

A TEORIA DOS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E O COMBATE EFETIVO À CORRUPÇÃO

THE THEORY OF THE WARRANTS CRIMINALIZATION AND
THE EFFECTIVE FIGHTING CORRUPTION

Alexandre Rocha Almeida de Moraes

aram.mp@gmail.com

Promotor de Justiça do I Tribunal do Júri da Capital (SP), Mestre e
Doutorando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica,
professor de graduação e pós-graduação de diversos cursos e Instituições.

RESUMO

Este artigo pretende discutir a teoria dos mandados de criminalização e a proteção jurídico-penal da moralidade e probidade administrativas, com ênfase nos aspectos penais da corrupção.

PALAVRAS-CHAVE

Corrupção. Mandados de Criminalização. Garantismo Social. Convenção de Mérida. Reforma Legislativa.

ABSTRACT

This article discusses the theory of warrants criminalization and criminal legal protection of morality and administrative probity, with emphasis on criminal aspects of corruption.

KEYWORDS

Corruption. Criminalization warrants. Social guaranteeism. Merida Convention. Law Reform.

SUMÁRIO

1. Histórico da proteção jurídica da corrupção. 2. O garantismo Positivo e o princípio da proporcionalidade. 3. A corrupção e a proteção jurídica suficiente. 4. Conceito e origens dos mandados de criminalização. 5. Mandados de criminalização explícitos. 6. Mandados de criminalização implícitos. 7. O papel dos tratados internacionais como mandados de criminalização e a corrupção. 8. O papel dos tratados internacionais como mandados de criminalização e a corrupção. Conclusão. Referências.

1. HISTÓRICO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DA CORRUPÇÃO

Segundo o tridimensionalismo – a Teoria do Direito mais aceita no Brasil – é a sucessão de fatos sociais que consolidam valores que, quando caros à sociedade, demandam a proteção por normas jurídicas e, ao menos subsidiariamente, demandam a tutela penal.

O Direito não é, pois, um programa ou um projeto pedagógico de valores, mas o resultado de valores que espontaneamente não são respeitados. O Direito Penal é, por excelência, um retrato das mazelas de um povo. Tal assertiva é ainda mais contundente quando se constata que as demais formas de controle social estão em crise.

Em outras palavras, segundo o escólio de Feldens,

antes de serem bens ou valores recolhidos pelo Direito (bens jurídicos), eles se fazem constituídos como tais na consciência social, extraídos que são dos costumes vigentes em uma determinada sociedade e, por consequência, de

suas necessidades. Isso é assim pelo menos em linha de princípio. Do que significaria concluir que a norma (penal) *não cria* valores, senão que, alinhada à metodologia de controle social – por intermédio da qual o Direito Penal está conectado a outros mecanismos –, os absorve, por meio de sua posituação, como forma de protegê-los.¹

O fato social que se mostra contrário à norma de Direito forja, pois, o ilícito jurídico, cuja forma mais séria é o ilícito penal, que atenta contra os bens mais importantes da vida social, razão pela qual se defende, ao menos academicamente, a fragmentariedade, subsidiariedade e o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal.

Tais premissas também se entrelaçam com o combate à corrupção no Brasil e, conseqüentemente, com a proteção eficaz da probidade e da moralidade administrativas.

Como é cediço, a corrupção é historicamente endêmica no Brasil.

Filgueiras diferencia as gradações e níveis de corrupção em *controlada, tolerada e endêmica*. Segundo ele, no primeiro caso, “não há antinomia entre normas morais e prática social, representando uma situação ideal em que valores e necessidades convergem em uma razão prática que mantém a corrupção sob controle. Esse tipo de corrupção pressupõe uma sociedade estoica e dirigida pelos deveres, funcionando como uma espécie de modelo normativo perfeito, mas que não encontra efetividade no mundo real”.²

No segundo caso, ou seja, na hipótese da corrupção tolerada está presente a antinomia entre valores e necessidades, “em que os atores sociais são capazes de concordar com os valores fundamentais da política, mas, no plano prático, não transformam esses significados morais em uma prática efetiva. A tolerância à corrupção está relacionada a contextos sociais marcados pelo mundo dos interesses cotidianos, em que a atividade política é realizada na dimensão da representação”.³

Finalmente, no caso da corrupção endêmica como se dá no Brasil, “a antinomia entre valores e necessidades desaparece pela ausência de significados morais para a vida social e uma prática predatória, marcada por baixa solidariedade”.⁴

É sabido que não há, no âmbito do pensamento social e político brasileiro, uma teoria da corrupção no Brasil.

Ainda que o tema seja profundamente pautado por conjecturas, é acertado afirmar que a forma de colonização brasileira contribuiu para uma cultura de confusão entre o patrimônio público e privado.

1 FELDENS, L. A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, Ed. Livraria do Advogado, 2. ed, 2012, p. 68.

2 FILGUEIRAS, F. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social, disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762009000200005&script=sci_arttext, Acesso em 28.01.2014.

3 Id.

4 Id.

A distância da metrópole permitiu um clima propício à corrupção, em que o poder e a pessoa se confundiam. Isto porque, a realeza portuguesa não queria abrir mão das riquezas brasileiras, mas também não estava disposta a viver aqui. Assim, delegou a outras pessoas a função de ocupar o território e de organizar as instituições nacionais e, para tanto, consolidou a oferta de vantagens aptas a convencer os fidalgos a cruzar o oceano.

Como era de se esperar,

o patrimonialismo se tornou a mazela da construção da República, de maneira que ele não promoveria a separação entre os meios de administração e os funcionários e governantes, fazendo com que esses tenham acesso privilegiado para a exploração de suas posições e cargos. Dado o patrimonialismo inerente à construção da cena pública brasileira, a corrupção é um tipo de prática cotidiana, chegando mesmo a ser legitimada e explícita no âmbito de uma tradição estamental e tradicional herdada do mundo ibérico.⁵

De acordo com Faoro, a sociedade ibérica subordinou-se ao Estado, de modo que em Portugal formou-se um absolutismo precoce, que alojou os estamentos da sociedade nos órgãos da burocracia. O estamento burocrático do mundo ibérico comportava-se como proprietário da soberania, criando um sistema de exploração e dominação que se reproduziu como marca fundamental de nossa tradição política por meio de uma corrupção sistêmica⁶.

