ANTEPROJETO DE CORRUPÇÃO COMO CRIME HEDIONDO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Ju Hyeon Lee[1]

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Mandamento constitucional. Princípio da proibição da proteção deficiente. Prevenção. Proporcionalidade e razoabilidade.

1. INTRODUÇÃO

O anteprojeto de lei proposto pelo Ministério Público Federal para o combate à corrupção estabelece a majoração das penas privativas de liberdade em relação aos crimes praticados contra a Administração Pública, bem como a qualificação dos crimes em hediondos, com base na vantagem ou no prejuízo proveniente do crime.

O presente artigo terá por finalidade analisar a compatibilidade da proposta legislativa com os valores da sociedade atual e a Constituição da República Federativa do Brasil.

Para o cumprimento desse desiderato, parte-se da premissa da centralidade da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro e da necessidade imprescindível das normas jurídicas, fruto da interpretação dos enunciados normativos, espelharem os valores insculpidos na sociedade e na Constituição, sob pena de configurar atuação ilegítima da soberania popular por parte dos seus representantes.

Além disso, revela-se inexorável verificar a adequação e proporcionalidade das penas previstas para os crimes contra a Administração Pública vigentes e, consequentemente, a necessidade de introdução das modificações sugeridas pela proposta em questão, à luz da Constituição.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO

Em consonância com a doutrina, atualmente, a República Federativa do Brasil vive a fase do Constitucionalismo Contemporâneo, denominada de Neoconstitucionalismo, baseada nas ideias da corrente filosófica do pós-positivismo.

Para essa corrente de pensamento, em razão da reaproximação do Direito da Ética, movimento chamado de virada kantiana, a Constituição, dotada de força normativa,

---

[1] Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduado em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduado em Planejamento Tributário pela Faculdade de Direito da Fundação Getulio Vargas (GVLaw). Juiz de Direito do Estado de São Paulo. Exerceu os cargos de assessor jurídico de procurador regional da República (2004-2009) e procurador da Fazenda Nacional (2009-2014). Professor do Fabre Cursos Jurídicos.

encontra-se no centro do sistema jurídico e possui supremacia formal e material (axiológica), com aptidão para conformar a realidade social e política.

Com efeito, esse movimento passou a ser designado como Constitucionalização do Direito, exigindo de todos os intérpretes e operadores do Direito uma *filtragem constitucional* de todas as normas infraconstitucionais, mediante uma análise de compatibilidade formal e material das normas jurídicas em face da Constituição.

Por essa razão, pode-se concluir que toda interpretação jurídica consiste, direta ou indiretamente, em interpretação constitucional, pois o intérprete deve extrair de qualquer enunciado normativo o sentido e alcance conforme os valores expressos nas cláusulas gerais, gênero das espécies princípios e conceitos jurídicos indeterminados, da Constituição.

Não se pode olvidar que os valores insculpidos nos textos constitucionais devem refletir, em princípio, os valores vigentes na sociedade, que respeitem e promovam a democracia (no sentido formal e material) e a dignidade da pessoa humana, para justificar a denominação de Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil.

Nesse contexto, como sugere o jurista alemão Peter Häberle (Sociedade Aberta de Intérpretes), na sua atividade legiferante, o legislador deve realizar a interpretação das normas e observar a determinação constitucional.

3. MANDAMENTO CONSTITUCIONAL

Como esclarecido anteriormente, inexistem dúvidas acerca da centralidade da Constituição no sistema jurídico e da sua força normativa.

Destarte, imperioso verificar a conformidade das proposições do anteprojeto do Ministério Público para os crimes contra a Administração Pública em face da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

O artigo 5º, inciso XLIII, da CRFB estabeleceu um mandado de criminalização ao legislador, pois determinou a tipificação de tortura, tráfico de drogas e terrorismo e a definição de crimes hediondos, com a finalidade de conferir um regime jurídico mais gravoso.

A palavra *hediondo* significa abominável, asqueroso, horrível, repulsivo, repugnante. Com base nesse mandamento constitucional, o legislador, mediante uso da sua liberdade de conformação, definiu quais crimes representam esse sentimento no âmbito social, merecedores de maior rigor e reprimenda, com a aprovação da Lei nº 8.072/1990.

