios e poder de polícia*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de. *Tipicidad e imputación objetiva*. Mendoza: Ediciones jurídicas Cuyo, 1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Estudos e Monografias. Editora Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O ilícito nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 75, Edição Especial.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1995.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Art. 1º). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em: 10.05.2019.

DEJOURS, Christophe. Por um novo conceito de saúde. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 7/11, abr./jun. 1986.

DETLEV STERNBERG-LIEBEN. Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal. In HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o huego de abalorios dogmático?* Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2007.

DIAS, Cláudia R. Cilento. Crime hediondo em saúde pública: discussão sobre as leis n. 9.677/98 e 9.695/98. *Revista de Direito Sanitário*, v. 2, n. 2, julho de 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal - sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Os Novos Rumos de Política Criminal. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 43, 1983.

_____; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DISSENHA, Rui Carlo. Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do Direito Penal nacional. In: *Raízes jurídicas*. Curitiba, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008.

DOLCINI, Emílio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, n. 4, 1994.

DÓRIA, Rodrigues. *Coletânea de Trabalhos Brasileiros sobre a Maconha*. Rio de Janeiro, Serviço Nacional de Educação Sanitária, Ministério da Saúde, 1958. Disponível em: <https://www.growroom.net/download/livros/maconha_coletanea_01.pdf> Acesso em: 14.08.2018.

EIRA, Josefina Isabel Gomes da. *Ordenações Afonsinas: Evolução e distinção social das penas*. Disponível em: <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/15558.pdf>> Acesso em: 12.08.2018.

EQUIPE ONCOGUIA. MPF pede que 'pílula do câncer' seja reconhecida como suplemento alimentar e tenha comercialização liberada no país. *Instituto OncoGuia*, 14.06.2018. Disponível em: <<http://www.oncoguia.org.br/conteudo/mpf-pede-que-pilula-do-cancer-seja-reconhecida-como-suplemento-alimentar-e-tenha-comercializacao-liberada-no-pais/11912/7/>> Acesso em: 20.03.2019.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 2002.

ESQUERDO, Esperanza Vaello. *Introducción al Derecho Penal*. San Vicente del Raspeig: Universidad de Alicante, 2002.

FAGUNDES, Gregory Augusto Wall. *Construções e desconstruções da figura de traficantes [e usuários] de drogas a partir da dogmática penal e da criminologia crítica*. Monografia Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos008/pdf.PDF>> Acesso em: 25.01.2019.

FEDELI, Orlando. *Constituição Civil do Clero: a revolução dentro da Igreja*. MONTFORT Associação Cultural. Disponível em: <http://www.montfort.org.br/bra/veritas/historia/constituicao_civil/> Acesso em: 16.01.2019.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Fiuza, 2012.

FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. 2006. Dissertação Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, RS, 2006.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio Florêncio Filho. O tratamento da culpabilidade antes da formação da dogmática penal e o surgimento da presunção do conhecimento de lei. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 19, n. 37, 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2016v19n37p148> > Acesso em: 29.01.2019.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. *Lições de direito penal: parte geral*. Atualizador Fernando Fragoso. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Lições de direito penal: parte especial*, vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes Contra a Natureza*. 8. ed. São Paulo: RT, 2006.

FREUD, Sigmund. *Esboço de psicanálise* (1938). Rio de Janeiro: Imago, 1980. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas, v. 23.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; e FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GAGLIARDO, Vinicius Cranek. Condições de saúde no Brasil Colônia: Primórdios da Higiene Pública como Política Governamental no Rio de Janeiro dos Vice-reis. *Brasíliana – Journal for Brazilian Studies*, Vol. 2, n.2, Nov 2013. Disponível em: <<https://tidsskrift.dk/bras/article/view/8044/13322>> Acesso em: 10.02.2019.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. V. 1, Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1954.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: RT, 2002.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

_____. *Curso de Direito Penal: parte geral*, v. I. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

GROSSI, Ramon Fernandes. O universo da cura na Capitania das Minas Gerais (1750-1808). *Revista da Faculdade de Letras HISTÓRIA*. Porto, III Série, vol. 6, 2005. Disponível em: <<http://ojs.letras.up.pt/index.php/historia/article/view/3784/3538>> Acesso em: 13.08.2018.