Segundo o autor,

o patrimonialismo no Brasil é o resultado de uma relação entre Estado e sociedade em que o primeiro oprime a segunda pela reprodução de um sistema de privilégios e prebendas, destinadas aos estamentos alojados na burocracia estatal. Esse estamento burocrático coordena e administra o Estado sem conhecer regras impessoais e racionais, que separem os meios de administração e a função burocrática propriamente dita. O resultado do patrimonialismo é que a corrupção faz parte de um cotidiano de nossa constituição histórica. O clientelismo, a patronagem, o patriarcalismo e o nepotismo constituem tipos de relação do Estado com a sociedade em que a corrupção é a marca fundamental; afinal, à sociedade nada resta senão buscar o acesso aos privilégios do estamento burocrático mediante a compra de cargos públicos e títulos de honraria, favores da burocracia e a participação no erário do Estado.⁷

Sérgio Buarque de Holanda ressalta que o problema do patrimonialismo não se resume ao Estado, mas é, também, um problema social. De acordo com o ele, o patrimonialismo é o resultado de uma cultura da personalidade, na qual não existem regras impessoais de relação no plano da sociedade e entre a sociedade e o Estado." No Brasil imperaria «(...) certa incapacidade, que se diria congênita, de fazer

5 FAORO, R. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 825.

6 Id., p. 827

7 Id., pp. 825-826.

prevalecer qualquer forma de ordenação impessoal e mecânica sobre as relações de caráter orgânico e comunal, como o são as que se fundam no parentesco, na vizinhança e na amizade». ⁸

Com essa perspectiva, o Estado não é sentido como protetor dos interesses da população, mas defensor das atividades dos particulares. “Ele será, unicamente, monstro sem alma, o titular da violência, o impiedoso cobrador de impostos, o recrutador de homens para empresas com as quais ninguém se sentirá solidário. Ninguém com ele colaborará – salvo os buscadores de benefícios escusos e cargos públicos, infamados como adesistas a uma potência estrangeira (isso gerará a rebeldia)”.⁹

O sistema de colonização do Brasil teria lançado, no mundo rural, as raízes do feudalismo indígena: “A expressão prática da tese do feudalismo brasileiro mostra, com abundância de provas, o processo que a ditou. O senhor de latifúndios e de escravos – o senhor de engenho –, opulento e liberal nos gastos, se incorpora a uma categoria social, a aristocracia ou a nobreza, de ordem rural. (...) Há um trânsito entre os estados, em estratificação ascendente: da riqueza à aristocracia e da aristocracia ao poder público”.¹⁰

Em suma, a colonização de exploração, para ser eficaz, precisava garantir o poder da Coroa. Para tanto, precisou dividir parcela do poder com a Igreja, responsável pela ‘domesticação’ dos índios, degredados e da população ‘hostil’ aqui existente, com os fidalgos e com os aristocratas, ambos delegados pelo Reino para conseguir ocupar o vasto Estado brasileiro. “Tais circunstâncias imprimiam a necessidade de uma ordem social rigidamente imposta, máxime, de um direito criminal permeado de privilégios aos delegados do rei e aos membros do Clero, de forma a intimidar e punir os colonos. Tudo, enfim, para garantia da exploração e aumento da riqueza real”.¹¹

Como o direito é um retrato da ética social, a proteção jurídica inclui e exclui, aprecia e deprecia, tolera e cobra ao ritmo das circunstâncias.¹²

As Ordenações Filipinas, Ordenações do Reino e legislação penal que mais vigoraram na história brasileira, previam “a proibição geral, dirigida a todos os funcionários, de aceitarem, para si, seus filhos ou pessoas debaixo do seu poder ou governança quaisquer peitas e serviços, independentemente de quem os oferecerem”, e ainda no Livro V, título LXXI: *Dos officiaes del Rey que recebem serviços, ou peitas, e das partes, que lhas dão, ou promettem*.¹³

8 HOLLANDA, S. B. Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 137. Essa vinculação surge a partir da interpretação de Raízes do Brasil feita por Antônio Cândido (“O significado de Raízes do Brasil”. In: HOLLANDA, S. B. de. Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995).

9 FAORO, op. cit., p. 827.

10 FAORO, op. cit., p. 127.

11 Id.

12 LYRA, Novíssimas Escolas Penais. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, p. 307

13 PIERANGELI, J. H. Códigos penais do Brasil: evolução histórica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

A legislação daquela época demonstrava, outrossim, a preocupação de fiscalização na aplicação de uma das sanções mais rigorosas contempladas na legislação portuguesa: o degredo.

No célebre Livro V, com seus 21 títulos sobre direito e procedimento penal, constata-se numerosos casos em que, de maneira explícita, é indicada a condenação ao degredo. Ademais, havia a possibilidade de comutar em exílio a pena de morte, ou ainda, uma falta aparentemente de pequena importância podia ser agravada pelas circunstâncias e tornar-se passível de degredo.¹⁴

O Decreto de 7 de agosto de 1547, por sua vez, ordenava: “não partam navios para o Brasil sem o saber o Governador da casa do cível, para lhe ordenar os degredados que cada navio devia levar”.

O degredo era uma das sanções mais aplicadas àqueles que se apropriavam de dinheiro e bens públicos da realza, importando no banimento de vários criminosos para as colônias portuguesas, dentre elas o Brasil. A preocupação de fiscalização dos navios de banidos, logicamente, incluía a fiscalização de transporte ilícito de riquezas da Coroa. Mais que isso, parte dos degredados passaram a povoar e tomar conta de territórios das colônias em nome da coroa portuguesa, o que, em apertada síntese, significa reconhecer que o Brasil foi amplamente povoado por uma cultura permeada por dilapidadores do erário.

Nesse sentido, seja pelos apenados pela prática de crimes diversos, dentre eles patrimoniais, seja para convencer a fidalguia a atravessar o oceano Atlântico, essa cultura patrimonialista estruturou-se no país.

Na estrutura estatal patrimonialista, é preciso repisar, o chefe de Estado não é um delegado do povo, mas um gestor de negócios.

O Código Criminal do Império de 1830, por sua vez, transformou a proteção jurídica da probidade e moralidade administrativas no título V “Dos crimes contra a boa ordem e administração pública”; já no título VI, no chamado “Dos crimes contra o tesouro publico e propriedade publica”, em seu art. 170, tratou pela primeira vez do crime de peculato.

Esse tratamento jurídico foi repetido pelo Código de 1890.

A questão é saber se a certeza da punição, as práticas públicas e a legitimação social da proteção desses interesses estavam em consonância com a norma.

Filgueiras ressalta que ao longo do século XX, o Brasil assumiu uma postura modernizadora, centrada na busca dos elementos de racionalização e transformação cultural, capazes de balizar um projeto de formação da ordem pública conforme os ditames do capitalismo e do desenvolvimento político.

O patrimonialismo brasileiro passou a olhar para o futuro, assumindo um projeto modernizante que o ocultasse, não se legitimando, dessa forma, pelo passado (SCHWARTZMAN, 1982). Por outro lado, o projeto modernizador no Brasil teria no Estado seu elemento de concretização, à medida que se consolidasse a separação entre os meios de administração e o exercício de cargos e funções gover-

14 Id.

namentais. O Estado, dessa forma, assumiu, acima da sociedade, o papel de sujeito republicano, capaz de criar uma ordem pública e um projeto de democracia que passasse pela transformação da sociedade (VIANNA, 1999). Isso acarretou o fato de vincularmos, historicamente, o problema da corrupção a uma visão estatal, em que a correção das delinquências do homem público brasileiro passaria pela mudança da máquina administrativa, e não dos valores e práticas presentes na sociedade.¹⁵

Mas o século passado, conforme adiante se verá, foi generoso na tutela penal e extrapenal do erário público, evidenciando, pois, uma proteção jurídica até então deficiente.