As manifestações populares, ocorridas nos anos de 2013 e 2014 em todo o Brasil, demonstram com clareza a necessidade de qualificação de determinados crimes contra a Administração Pública como hediondos. Não há dúvidas de que a população brasileira demanda uma punição rigorosa dessas condutas, por traduzirem um sentimento de repulsa e horror.

Por isso, o anteprojeto de lei em questão estabelece que a modalidade qualificada (quando a vantagem ou o prejuízo for igual ou superior a cem salários mínimos vigentes ao tempo do fato) de crimes deve ser classificada como hedionda, por imperativo do mandamento constitucional a ser observado pelo legislador, em virtude da força normativa da Constituição, como sustenta o jurista Konrad Hesse.

A omissão do legislador na aprovação do anteprojeto em lei configuraria uma violação à soberania popular, prevista no parágrafo único do artigo 1º da CRFB, em decorrência da incompatibilidade flagrante entre a vontade popular e dos seus representantes. A vontade popular traduz o sentimento de repulsa aos crimes qualificados mencionados no anteprojeto. Esse desvirtuamento de vontades acarreta o exercício ilegítimo de Poder por parte dos representantes eleitos no Estado Democrático de Direito.

Em relação à parte do anteprojeto que qualifica os crimes (aumento de pena privativa de liberdade) baseada no prejuízo ou vantagem decorrentes das práticas criminosas, constata-se o cumprimento, em abstrato, do princípio da individualização da pena, um direito fundamental da primeira dimensão (ou geração), previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da CRFB. Ademais, na aplicação da pena no exercício da função jurisdicional, o magistrado terá maiores instrumentos e ferramentas para cumprir, no caso concreto, a valoração da conduta do réu, na busca de uma pena justa, adequada e proporcional.

Ressalte-se que as condutas criminosas que implicam vantagens ou prejuízos maiores devem ser sancionadas de forma mais severa, por resultar maior lesividade ao bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico constitucional e penal.

Reforça esse entendimento a conscientização da população brasileira sobre os malefícios da corrupção, no sentido amplo, que drenam os recursos públicos destinados para a saúde, educação, segurança e outros interesses públicos primários, responsáveis por tutelar e promover a dignidade da pessoa humana, valor fundamental a ser alcançado, nos termos do disposto no artigo 1º, inciso III, da CRFB.

A manutenção da atual sistemática dos crimes contra a Administração Pública caracteriza a incidência da teoria da coculpabilidade *às avessas*, haja vista o tratamento demasiadamente brando nas sanções de delitos praticados por pessoa com alto poder

econômico e social, como no caso dos crimes elencados no anteprojeto.

Por fim, é relevante mencionar que o Estado brasileiro adotou o princípio republicano, como se depreende da leitura do artigo 1º, *caput*, da CRFB. Um dos aspectos do princípio republicano determina a transparência no trato das coisas públicas e a responsabilização dos detentores do Poder estatal.

Dessa forma, percebe-se que a proposta do Ministério Público encontra respaldo e justificativa no princípio republicano ao prever a responsabilização penal dotada de rigidez.

4. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

O princípio da proibição de proteção deficiente determina que o Estado e as normas jurídicas devem atuar positivamente para tutelar os direitos fundamentais com suficiência, sendo proibida a atuação insuficiente ou deficiente por parte do legislador e do juiz, inclusive no âmbito penal, sob pena de configurar inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade ocorre em razão do princípio da proibição de proteção deficiente emanar diretamente do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o qual se fundamenta no princípio do devido processo legal substantivo (artigo 5º, inciso LIV, da CRFB), consoante a posição do Colendo Supremo Tribunal Federal.

No RE 418.376, com maestria, o Ministro Gilmar Mendes esclarece o assunto:

> Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck:
> "Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como conseqüência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador."[2]

[2] STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso

Corrobora no mesmo sentido o jurista Ingo Wolfgang Sarlet:

> A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, [...], um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados. [...]
> A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo).[3]

A proteção deficiente para a punição dos crimes contra a Administração Pública se mostra cristalina, haja vista o aumento crescente dos crimes nessa seara com a insatisfação dos resultados dos julgamentos por parte da população, em razão das punições brandas. Por envolver, em regra, réus primários, não se constata a aplicação de penas privativas de liberdade na prática desses crimes. Isso ocorre em decorrência de previsão de penas baixas e da incidência de benefícios penais.