_____. O caso de Ignácio Mina: tensões sociais e práticas “mágicas” nas Minas. In: *Revista Varia Historia*. Belo Horizonte: departamento de história/UFMG, número 20, março, 1999. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/561937b1e4b0ae8c3b97a702/t/572b4906f8baf37d35ae44ad/1462454535904/09_Grossi%2C+Ramon+Fernandes.pdf> Acesso em: 13.08.2018.

GUZ, Manoella. *Bem jurídico penal difuso e coletivo*, 2010. Dissertação Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

_____. Bem jurídico difuso e crimes ambientais. *Revista jurídica ESMP-SP*, v. 10, 2016.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*; tradução de Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

_____. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o huego de abalorios dogmático?* Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2007.

_____; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valência: Tirant to blanch, 1989, p. 111. Disponível em: <http://www.derechopenalened.com/libros/introduccion_a_la_criminologia_y_al_derecho_penal_hassemer_munoz_conde.pdf> Acesso em: 14.12.2018.

HENMAN, Anthony Richard. A Guerra às drogas é uma Guerra etnocida. In Anthony Henman e Osvaldo Pessoa Jr (orgs), *Diamba Sarabamba: coletânea de textos brasileiros sobre a maconha*. São Paulo, Editora Ground, 1986.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Capítulo XIII. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, volume V. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

IGLÉSIAS, F. A. Sobre o vício da diamba. In: HENMAN, A., PESSOA JR., O.(Org.). *Diamba sarabamba: coletânea de textos brasileiros sobre maconha*. São Paulo: Ground, 1986. Disponível em: <https://www.growroom.net/download/livros/maconha_coletanea_02.pdf> Acesso em: 16.08.2018.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

JIMÉNES, Emiliano Borja. *Curso de política criminal*. Valência: Tirant lo blanch, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. Disponível em: <https://ufpr.cleveron.com.br/arquivos/ET_434/kant_metafisica_costumes.pdf> Acesso em: 25.01.2019.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOVALICK, Roberto. Teste com a pílula do câncer mostra resultados abaixo do esperado. *Jornal Hoje*, 31.03.2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal->

hoje/noticia/2017/03/teste-com-pilula-do-cancer-mostra-resultados-abaixo-do-esperado.html> Acesso em: 20.03.2019.

LAMY, Marcelo. Conflitos dogmáticos da proteção penal do meio ambiente e da ordem econômica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 11 – jan./jun. 2008. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/34721/Conflitos_dogm%C3%A1ticos_prote%C3%A7%C3%A3o_Lamy.pdf> Acesso em: 26.11.2017.

LARA, Tiago Adão. *Caminhos da razão no Ocidente: a filosofia ocidental, do renascimento aos nossos dias*. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1988. Disponível em: <<https://docslide.net/documents/lara-tiago-adao-caminhos-da-razao-no-ocidentepdf.html>> Acesso em: 25.12.2018.

LEAL, Aurelino de Araújo. *História Constitucional do Brasil*. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

LE GOFF, Jacques. *As raízes medievais da Europa*. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007.

LEI Fundamental da República Federal da Alemanha, versão em língua portuguesa. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> Acesso em 01/06/2019.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho Penal*. Traducción de la 18. ed. alemã por Luis Jiménez de Asúa. 4, ed., 3. Reimpr. Madrid: Editorial Réus, 2007.

LONZONI, Augusto. *Iniciação às ideologias políticas*. 2. ed. São Paulo: Ícone Editora, 1987.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MACHADO, Alcântara. *Para a História da Reforma Penal Brasileira*, Separata de “Direito”. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1941. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/43976/pdf/43976.pdf>> Acesso em: 10.02.2019.

MACHADO, Roberto et al. *Danação da Norma: medicina Social e constituição da psiquiatria no Brasil*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Ordenações Filipinas: considerável influência no direito brasileiro*. Carta Forense, 2006. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>> Acesso em: 09.08.2018.