2. O GARANTISMO POSITIVO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como é cediço, o Princípio da Proporcionalidade, na origem alemã, apresenta dois significados. A primeira acepção – a proibição da proteção excessiva do Estado em prol do indivíduo restringido em sua liberdade –, ou simplesmente a proibição do excesso (*Übermassverbot*), tem destinatário duplo: tanto o Poder Legislativo, que deve estabelecer penas proporcionais em abstrato à gravidade do delito, quanto ao Magistrado, que deve impor ao autor do delito penas proporcionadas à sua concreta gravidade.

Há, contudo, uma segunda acepção – a proibição da proteção deficiente do bem jurídico –, também conhecida como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).¹⁶

Essa segunda acepção consagra o denominado “Garantismo Positivo ou Social”, timidamente utilizado como fundamento para decidir pela jurisprudência pátria, mas cada vez mais recorrente em casos envolvendo a prática da corrupção:

Pioneiramente, a Suprema Corte brasileira, no Recurso Extraordinário nº 418.376-5, através do relator, o Ministro Gilmar Mendes se pronunciou a respeito do tema: (...) quanto à proibição de proteção insuficiente, 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 insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.¹⁷

15 FILGUEIRAS, op. Cit.

16 STRECK, L. L. O princípio da proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico, disponível em <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>, Acesso em 07.01.2014

17 Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, p. 688. In: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 418.376-5/MS. José Adélio Franco de Moraes e Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Relator para Acórdão: Ministro

Feldens, em consonância com a acepção do Princípio da Proporcionalidade de proteção suficiente do bem e em conformidade à Teoria do Garantismo Positivo, apresenta três condicionantes da relação entre a Constituição e o Direito Penal: 1. A Constituição como limite material do Direito Penal; 2. A Constituição como fonte valorativa do Direito Penal; e, 3. A Constituição como fundamento normativo do Direito Penal incriminador.¹⁸

Ao estabelecer no art. 5º, inciso XXXIX, o princípio da estrita legalidade, a Constituição delegou a decisão descrever as condutas criminosas e sanções atribuíveis a tais condutas.

O princípio da legalidade - um dos pilares universais dos sistemas penais democráticos - representa norma de garantia individual confirmando a tradição legislativa desde a Carta Política do Império (1824, art. 179, § 11) e das Constituições da República: 1891, art. 72, § 15; 1934, art. 113, §§ 26 e 27; 1937, art. 122, § 13; 1946, art. 141, § 29; 1967, art. 150, § 16; 1969, art. 153, § 16.

Na ótica do Garantismo Social, esse princípio importa no dever do Estado em legislar para proteger suficientemente bens jurídicos: nesse contexto surge a teoria dos mandados constitucionais de criminalização que impõe uma relação entre a Constituição e o Direito Penal visando à proteção de determinados bens jurídicos, considerada como tutela de fins.¹⁹

Antes, porém, de uma análise crítica da atual dogmática penal e, pois, da respectiva proteção penal dos bens ligados à proteção da probidade e moralidade administrativas, forçoso identificar como o século passado foi generoso na criação de um ordenamento jurídico voltado a coibir a corrupção em sentido amplo.

3. A CORRUPÇÃO E A PROTEÇÃO JURÍDICA SUFICIENTE

A Constituição de 1988, consolidando doutrina e jurisprudência construída nos anos anteriores, adotou a responsabilidade objetiva do Estado. A teoria do risco administrativo ou distribuição dos encargos sociais dos serviços prestados implica em somente permitir ação ressarcitória regressiva contra o servidor no caso de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, CF).

Trata-se do meio heteroexecutório de obtenção do ressarcimento do erário e que prevalece no Supremo Tribunal Federal que, majoritariamente, não permite o ajuizamento de ação em face do servidor sem a comprovação de dolo ou má-fé.²⁰

Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. 09 de fevereiro de 2006, DJ 23-03-2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=""proibição%20de%20proteção%20deficiente"&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=)> Acesso em 11 dez. 2013.

18 FELDENS, L. A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, Ed. Livraria do Advogado, 2. ed, 2012, p. 64-85

19 FIGUEIREDO DIAS, J. Temas básicos da doutrina penal. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 47

20 Vide neste sentido: RE 327.904/SP e RE 344.133/PE

Como acentua Elias Rosa, “o princípio constitucional da moralidade administrativa impõe o dever de observância de valores morais abrigados no sistema constitucional, seja para implicar a entidade administrativa e seus agentes, seja para obrigar os administrados, reconhecendo ausente pelo exame da finalidade, mas também a partir de outros critérios, afirmando ainda que aqueles instrumentos (boa-fé, imparcialidade, proporcionalidade, razoabilidade) cumprem, no controle da moralidade, a função de interditar que a arbitrariedade (da entidade ou de seus agentes) prevaleça em detrimento do interesse público”.²¹

De outra parte, a legislação infraconstitucional, consolidando tendência nascida na Itália²², passou a proteger os chamados bens jurídicos intermediários espiritualizados (BERND SCHÜNEMAN)²³ ou, simplesmente, os bens difusos ou transindividuais, o que invariavelmente gerou a proteção diferenciada para a probidade, moralidade e lesões que atentassem contra a Administração Pública.

A título ilustrativo, a denominada Lei “BILAC PINTO” (Lei nº 3.502/58), previa, em seu art. 2º que constituíam casos de enriquecimento ilícito, dentre outros:

A incorporação ao patrimônio privado, sem as formalidades previstas em leis, regulamentos estatutos ou em normas gerais e sem a indenização correspondente, de bens ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos;

b) a doação de valores ou bens do patrimônio das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos a indivíduos ou instituições privadas, ainda que de fins assistenciais ou educativos, desde que feita sem publicidade e sem autorização prévia do órgão que tenha competência expressa para deliberar a esse respeito;

c) o recebimento de dinheiro, de bem móvel ou imóvel, ou de qualquer outra vantagem econômica, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente;

21 ROSA, M. F. E. Conteúdo Jurídico do Princípio da Moralidade Administrativa. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da PUC/SP, 2003, p. 201

22 “O estudo dos interesses coletivos ou difusos surgiu e floresceu na Itália nos anos setenta. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vígorigi, Trocker, anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo (...)”, apud GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos. Revista de Processo, ano 25, nº 97, jan-mar de 2000., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 09.