Outrossim, os prejuízos resultantes dos crimes contra a Administração Pública atingem diretamente a consecução de finalidades constitucionais e, consequentemente, violam os direitos fundamentais de milhões de indivíduos. Esse fato é confirmado com as crescentes manifestações judiciais do Estado brasileiro no sentido de ausência de recursos para concretizar os direitos fundamentais, em total descumprimento ao mandamento constitucional de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, em virtude dos constantes desvios de recursos públicos e prejuízos causados pelos crimes contra a Administração Pública.

Ante o exposto, a permanência das sanções atuais para os crimes contra a Administração Pública constitui uma proteção insuficiente ou deficiente dos direitos fundamentais de milhões de brasileiros, evidenciando uma omissão na atividade legiferante.

(Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris,* ano XXXII, n. 97, p.180, mar. 2005.

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris,* ano XXXII, n. 98, p.132, jun. 2005.

5. FUNÇÃO PREVENTIVA DA PENA

Consoante a sistemática do Direito Penal brasileiro, a pena possui tríplice finalidade: preventiva, retributiva e ressocializadora.

A aprovação do anteprojeto proposto pelo Ministério Público Federal resultará em aumento da pena em abstrato dos crimes contra a Administração Pública. Dessa forma, o caráter da prevenção geral negativa será reforçado, inibindo a prática de condutas criminosas.

Nos dias atuais, as penas previstas para os crimes de corrupção não possuem aptidão para desestimular a prática criminosa, pois a previsão de penas privativas de liberdade baixas importa em benefícios penais como as restritivas de direito ou suspensão condicional da pena. Ressalte-se que os crimes de colarinho branco geralmente são praticados por réus primários, sem condenações criminais anteriores. Dessa feita, o encarceramento se torna algo raro nesses tipos de crimes.

Nesse contexto, a mencionada prevenção geral negativa perde a sua eficácia, tendo em vista que prevalece a ideia de crime de risco baixo, em decorrência da possibilidade de auferir vantagens relevantes. A mídia nos informa que essas vantagens podem chegar à casa dos bilhões de reais e, no final, não implicar pena privativa de liberdade ao réu, apesar de causar imensuráveis danos para toda a coletividade, com os desvios de recursos públicos, afetando saúde, educação, segurança, que se resumem na vida e dignidade de milhões de pessoas.

A omissão do legislador na busca de punições mais adequadas e proporcionais para os crimes contra a Administração Pública afronta uma das principais funções da pena: a prevenção. O presente artigo tem a finalidade de demonstrar que a alteração sugerida por meio de anteprojeto constitui cumprimento à determinação constitucional, imprescindível para legitimar a atuação legislativa, sob pena de caracterizar violação da soberania popular na modalidade omissiva.

6. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

A liberdade de conformação legislativa em propor novos atos normativos primários possui possibilidades e limites em face da Constituição. Como todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) devem obediência às normas constitucionais, a doutrina e a jurisprudência entendem que a liberdade de conformação deve ser controlada por meio do princípio da proporcionalidade-razoabilidade[4].

---

[4] Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão sendo empregados como sinônimos.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da proporcionalidade-razoabilidade encontra o seu fundamento constitucional no aspecto material ou substancial do devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da CRFB. O princípio em questão tem como valores axiológicos a justiça e a eticidade.

As normas constitucionais dispõem direitos fundamentais e finalidades de interesse público primário para serem promovidos e alcançados. Todavia, não estabelecem os meios ou as formas para se atingir os objetivos determinados por parte do Legislativo e do Executivo.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade-razoabilidade tem justamente esta função de analisar o conteúdo dos atos discricionários do Poder Público, impedindo que decisões sejam introduzidas no ordenamento.

Para fins de efetivar e sistematizar esse controle, a doutrina alemã subdividiu a proporcionalidade em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro subprincípio da adequação determina que haja uma adequação entre o meio empregado e o fim perseguido, a fim de verificar a idoneidade da medida do ato do Poder Público para produzir o resultado almejado.

O segundo subprincípio da necessidade visa a constatar a inexistência de meio menos gravoso para a consecução da finalidade buscada.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade, em sentido estrito, tem o escopo de atuar como instrumento de ponderação entre valores constitucionais envolvidos, com a finalidade de encontrar uma solução justa e equilibrada.