MALARÉE, Hormazábal. *Bien jurídico y Estado Social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. 2 ed. Barcelona: Editorial Jurídica ConoSur, 1992. Disponível

em: <https://issuu.com/angelicanoriega9/docs/hormazabal_malaree_hernan_bien_juri>
Acesso em: 17.12.2018.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARCÍLIO, Maria Luiza. *História social da criança abandonada*. São Paulo: Hucitec, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Volume I. Campinas: Millennium, 2002.

MASSOLA, Luis Felipe Grandi. Breves considerações sobre o Livro V das Ordenações Filipinas e a Legislação Penal Pátria Contemporânea. *Conteúdo jurídico*, 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,breves-consideracoes-sobre-o-livro-v-das-ordenacoes-filipinas-e-a-legislacao-penal-patria-contemporanea,29482.html>> Acesso em: 09.08.2018.

MAZZAFERO, Vicente Enrique. El desarrollo de la Salud Pública en las sociedades humanas. In *Medicina e Salud Pública*. Buenos Aires; EUDEBA, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDONÇA, Manuela. *A reforma da saúde no reinado de D. Manuel*. III Congresso histórico de Guimarães. Disponível em: <<http://ch.guimaraes.pt/uploads/actas/3CH/2sec/3ch-2sec-018.pdf>> Acesso em: 13.08.2018.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado Social y democratico de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

_____. Introdução a las bases del derecho penal. In *Maestros del Derecho Penal*, nº 5. 2. ed. Montevideo: B de F, 2013. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30052.pdf>> Acesso em: 27.01.2019.

MIRANDA, Carlos Alberto Cunha. *A arte de curar nos tempos da colônia: limites e espaços da cura*. Recife: Editora UFPE, 2017. Disponível em: <<https://www.ufpe.br/documents/39938/950195/E-book+A+ARTE+DE+CURAR.pdf/79de256e-161d-4fb1-bf4e-e802193f223a>> Acesso em: 13.08.2018.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: o Estado e os sistemas constitucionais. Tomo I*. 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos. Texto, comentários e aspectos polêmicos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal racional: propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva*. Curitiba: Juruá, 2016.

MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. Desafios Institucionais Brasileiros. in MARTINS, Ives Gandra (org.), *Desafios do Século XXI*, São Paulo, Pioneira/Academia Internacional de Direito e Economia, 1997.

MORRIS, Clarence. (Organizador). *Os Grandes Filósofos do Direito*. Tradução: Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MOTT, Luiz. Cotidiano e vivência religiosa: entre a capela e o calundu. In MELLO e SOUZA, Laura. *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América Portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

MÜLLER, Águeda. La salud, um derecho humano: el derecho de la salud e los derechos humanos. Capítulo 2. In AIZENBERG, Marisa. *Estudios acerca del derecho de la salud*. 1. ed. Buenos Aires: La ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2014, p. 18. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/estudios-acerca-del-derecho-de-la-salud/estudios-derecho-de-salud-marisa-aizenberg.pdf>> Acesso em: 26.02.2019.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte especial*. 12. ed. Valência: Tirant to blanch, 1999.

MURAD, Elias. Falsificação de Medicamentos: a fronteira entre a vida e a morte. *Revista Pharmacia Brasileira*. Ano II - Número 9 abril/maio/junho de 1998, p. 23.

NOGUEIRA, Ellen; VECINA NETO, Gonzalo. Falsificação de medicamentos e a lei n. 11.903/09: aspectos legais e principais implicações. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 112-139 Jul./Out. 2011.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. v. 1, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Direito Penal*. v. 4. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Código de Defesa do Consumidor interpretado*. 5. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

ORDENAÇÕES Afonsinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>> Acesso em: 12.08.2018.

ORDENAÇÕES Manuelinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>> Acesso em: 12.08.2018.