23 SCHÜNEMANN, B. “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit – und Gefährdungdelikte”, apud CORCOY BIDASOLO, M. “Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídicos-Penales Supraindividuales”, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 260.

d) a percepção de vantagem econômica por meio de alienação de bem móvel ou imóvel, por valor sensivelmente superior ao corrente no mercado ou ao seu valor real;

e) a obtenção de vantagem econômica por meio da aquisição de bem móvel ou imóvel por preço sensivelmente inferior ao corrente no mercado ou ao seu valor real;

f) a utilização em obras ou serviços de natureza privada de veículos máquinas e materiais de qualquer natureza de propriedade da União, Estado, Município, entidade autárquica, sociedade de economia, mista, fundação de direito público, empresa incorporada ao patrimônio da União ou entidade que receba e aplique contribuições parafiscais e, bem assim, a dos serviços de servidores públicos, ou de empregados e operários de qualquer dessas entidades.

Ainda que de natureza extrapenal, a mencionada Lei já demonstrava afinidade com o sistema de legalidade penal, exigindo espécie de subsunção típica para reconhecimento dos casos de enriquecimento ilícito. Contudo, somente contemplava o ressarcimento do erário como sanção.

A timidez punitiva foi totalmente superada pela Lei nº 8.429/92, implicando em verdadeira revolução no modo de investigar, processar e punir o agente público (e privado coautor ou partícipe) que causasse lesão ao erário, gerasse o enriquecimento ilícito ou violasse qualquer dos Princípios contidos no art. 37 da Carta Magna.

Dizia Hungria²⁴ que a ilicitude é uma só, do mesmo modo, que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Não há que se falar em ilícito administrativo diverso do ilícito criminal. A separação entre um e outro atende critérios de conveniência e oportunidade afeiçoados à medida de interesse da sociedade e do Estado, que é variável no tempo e no espaço.

A chamada “Lei de Improbidade Administrativa” com evidente natureza de direito administrativo sancionador²⁵ ou, próximo ao “Direito de Intervenção” de Hassemer²⁶, prevê, no art. 9º, quais *atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito*, como se fossem tipos penais.

No mesmo sentido, o art. 10 prevê os *atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário*, prescrevendo que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa,

24 HUNGRIA, N. Comentários ao Código Penal, volume VII a IX, pág. 315.

25 OSÓRIO, F. M. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

26 “O direito de intervenção seria uma alternativa no controle da criminalidade moderna. Situado entre o direito penal e o direito administrativo, com um rebaixado nível de garantias individuais e novas formas procedimentais abreviadas, mas sem a cominação das pesadas sanções do direito penal, sobretudo as penas privativas de liberdade. Orientado por uma intervenção precoce, ou seja, pelo perigo e não pelo dano, posto que, frente à neocriminalidade, a espera da ocorrência do dano, pode ser tarde demais para a tutela do bem jurídico, em razão de sua magnitude”. (HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno derecho penal. Actualidad Penal. Madrid, nº 43/22 de 1993.; No mesmo sentido: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e direito penal. São Paulo: IBCCRIM, 2005.)

que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º da aludida Lei, e notadamente:

Facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei.

Permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie.

Esses dois exemplos seriam suficientes para se afirmar que, caso se tratasse de legislação penal, estaríamos diante do prestígio da segurança em detrimento das liberdades individuais; diante de um Garantismo Social ou Positivo, em detrimento de um Garantismo Negativo; e, para alguns mais laxistas, diante do excesso do Estado que estaria criando tipos excessivamente vagos e abertos que importariam na criminalização de todo o tipo de conduta visando resguardar o erário público, com consequente violação da taxatividade e segurança jurídica.

Durante a 22ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, realizada em Genebra em 2013, debateu-se como a corrupção tem papel negativo no exercício dos direitos humanos. Durante o painel, Navi Pillay – alta Comissária da ONU para os direitos humanos – discorreu sobre como a corrupção impede que a pessoa tenha os seus direitos respeitados em todos os âmbitos assim como a sua inserção social:

A corrupção é um enorme obstáculo à realização de todos os direitos humanos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como o direito ao desenvolvimento. A corrupção viola os princípios fundamentais de direitos humanos da transparência, responsabilização, não discriminação e participação significativa em todos os aspectos da vida da comunidade. Correspondentemente, estes princípios, quando garantidos e implementados, são o meio mais eficaz para combater a corrupção.²⁷

Exemplificando o conceito de corrupção, já que a ela assume natureza multidisciplinar, Hayashi afirma que “a corrupção é um complexo fenômeno social, político e econômico que afeta o desenvolvimento de todos os países do mundo, em maior ou menor grau, seja em regimes autoritários ou democráticos, e em todos os sistemas econômicos”.²⁸

As minorias étnicas, as mulheres, crianças, portadores de deficiência e aqueles que possuem baixo nível socioeconômico são os que mais sofrem com os efeitos da corrupção, já que esses têm escassos acessos a serviços de natureza essencial e com péssima qualidade como saúde e educação.

27 Navi Pillay, durante a 22ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, 2013, Disponível em <http://relacoesinternacionais.com.br/direitos-humanos/os-efeitos-da-corrupcao-sobre-os-direitos-humanos/>, Acesso em 17.01.2014

28 HAYASHI, F. E. H. O Impacto da Corrupção sobre o Desenvolvimento dos Países. p.2. <http://relacoesinternacionais.com.br/direitos-humanos/os-efeitos-da-corrupcao-sobre-os-direitos-humanos/>

Por coerência, o artigo 6º da Convenção Interamericana contra a Corrupção descreve como atos de corrupção:

- a) a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;
- b) a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;
- c) a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro;
- d) o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; e
- e) a participação, como autor, coautor, instigador, cúmplice, acobertador ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.

A preocupação do legislador no início da década de 1990 do século passado foi tão evidente em proteger suficientemente tais bens jurídicos, que ainda criou tipos de improbidade consubstanciados nos *atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública* (art. 11 da Lei).

É certo que, antes mesmo do advento dessa lei, a ação civil pública (Lei nº 7.347/85) e a ação popular (Lei n. 4.717/65) já caracterizam instrumentos posteriores à Lei Bilac Pinto de proteção do erário e punição da corrupção, embora, conforme aventado, prevendo tão somente o ressarcimento do erário como possível pena.

É imperioso destacar, ademais, que a preocupação do Legislador é tão evidente que entrou em vigor a recente Lei nº 12.846/13 que responsabiliza administrativa e civilmente pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira pelos atos lesivos previstos nessa lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não, dentre os quais: prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos na Lei; e utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados (art. 5º, incisos I a III).

No campo especificamente penal, tanto o Código Penal de 1940 consagrou extensos capítulos para punição dos crimes contra a Administração Pública²⁹, como a chamada “ação penal popular” (Lei nº 1.079/50), com evidente natureza jurídica de *notitia criminis* previa que qualquer cidadão era parte legítima para denunciar as autoridades nela indicadas por “crimes de responsabilidade” praticados por Presidente da República, Vice-Presidente da República, Ministros de Estado, Procurador-geral da República, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Governadores de Estado e Secretário de Estado.