No tocante ao assunto, com muita propriedade, leciona o ministro Luís Roberto Barroso:

> Como delineado acima, consiste ele em um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Trata-se de um parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo sentido conceituado, o princípio habitualmente se dilui num conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão bastante subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. Há autores que recorrem até mesmo ao direito natural como fundamento para a aplicação da razoabilidade, embora possa ela radicar perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica.
> Ao produzir normas jurídicas, o Estado normalmente atuará em face de circunstâncias concretas, e se destinará à realização de determinados fins a serem atingidos pelo emprego de dados meios. Assim, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. [...]

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 292.

> Como foi mencionado, na tentativa de dar mais substância ao princípio, a doutrina alemã o decompôs em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. [5]

O anteprojeto que visa à qualificação do crime de corrupção como crime hediondo e ao aumento das sanções penais se encontra em conformidade com o princípio da proporcionalidade-razoabilidade.

Em relação à adequação, evidente que as sanções penais mais gravosas cumprem a função de prevenir a prática de crimes contra a Administração Pública, viabilizando, assim, o exercício das atividades públicas de forma lícita e ética e a destinação dos recursos públicos para a tutela e promoção da dignidade da pessoa humana (considerado um fim em si mesmo por Immanuel Kant), bem como a concretização dos interesses públicos primários.

No que tange à necessidade, também não há dúvidas de que inexistem outros meios menos gravosos para se atingir a finalidade de coibir as práticas de condutas criminosas contra a Administração Pública, em prestígio aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, elencados de modo expresso no artigo 37, *caput*. As sanções elevadas e a restrição dos benefícios penais, mediante a qualificação em crime hediondo, inibirão as práticas criminosas, estimulando a atuação legítima nas relações jurídicas entre os particulares e os agentes do Poder Público.

Da mesma forma, há proporcionalidade em sentido estrito na medida proposta, pois, na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, quem ganha é a sociedade brasileira e a força normativa da Constituição. A adoção de maior rigor para os crimes contra a Administração Pública prestigia diversos valores constitucionais, como a justiça, a ética, o bem-estar da coletividade, a eficiência, a moralidade, a retidão, a dignidade da pessoa humana, sendo certo que o ônus consistiria apenas na punição com maior rigor dos particulares e agentes públicos que macularam os mencionados valores vigentes na sociedade brasileira.

Outrossim, a graduação das penas de acordo com as vantagens e os prejuízos causados com a conduta criminosa permite ao magistrado atuar com justiça no caso concreto, em decorrência da possibilidade de individualizar a sanção penal, com base na magnitude da lesão ao bem jurídico tutelado.

Portanto, novamente, conclui-se que não há justificativas ou fundamentos na manutenção da inércia do legislador, caracterizando uma omissão inconstitucional e atuação ilegítima do Poder popular no exercício da atividade legiferante.

---

[5] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 293.

7. CONCLUSÃO

O Direito Penal, analisado sob o aspecto constitucional, assegura uma ponderação de valores entre as garantias individuais e os direitos fundamentais da população brasileira.

Os argumentos expostos indicam, de modo indubitável, a necessidade e imprescindibilidade na aprovação e introdução das propostas do anteprojeto no ordenamento jurídico brasileiro. A omissão legislativa e a manutenção da sistemática dos crimes contra a Administração Pública caracterizam uma situação flagrante de inconstitucionalidade e ilegitimidade no exercício do Poder Legislativo, por contrariar a vontade legítima da esmagadora parte da população brasileira.

O princípio republicano, os princípios constitucionais e os valores da sociedade não toleram a permanência do sentimento de proteção insuficiente em face das práticas criminosas contra a Administração Pública.

Não há como se admitir as sanções penais brandas para os crimes elencados no anteprojeto, pois as condutas criminosas possuem condão de produzir resultados lesivos incomensuráveis à vida de milhões de cidadãos brasileiros, acarretando ofensas a direitos fundamentais individuais e coletivos, por falta de recursos públicos decorrentes de ilícitos.

Outrossim, a força normativa da Constituição, qualidade adquirida somente com o advento da CRFB de 1988, acaba sendo afetada diretamente, representando um regresso na evolução do Direito brasileiro.

Por isso, as alterações propostas devem ser convertidas em lei em benefício da ordem jurídica brasileira, da ética, da justiça, da moral, da eficiência, enfim, de toda sociedade brasileira, representada por 200 milhões de brasileiros que exigem uma nova sistemática de sanções para os crimes praticados contra a Administração Pública.