ORDENAÇÕES Filipinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>> Acesso em: 12.08.2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Medicamentos falsificados: diretrizes para desenvolvimento de medidas de combate a medicamentos falsificados*. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde; Agencia Nacional de Vigilância Sanitária, 2005.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Disponível em: <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7>> Acesso em: 26.02.2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *El derecho a la salud. Folheto Informativo nº 31*. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>> Acesso em: 13.05.2019.

PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal: um estudo comparado*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal, parte general*, Lima, Grijley, 1994.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru, SP: Jalovi, 1980.

_____. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru, SP: Jalovi, 1983.

PIERONI, Geraldo. *A pena do degredo nas Ordenações do Reino*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11658-11658-1-PB.htm>> Acesso em: 09.08.2018.

PÍLULA do câncer será importada legalmente, mas venda é proibida no Brasil. *UOL. Ciência e Saúde*, em São Paulo, 14.02.2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/02/14/com-venda-online-pilula-do-cancer-sera-importada-legalmente-para-o-brasil.htm?cmpid=copiaecola>> Acesso em: 20.03.2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PORTO, Mayla Yara Porto. Uma revolta popular contra a vacinação. *Ciência e Cultura*, vol.55 nº. 1. São Paulo Jan./Mar 2003, p. 53/54. Disponível em:

<http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252003000100032&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 10.02.2019

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 2: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 3: parte especial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 9. ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde: de acordo com a Constituição Federal*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 62, nov-dez, 2006 (09/55). Disponível em: <http://p-web01.mp.rj.gov.br/Informativos/violencia_domestica/2013/agosto/Artigo1_Mandados_de_Criminalizacao.pdf> Acesso em: 13.05.2019.

REALE JR, Miguel. *Teoria do Delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº. 763, 1999.

RIBEIRO, Márcia Moisés. *A ciência dos trópicos a arte médica no Brasil do século XVIII*. São Paulo: Hucitec, 1997.

RIBEIRO, Benair Alcaraz Fernandes. Profissionais de saúde: da formação teórica em Portugal a práxis na colônia. In MONTEIRO, Yara Nogueira. *História da Saúde: OLHARES E VEREDAS*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2010.

RIOS, Dermival Ribeiro. *Dicionário global da língua portuguesa*. 4. ed. São Paulo: DCL, 2004.

ROBINSON, Rowan. *O Grande Livro da Cannabis*. Guia completo de seu uso industrial, medicinal e ambiental. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio da Dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>> Acesso em: 25.01.2019.

ROSSO, Paulo Sergio. Solidariedade e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. In *Revista Eletrônica CEJUR*, a. 2, v. 1, n. 2, 2007, Curitiba. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/cejur.v1i2.16752>> Acesso em: 08.05.2019.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o huego de abalorios dogmático?* Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2007.

_____. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. *Fundamentos de la Estructura de la Teoría Del Delito*. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Diaz Y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. Disponível em: <https://juristasfraternitas.files.wordpress.com/2012/01/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin.pdf> Acesso em: 01.02.2019.

RUBIN, Aline Librelotto et al. A evolução da medida de segurança: da loucura moral à lei nº. 10.216/2001. *Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM*. Setembro de 2008 – Vol. 3 N.3.

RUDÁ, Antonio Sólón. Direito Penal Constitucional: da formação dos Estados modernos à política de criminalização como forma de controle social. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2636, 19 set. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17441>>. Acesso em: 02.01.2019.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTOS, Adriana de Fátima; SOUZA, Luciano Pereira; LAMY, Marcelo. *Regulação judicial da saúde e dos medicamentos de alto custo e sem registro*. VII Congresso Ibero-Americano de Direito Sanitário, 2017.

SANTOS, Cleopas Isaías. Mandados expressos de criminalização e função positiva do bem jurídico penal: encilhando o Leviatã. In FRANÇA, Leandro Ayres (org). *Inimigo*. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011.

SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo, Celso Bastos, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

_____. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: ICP, Lumen Juris, 2005.

SANTOS FILHO, Lycurgo. *História geral da medicina brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: Editora Revista dos Tribunais, março-abril, 2004. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2993126/mod_resource/content/1/SARLET%2C%20Ingo%20Wolfgang.%20Constituição%20e%20proporcionalidade.%20RBCCRIM..pdf> Acesso em: 05.02.2019.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. São Paulo: Método, 2003.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org. Leonardo Martins. Trad. Beatriz Hennig; et. Al., 2005. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e- pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf/at_download/file> Acesso em: 24.02.2019.

SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. *PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17 (1): 29-41, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03>> Acesso em: 25.02.2019.

SEGADO, Francisco Fernández. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamento jurídico. Estado & Direito. *Revista Luso-Espanhola de Direito Público*. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5924/5933>> Acesso em: 26.01.2019.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*, vol. 31 nº. 5, São Paulo, Oct. 1997. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101997000600016>> Acesso em: 26.02.2019.

SENTENÇA proferida no Processo nº 487/1998, proferida pela 2ª Vara Criminal Central de São Paulo em 21 de julho de 2000, pelo Juiz Francisco Olavo Guimarães Peret Filho. In *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 37/2001. p. 363/370, jan/mar de 2001.

SILVA, Cláudia Moraes. *O Ministério Público e a garantia do direito à saúde mental*. Dissertação Mestrado em Direito. Universidade Santa Cecília, Santos, 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direito Ambiental Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003.

_____. Tipificação criminal da violência de gênero: paternalismo legal ou moralismo penal? *Boletim IBCCRIM* nº 166, v. 14, 2006.

SMÂNIO, Gianpaolo Poggio. *Princípios da Tutela Penal dos Interesses ou Direitos Difusos*. São Paulo: Justitia, 64 (197), jul/dez, 2007.

SOARES, Nina Rosa Ferreira; MOTTA, Manoel Francisco Vasconcelos. *As políticas de saúde, os movimentos sociais e a construção do Sistema Único de Saúde*. Disponível em: <http://www.ufmt.br/revista/arquivo/rev10/as_politicas_de_s.html> Acesso em: 10.02.2019.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporlender de. *Bem jurídico penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA, Luciano Anderson de. *A punição à feitiçaria como paradigma de um direito penal irracionalista: obscurantismo e arbítrio no pré-Iluminismo*. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional66.html> Acesso em: 18.08.2018.

SOUZA, Teresa Cristina de. *Os direitos fundamentais e a evolução dos modelos de Estado*. Conteúdo jurídico, Brasília-DF: 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.43886>> Acesso em: 18.01.2019.

SOUZA, Simone Elias de. *Os Socorros públicos no Império do Brasil 1822 a 1834*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Ciências e Letras de Assis: Universidade Estadual Paulista, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TEUBNER, Gunther. Juridificação: Noções, Características, Limites, Soluções. In *Revista de Direito e Economia, Coimbra*. Coimbra, A. XIV, 1988.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Tradução de José Miguel Nanni Soares. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015.

VALLEJO, Manuel Jaén. *Principios constitucionales y derecho penal moderno: estudios sobre cuestiones de especial relevância constitucional*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.

VIANA, Itana; SOUZA, Luis Eugenio de Souza. Como são tratados os doentes mentais infratores? Periculosidade, medida de segurança e reforma psiquiátrica. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, Nov.2011/Fev.2012, v. 12, n. 3. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v12i3p161--176>> Acesso em: 13.02.2019.

VIVES ANTÓN, Tomás S. Estado de Derecho y Derecho Penal. In *Derecho Penal y Constitución, Comentarios a la Legislación Penal. Tomo I. Revista de Derecho Publico*, Madrid: Edersa, 1982.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à teoria da ação finalista*. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WOODS, Thomas E. Jr. *Como a Igreja Católica Construiu a Civilização Ocidental*. Trad. Élcio Carillo. 9. ed. São Paulo: Editora Quadrante, 2014.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Counterfeit medicines: the silent epidemic*. Geneva, 2006. Disponível em: <<http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2006/pr09/en/index.html>> Acesso em: 11.02.2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Guidelines for the development of measures to combat counterfeit drugs*. Disponível em: <http://whqlibdoc.who.int/hq/1999/WHO_EDM_QSM_99.1.pdf> Acesso em: 11.02.2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.