Além disso, a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, previa, por sua vez, os crimes de responsabilidade das mencionadas autoridades, enquanto o Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, contemplava os crimes de responsabilidade de Prefeitos Municipais.

Vale também ressaltar que há diversos delitos funcionais fora do Capítulo I do Título XI como violação de domicílio (art. 150, §2º); moeda falsa (art. 289, §3º); falsidade material (art. 297, §1º); adulteração de sinal de veículo automotor (art. 311, §2º), evidenciando a preocupação do legislador em punir mais severamente os crimes perpetrados por funcionários públicos.

Outrossim, além de crime específico na legislação eleitoral (art. 299 da Lei n. 4.737/65), há inúmeros outros exemplos de tipos penais para coibir a corrupção em legislação extravagante: Lei nº 4.729/65, art. 1º, V (crimes de sonegação fiscal); Lei nº 4.898/65, art. 4º, f (crimes de abuso de autoridade); Lei nº 7.492/86, art. 7º; art. 17 e parágrafo único (crimes contra o sistema financeiro nacional); Lei nº 8.137/90, art. 2º, III; art. 3º, II; art. 6º, I e III (crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo); Lei 8.666/93, art. 92 e parágrafo único (crimes na lei de licitações e contratos da Administração Pública); Lei nº 9.279/96, art. 195, IX e X (lei que regula direitos e obrigações relativas à propriedade industrial); Lei nº 9.434/97, art. 14, § 1º (lei que dispõe sobre remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento).

Outros textos legais contemporâneos, de natureza penal, extrapenal ou processual vêm contribuindo decisivamente para a proteção suficiente dos bens públicos e valores da Administração Pública, como o são a Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 12.683/12), Lei de combate às Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) e a conhecida “Lei da Ficha Limpa” (Lei Complementar nº 135/10).

29 Trata-se do Título “CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ARTIGOS 312 A 359 DO CÓDIGO PENAL”: Cinco espécies: Crimes cometidos por Funcionários Públicos contra a Administração Pública em geral: Capítulo I – Artigos 312 a 327 do CPB; Crimes cometidos por particulares contra a Administração Pública: Capítulo II – Artigos 328 a 337 do CPB; Crimes cometidos por particulares contra a Administração Pública estrangeira: Capítulo II – A: 337, B, C e D – Lei 10.467, de 11/06/02; Crimes cometidos contra a Administração da Justiça: Capítulo III – 338 a 359 do CPB; Crimes cometidos contra as Finanças Públicas: Capítulo IV – 359, A,B,C,D,E,F,G,H – Lei 10.028/2000.

4. CONCEITO E ORIGENS DOS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Na década de 1960 do século passado, na obra de Peter Lerche, denominada *Habilitationschrift – Übermass und Verfassungsrecht*, a doutrina constitucionalista se deparou com um novo e complexo paradigma, que rompia com uma estrutura sólida da relação entre Poderes Constituídos e, da mesma forma, entre esses e a Constituição: questionava-se se o Poder Legislativo continuava, afinal, a ser um poder livre nos fins, ou se, pelo contrário, diante do estágio do Estado Social e Democrático de Direito, seria possível – e adequado – o desenvolvimento de uma doutrina “dos limites da liberdade de conformação ou, até, de uma doutrina da discricionariedade legislativa”³⁰.

Tratava-se da concepção de “Cartas dirigentes”. Buscava-se, pois, conformar a realidade fática – quase um “refazer o mundo” - por meio das normas constitucionais, as quais, além de terem eficácia imediata, vinculavam o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário de maneira antes nunca experimentada na Ciência e na Prática Jurídica (busca efetiva de uma sociedade mais igualitária, justa e humana).³¹

Na Alemanha, a decisão paradigmática foi a “*Schwangerschaftsabbruch I*”, do Tribunal Constitucional Alemão, em 25-02-1975. Nela, julgou-se inconstitucional o § 218a, introduzido ao Código Penal Alemão pela 5ª Lei de Reforma do Direito Penal de 1974 (5. StrRG), o qual criava uma dirimente especial no aborto, sempre que realizado por um médico, com a concordância da grávida e desde que não tivessem passado doze semanas desde a concepção (se estivesse assim configurado, estaria excluída a antijuridicidade da conduta dos eventuais agentes).³²

Quando questionada a constitucionalidade da “Solução de Prazo” (a denominação faz menção ao período de 12 semanas a partir da gravidez em que seria lícito abortar) por 193 membros da Câmara Federal e por certos governos estaduais, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (BverfG) passou à sua análise, sustentando, de forma inaugural, a existência de mandados constitucionais implícitos de criminalização.³³

Isso restou muito claro no argumento de que em caso extremo, se, a saber, a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra maneira, o legislador ordinário é obrigado a valer-se dos instrumentos do direito penal, a fim de proteger e garantir a vida em desenvolvimento.³⁴

Já no Brasil, o STF posicionou-se, pela primeira vez, acerca do tema, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.376/MS16. Discutia-se, em síntese,

30 CANOTILHO, J. J. G. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra Editora, 2. ed. 2001, p. 12.

31 MARQUES NETO, A. R. *Canotilho e a Constituição Dirigente*, 2. ed. Renovar, 2005, p.72.

32 SCHWABE, J. op. cit., p. 271

33 SCALCON, R. I Lima, *Mandados Constitucionais (implícitos) de Criminalização?*, Monografia de Conclusão de Curso UFRS, Porto Alegre, 2009, p. 14, disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/31323/000779559.pdf?>, Acesso em 17/01/2014.

34 SCHWABE, J. op. cit., p. 271

se a negativa de equiparação do instituto da união estável ao casamento, para fins de incidência da hipótese especial de extinção de punibilidade nos tipos penais componentes dos “crimes contra os costumes”, consubstanciada no art. 107, inciso VII do CP, ocasionava uma violação ao art. 226, § 3º, da CRFB de 1988.

Este, por sua vez, determinava que o Estado brasileiro deveria proteger, de modo especial, a família, e que, para efeitos de tal proteção, a união estável era reconhecida como entidade familiar da mesma forma que o casamento. O acórdão, por maioria, negou provimento ao Recurso Extraordinário, afastando o reconhecimento da união estável, bem como ressaltando que, inclusive, tal hipótese de extinção de punibilidade já havia sido revogada pela Lei nº 11.106/2005.

Simultaneamente, o Ministro Gilmar Mendes apresentou voto-vista cujo argumento principal estruturava-se – de forma até então inédita na Corte – na proibição da proteção deficiente em matéria penal dos direitos fundamentais.

Assim, sustentou inicialmente que era preciso indagar, afinal, qual seria o bem jurídico tutelado pela norma constitucional em tela, tendo defendido tratar-se da instituição da família. Prosseguindo na tese, aduziu que, no caso, o reconhecimento de união estável e, por conseguinte, de incidência de hipótese normativa do Código Penal que ensejaria a extinção da punibilidade do agente, permitiria blindar, através de norma penal benéfica, uma situação de fato repugnada pela sociedade, “caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico”.³⁵

Após, referiu que a doutrina já vinha apontando para a existência de uma espécie de Garantismo Positivo, como outra face da proporcionalidade, de forma que a proibição de proteção deficiente era muito importante na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, especificamente naqueles casos em que “o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental”.³⁶

Surgia, nesse contexto, a teoria dos Mandados de Criminalização ou Penalização, ou seja, instrumentos da Constituição para oferecer proteção adequada e suficiente a alguns direitos fundamentais, diante de lesões ou ameaças vindas de agentes estatais ou de particulares.

Segundo a lição de Ponte, “os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral”³⁷.

35 Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, p. 688. In: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 418.376-5/MS. José Adélio Franco de Moraes e Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Relator para Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. 09 de fevereiro de 2006, DJ 23-03-2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1="proibição%20de%20proteção%20deficiente"&base=baseAcordoes](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=)> , Acesso em 11.12.2013.

36 Id.

37 PONTE, A. C. Crimes eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

O ambiente propício para a existência dessas ordens de criminalização é o do Estado Democrático de Direito, pois estas cláusulas de penalização só se justificam num sistema no qual a supremacia constitucional e a separação de poderes se apresentem de maneira efetiva e não apenas formal: “Os mandados se justificam num regime de normalidade institucional e democrática, própria dos Estados de Direito, ou Democráticos de Direito, nos quais há distinção entre normas constitucionais e leis ordinárias e entre os exercentes dos poderes legislativo e executivo”.³⁸

Os mandados de criminalização constituem, pois, uma das faces da proteção dos direitos fundamentais, criando um novo papel para as sanções penais e para a relação entre o Direito Penal e a Constituição.

Os direitos enumerados como fundamentais revestem-se ainda da chancela de “mandados de criminalização” e, conseqüentemente, por reclamarem a proteção criminal (*ultima ratio*), devem afastar medidas despenalizadoras sob pena de imprimir o juízo de que o legislador infraconstitucional não atendeu aos reclamos da Constituição.³⁹

A eleição dos mandados de criminalização está muito mais ligada à Justiça Social, do que a proteção absoluta de direitos e garantias individuais: “sem proteção aos direitos e garantias individuais, considerados de forma ampla, não há Justiça Social, ainda que seja possível o respeito absoluto aos direitos e garantias individuais sem Justiça Social.”⁴⁰

Essas obrigações constitucionais de penalização encontram-se no bojo de algumas Constituições europeias como da Alemanha, Espanha, Itália, França e da própria Comunidade Europeia.

Na Espanha, dentre outros temas, há mandado explícito de criminalização em relação ao meio ambiente, aos crimes contra o patrimônio histórico, cultural e artístico dos povos da Espanha. Na Alemanha, a Lei Fundamental de 1949 determina a penalização dos atos que se destinem a uma guerra de agressão.

A Constituição de 1988 indica claramente nos artigos 1º e 3º quais são os fundamentos dos mandados de criminalização no sistema jurídico brasileiro: há necessidade de que o bem ou interesse carecedor de tutela decorra dos fundamentos ou dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn nº 3112, através do Ministro Gilmar Mendes, reconheceu a existência de mandados de criminalização na CF, próprios do dever de proteção estatal:

38 GONÇALVES, L. C. S. Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 308.; O AUTOR defende que são cláusulas pétreas (op. cit., p. 193).

39 ABRAÃO, E. P. O.; MARCOCHI, M. A. C. Mandados de criminalização e crimes contra a criança e o adolescente. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, nº 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13233>>. Acesso em: 8 jan. 3914.

40 Id.

Os mandatos constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais (...). Outras vezes cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional penal adequado.⁴¹

5. MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO EXPLÍCITOS

A doutrina dos Mandados de Criminalização admite, ainda que com divergências, a existência de mandados explícitos e implícitos contidos no texto constitucional.

Estariam, por exemplo, explícitos na Constituição Federal o dever do legislador punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI e art. 3º IV) e a prática do racismo (art. 5º, XLII, atendido parcialmente pela Lei nº 7.716/89, que se olvidou da orientação sexual, portadores de moléstias graves ou necessidades especiais, etc).

Importante mandato explícito de criminalização está contido no art. 5º, XLIII, que determinar o poder constituinte originário que 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.

De imediato permite-se o questionamento sobre o cumprimento efetivo deste comando pela Lei nº 8072/90, cujo rol de crimes foi alterado pelas Leis nº 8.930/94 e nº 9.677/98. Isso porque crimes abjetos no contexto social contemporâneo como a redução à condição análoga à de escravo (CP, art. 149), a frustração de direito assegurado por lei trabalhista (CP, art. 203), os crimes contra a humanidade mencionados no art. 7º do Tratado de Roma, promulgado no Brasil pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002; os crimes de abuso, violência e exploração sexual de crianças e adolescentes, além do estupro de vulnerável (eis que Constituição Federal, no art. 227, § 4º, indica a necessidade de punição severa destas condutas); enfim, representariam tipos penais que mereciam uma proteção jurídica suficiente ou proporcional à hediondez.

De outra parte, os tipos penais equiparados também cumpriram parcialmente o comando contido explicitamente no texto constitucional: a prática da tortura está tipificada na Lei nº 9.455/97 e o tráfico de drogas na Lei nº 11.343/06 (embora

41 STF, ADI nº 3112/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 26/10/2007, disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3112.pdf>.

se questione a proteção suficiente na redução contida no, § 4º do art. 33, assim como a aplicação possível de penas alternativas diante da redação da Resolução nº 05/2012 do Senado Federal).

Já o terrorismo até hoje evidencia a omissão do legislador.

É evidente que diante de uma Constituição analítica, programática e construída no contexto da ditadura militar, há inúmeros outros mandados explícitos de criminalização, como se verifica para o meio ambiente (art. 225, caput, CF), segurança viária, ordem tributária, ordem econômica etc. No entanto, seria razoável supor a existência de mandados implícitos, como a obrigação de criminalizar severamente a corrupção, improbidade e imoralidade administrativas?

6. MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO IMPLÍCITOS

Segundo a doutrina, os mandados implícitos de criminalização seriam aqueles que, muito embora não estejam claramente expostos, podem ser extraídos da avaliação do corpo constitucional como um todo, ou seja, da avaliação contextual dos valores consubstanciados ao longo do Texto Constitucional.

Como bem acentua Oliveira, “o significado de um mandado de penalização, seja ele explícito ou implícito, consiste na afirmação constitucional da dignidade penal de um bem jurídico e, simultaneamente, da necessidade de sua tutela através do Direito Penal, nos casos de ataques revestidos de maior intensidade, cujas definições permanecerão a cargo do legislador ordinário.”⁴²

Os mandados implícitos de criminalização foram reconhecidos pela primeira vez em 1975 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Conforme já aventado, com a reforma do Código Penal alemão, o aborto foi permitido, desde que fosse realizado nos três primeiros meses de gestação. Essa matéria foi levada ao Tribunal Constitucional Federal, que declarou a inconstitucionalidade dessa disposição, porque havia um mandado de criminalização implícito na Constituição alemã:

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.⁴³

42 OLIVEIRA, M. T. Bem Jurídico-penal e Constituição, Dissertação de Mestrado apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica, 2010, p. 128, Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp134821.pdf>, Acesso em 14.01.2014.

43 SCHWABE, J. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Trad. Beatriz Henning et al. Leonardo Martins, Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Gerales Ferreira. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 271.

CLAUS-WILHELM CANARIS desenvolveu três critérios para o reconhecimento de um imperativo de tutela ainda que implícito:

Aplicabilidade da hipótese normativa de um direito fundamental, ou seja, é preciso analisar se, simplesmente pelo fato de se tratar de um direito fundamental, o dever de proteção merece aplicação incondicional. Ilícitude da ação interventiva, em face do qual o agente causador de um dano a terceiro não pode invocar em seu favor a titularidade de direitos fundamentais, tais como, a liberdade, isto é, a violação de bens jurídicos alheios configura uma barreira jusfundamental geral ao exercício do direito de liberdade. Necessidade de proteção normativa ditada pelas circunstâncias fáticas: determina que os direitos fundamentais mais elementares, como a vida, a dignidade humana, a incolumidade física e moral e a liberdade, dotados que são de inquestionável primazia constitucional, quando submetidos a ataques mais repulsivos, exigem, constitucionalmente, proteção penal.⁴⁴

Partindo dessas premissas, a corrupção eleitoral, exemplificativamente, importaria em um mandato implícito de criminalização, na medida em que o Brasil propugna por ser Estado Democrático de Direito, ele só existe com eleições livres, ou seja, quando haja salvaguardada a liberdade de voto, quando o procedimento não está contaminado, porque o mandato parlamentar conseguido graças à corrupção.⁴⁵

No mesmo sentido, a possibilidade de aplicação de institutos despenalizadores contemplados na Lei nº 9.099/95 a crimes de abuso de autoridade ou crimes praticados contra agentes do Estado ou patrimônio público Estatal (como aquelas praticadas pelos adeptos da filosofia “Black Bloc”) importariam em evidente proteção jurídica deficiente de bens implicitamente contidos na Constituição, como o respeito à dignidade da pessoa humana.

O rol passaria, ademais, a ser mais extenso se levarmos em conta o novo papel dos tratados internacionais diante da Emenda Constitucional nº 45/2004.

7. O PAPEL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS COMO MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E A CORRUPÇÃO

Atribui-se a Susana Pazzolo a utilização inaugural do termo neoconstitucionalismo, então vinculado às seguintes características gerais: a) princípios *versus* regras (no sentido de que tanto quanto as regras os princípios ostentam eficácia normativa); b) ponderação *versus* subsunção (a indicar o método aplicado que requerem os princípios); c) Constituição *versus* independência do legislador (denotativo do conteúdo substancial condicionante da Constituição); d) juízes *versus* li-

44 CANARIS, C. W. Direitos Fundamentais e Direito Privado, Tradd. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Ed. Almedina, 2003, p. 43-50.

45 PONTE, op. cit., p 167.

berdade do legislador (a sugerir uma adequação judicial da legislação às normas constitucionais).⁴⁶

O art. 5º, § 3º da Constituição Federal, incorporado pela EC nº 45, prescreve que *“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”*.

Considerando-se que se trata de comandos, ao menos implícitos contidos na Constituição Federal, a definição e proteção jurídico-penal suficiente dos crimes praticados por organizações criminosas passaram a ser um imperativo legal, diante da Convenção de Palermo (Decreto nº 5.015/04):

Art. 5º – criminalização da participação em um grupo criminoso organizado

Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticado intencionalmente:

Um dos atos seguintes, ou ambos, enquanto infrações penais distintas das que impliquem a tentativa ou a consumação da atividade criminosas:

O entendimento com uma ou mais pessoas para a prática de uma infração grave, com uma intenção direta ou indiretamente relacionada com a obtenção de um benefício econômico ou outro benefício material e, quando assim prescrever o direito interno, envolvendo um ato praticado por um dos participantes para concretizar o que foi acordado ou envolvendo a participação de um grupo criminoso organizado;

A ordem, finalmente cumprida pela Lei nº 12.850/2013, também incluía a lavagem de dinheiro de crimes praticados por organizações criminosas, conforme se infere do art. 6º:

Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente:

- i) A conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produto do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às consequências jurídicas dos seus atos;
- ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, sabendo o seu autor que os ditos bens são produto do crime;

e sob reserva dos conceitos fundamentais do seu ordenamento jurídico:

A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo aquele que os adquire, possui ou utiliza, no momento da recepção, que são produto do crime;

46 FELDENS, op. cit., p.32

iii) A participação na prática de uma das infrações enunciadas no presente Artigo, assim como qualquer forma de associação, acordo, tentativa ou cumplicidade, pela prestação de assistência, ajuda ou aconselhamento no sentido da sua prática.

Esse comando estaria cumprido pela Lei nº 12.683/2012.

Da mesma forma, o crime de genocídio (Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio – Paris, 09/12/1948), endossado pelo Brasil em 17 de julho de 1998, ratificado em 20 de junho de 2002, restando analisar se a forma de proteção contida na Lei nº 2.889/56 é suficiente diante da preocupação do texto do tratado internacional.

Firmadas essas premissas e, considerando-se que a corrupção solapa as verbas destinadas a políticas públicas básicas, consubstanciando-se em verdadeiro atentado contra os direitos humanos, resta-nos avaliar se a partir da Convenção de Mérida (Decreto nº 5.687/06), encontramos em nosso ordenamento jurídico proteção suficiente e penalização proporcional ao que pretendeu o texto do tratado internacional.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção – promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410/02 –, na sua justificativa, exara com notável adequação, *“verbis”*: *“(…) a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos; (...) a democracia representativa, condição indispensável para a estabilidade, paz e o desenvolvimento da região, exige, por sua própria natureza, o combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas e aos atos de corrupção especialmente vinculados ao seu exercício.”*

Prescreve o art. 15 da Convenção de Mérida que *“Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometidos intencionalmente”,* por exemplo, *“a promessa, o oferecimento ou a concessão a um funcionário público, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais”.*

Parece evidente que a proteção extrapenal da corrupção é condizente com o mal causado por esse endêmico fenômeno no país. Mas a proteção penal ainda é aquém do significado do crime pela própria interpretação da Convenção de Mérida.

É fundamental para o cumprimento desse mandado de criminalização que a corrupção seja tratada como crime hediondo e que a consequência da corrupção, o enriquecimento ilícito, seja criminalizado.

A criação do crime de enriquecimento ilícito é também Projeto de Lei de 2009, que aguarda designação de relator. Este projeto altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis para os agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou de fundações ligadas ao governo.

O Projeto de Lei nº 5.586/2005, de iniciativa do Poder Executivo Federal, elaborado pela Corregedoria Geral da União, tem, por sua vez, objetivo de acrescentar ao Código Penal o art.317-A, capitulado como “enriquecimento ilícito”.

O tratamento da corrupção como crime hediondo já encontra guarida no Projeto de Lei nº 3760/04, que tipifica como crime hediondo os crimes praticados contra a Administração pública em detrimento dos direitos sociais constitucionais. Já o Projeto de Lei nº 2826/92 inclui os crimes de corrupção passiva, peculato, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, concussão, prevaricação e corrupção ativa na categoria de crimes hediondos.

O Projeto de Lei nº 6616/09 altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, as Leis nºs 8.072, de 25 de julho de 1990, e 7.960, de 21 de dezembro de 1989, para adicionar os tipos penais qualificados de peculato, concussão, corrupção passiva e corrupção ativa, tornando-os hediondos e passíveis de prisão temporária; o Projeto de Lei nº 379/07 dá nova redação aos arts. 317 e 333 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), ao art. 84 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que «dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências», e ao art. 12 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que trata dos atos de improbidade.

Tais projetos encontram harmonia no sistema recente de punição de crimes praticados contra o erário, como se verifica, por exemplo, com o advento da Lei Complementar nº 135/10 (chamada “Lei da Ficha Limpa”):

Os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

Contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;

Contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;

Contra o meio ambiente e a saúde pública;

Eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;

De abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;

De lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (...)

Como se vê, há considerável sistema normativo extrapenal, inúmeros projetos (vários, aliás, sequer mencionados), além do Projeto de Reforma integral do Código Penal (PL nº 132/12), contemplando a criação do crime de enriquecimento ilícito e rotulando a corrupção como crime hediondo.

É necessária, antes de mais nada, uma mudança cultural. A percepção da coisa pública como objeto de proteção de todos, o sentimento de pertencimento e a consequente cobrança, fiscalização e exercício de uma cidadania ativa.

É certo, nesse sentido, que é preciso despertar um novo tempo de ética no trato da coisa pública. Mas a transformação cultural brasileira não pode prescindir da heteronomia do direito penal.

Criminalizar o enriquecimento ilícito, rotular a corrupção como crime hediondo e, antes de tudo, criar a cultura de punição do crime de colarinho branco, dos crimes patrimoniais praticados por agentes públicos evidentemente contribuirão para a mudança da percepção de um Direito Penal simbólico, seletivo e de exclusiva punição de pobres criminosos.

CONCLUSÃO

I. A corrupção, fenômeno endêmico no Brasil, tem raízes na cultura patrimonialista de colonização portuguesa.

II. A história brasileira evidencia a preocupação recente em punição dos atos que atentam contra a improbidade e moralidade administrativas em termos extrapenais.

III. A corrupção configura verdadeiro atentado contra os direitos humanos, privando o Estado do investimento de políticas públicas básicas para diminuição, inclusive, da desigualdade social.

IV. A proteção da moralidade e improbidade administrativas constitui mandado de criminalização implícito da Constituição Federal, seja decorrente da proteção da dignidade da pessoa humana, seja decorrente dos princípios da administração pública, seja por conta da Convenção de Mérida.

V. A adequada proteção jurídico-penal dos crimes praticados contra o erário exige alargar o rol de crimes hediondos, colocando a corrupção como espécie e a imediata criminalização do enriquecimento ilícito.

REFERÊNCIAS

- ABRAÃO, E. P. O; MARCOCHI, M. A. C. Mandados de criminalização e crimes contra a criança e o adolescente. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 14, nº 2218, 28 jul. 2009. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/13233>>. Acesso em 8/1/2014.
- CANARIS, C. W. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Ed. Almedina, 2003, p. 43-50.
- CÂNDIDO, A. O significado de Raízes do Brasil. In: HOLLANDA, S. B. de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- CANOTILHO, J. J. g. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra Editora, 2. ed. 2001.
- COSTA, E. V. Os primeiros povoadores do Brasil», in: *Revista da História*, ano VII, vol. XIII, 1956, São Paulo.

- FAORO, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- FELDENS, L. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Ed. Livraria do Advogado, 2. ed. 2012.
- FIGUEIREDO DIAS, J. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- FILGUEIRAS, F. *A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social*. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762009000200005&script=sci_arttext, Acesso em 28 jan. 2014.
- GONÇALVES, L. C. S. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GRINOVER, A. P. *Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos*. *Revista de Processo*, ano 25, n° 97, jan-mar de 2000. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- HASSEMER, W. *Crisis y características del moderno derecho penal*. *Actualidad Penal*. Madrid, n° 43/22 de 1993.
- HAYASHI, F. E. H. *O Impacto da Corrupção sobre o Desenvolvimento dos Países*. Disponível em <http://relacoesinternacionais.com.br/direitos-humanos/os-efeitos-da-corrupcao-sobre-os-direitos-humanos/>, Acesso em 18 jan. 2014.
- HOLLANDA, S. B. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*. Volume VII a IX.
- LYRA. *Novíssimas Escolas Penais*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.
- MACHADO, M. R. A. *Sociedade do risco e direito penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MARQUES NETO, A. R. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2. ed. Renovar, 2005.
- PILLAY, N. 22ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, 2013, Disponível em <http://relacoesinternacionais.com.br/direitos-humanos/os-efeitos-da-corrupcao-sobre-os-direitos-humanos/>, Acesso em 18 jan. 2014.
- OLIVEIRA, M. T. *Bem Jurídico-penal e Constituição*. Dissertação de Mestrado apresentada perante Pontifícia Universidade Católica, 2010, p. 128. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp134821.pdf>. Acesso em 14/01/2014.
- OSÓRIO, F. M. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- PIERANGELI, J. H. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- PONTE, A. C. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008
- ROSA, M. F. E. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Moralidade Administrativa*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da PUC/SP, 2003

- SCALCON, R. L. *Mandados Constitucionais (implícitos) de Criminalização*. Monografia de Conclusão de Curso UFRS. Porto Alegre, 2009, p. 14. Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/31323/000779559.pdf?>. Acesso em 17/1/2014.
- SCHÜNEMANN, B. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits – und Gefährdungsdelikte*. In: CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídicos-Penales Supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- SCHWABE, J. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- STRECK, L. L. O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>, Acesso em 07/1/2014.

Recebimento em 28/03/2014

Aprovação em 16/06/2014