

1. INTRODUÇÃO

O crime de Extorsão mediante sequestro é bastante conhecido da população brasileira e também dos juristas que estudam nossas leis, sobretudo a legislação penal. Grande parte da produção científica discute a exacerbação das penas impostas ao crime pelo legislador brasileiro, sobretudo na figura qualificada pela morte da vítima, inclusive na modalidade culposa abarcando a maior pena do nosso ordenamento jurídico, chegando a ser de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos de reclusão.

Ocorre que a compreensão da constitucionalidade de determinado crime, sobretudo no âmbito da análise da proporcionalidade, carece muitas vezes de parâmetros específicos para aferir se o legislador dosou a pena de forma adequada ou não.

Duas leis de 2003 podem servir de guia para a análise, primeiro a lei 10.741/2003 modificou o crime de Extorsão mediante sequestro, mantendo o legislador as penas nos padrões atuais. Já a lei 10.803/2003, alterou o crime de redução à condição análoga à de escravo, dando a esse crime os elementos que hoje ele possui.

As duas leis entraram em vigor num intervalo de tempo de aproximadamente dois meses e refletem claramente um recorte da posição do legislador acerca dos dois tipos penais, sendo possível um parâmetro uma checagem, por meio dessa análise dos objetivos e finalidades do legislador com a tipificação dos dois crimes.

Esse trabalho tenta estudar e encontrar semelhanças entre os dois crimes, com a finalidade de identificar se é possível que um seja parâmetro da análise de constitucionalidade do outro, com base no postulado da proporcionalidade, e com isso definir se é possível a aplicação dos dois tipos penais da forma como postos pelo nosso legislador.

Nesse contexto, pretende-se levar em consideração que as vítimas e autores dos referidos crimes integram parcelas da população brasileira que, num caso, estariam bem distantes dos centros de poder, e, portanto, com nenhuma condição de influenciar na produção das normas, ou de levar suas agendas sociais ao legislador.

De outro lado, é possível identificar também envolvidos nesses crimes, que integram camadas da população bastante próximas do centro de poder, e assim, com total condição de levar suas pautas ao legislador e influenciar ativamente a produção das referidas normas.

2. O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO E O DIREITO PENAL.

No processo de criminalização uma etapa a ser desenvolvida é a criação dos tipos penais. O primeiro passo nesse caso é definir quais condutas – abstratamente falando – serão alcançadas pela aplicação do sistema criminal, sendo que tal processo – de competência do legislador – normalmente é marcado por uma sistemática extremamente preconceituosa, que aponta preferencialmente como desviante as condutas geralmente associadas às classes mais desfavorecidas.

E ao longo de nossa história isso se observa de maneira muito marcante. Como por exemplo, na criminalização de culturas associadas às camadas inferiores do ponto de vista econômico, aos negros, etc. Nosso legislador já criminalizou o samba¹, a capoeira e hoje se vislumbram tentativas de criminalização do funk, como na sugestão de projeto de lei nº 17 de 2017, apresentado ao Senado com mais de 20.000 assinaturas que requeriam a tipificação do funk como crime contra a saúde pública.

Inequivocamente, quando se analisa o processo de escolha das condutas a serem tipificadas, verifica-se que há uma criminalização das culturas mais próprias das camadas mais pobres da população e, portanto, mais distantes do centro do poder e com menos possibilidades de levar suas agendas sociais ao legislador.

Na análise da aplicação do direito penal, e conseqüentemente do processo de criminalização de determinadas condutas, importante lembrar o questionamento feito por ZAFFARONI (2007, p. 84) ao afirmar que se deve buscar pelo objetivo da legislação penal. Ou seja, qual o objetivo almejado pelo legislador ao criar a lei penal?

Aliás, o referido autor acha necessário que seja questionada de alguma forma qual seria a finalidade da legislação penal para que assim, e a partir daí, seja possível fazer uma análise crítica da lei, indicando as suas mudanças necessárias, e se for o caso, readequá-la ao caminho correto.

Tratando do tema, BUSATO (2015, p. 32) traça um perfil da missão do direito penal, ao analisar as principais posições apontadas pelos estudiosos, e afirma que há uma preferência na doutrina acerca daquela que afirma que a missão do direito penal é a de proteger bens jurídicos, entretanto, também afirma o autor, ser conveniente que se analise o direito penal a partir da criminologia crítica que reconhece entre as funções do direito penal a estigmatização e a seletivização.

É ponto inequívoco que as prisões em todo o mundo estão ocupadas principalmente por pessoas pertencentes à classe social mais pobre (ZAFFARONI, 2007, p. 56), mas não porque os pobres cometem mais crimes. O que essa percepção indica é que há um processo de seleção, seja no momento de escolha das condutas a serem criminalizadas, ou mesmo no momento de escolha dos indivíduos a serem alcançados pelo sistema criminal como um todo, ou ainda, que as duas coisas, atuando conjuntamente, acabem levando um maior número de pessoas das classes menos favorecidas economicamente às prisões.

Esse processo que alguns chamam de processo de criminalização da pobreza não é novo e nem é percebido apenas agora, aliás, falar de seletividade do direito penal é quase que lugar comum. CANCELLI (2005, p. 143) analisando informações acerca do histórico das prisões no Brasil, afirma que em 1942 foram feitas, apenas no interior de São Paulo, 35.039 prisões, sendo 35% delas feitas para averiguações, mas o alcoolismo, a desordem e o ócio seriam nessa ordem as principais causas do aprisionamento.

Logicamente que criminalizar o alcoolismo, a desordem e principalmente o ócio é uma forma de criminalizar a pobreza, pois as camadas menos favorecidas economicamente deveriam estar submetidas ao capital (produção) e a forma de vida determinada pela classe dominante, ou corria-se um grande risco de ser selecionado pelo sistema penal. Não ter certeza de trabalho assinada era então uma circunstância que facilmente levaria alguém à prisão.

De acordo com o princípio da legalidade apenas a lei poderá criar crimes e impor penas às condutas tidas como desviadas, assim a lei é a ferramenta fundante do direito penal, nas palavras de HUNGRIA (1976, p. 21), “*não há direito penal vagando fora da lei escrita*”. Ocorre que o processo de produção das leis não é imune aos preconceitos sociais, muito ao contrário, o legislador normalmente vale-se dessa ferramenta como forma de manutenção das camadas mais pobres da população, sob controle.

Já houve um tempo em que o processo de criminalização tinha como base científica expressa as teorias biológicas e psicológicas. Diversas obras foram publicadas e ganharam o apreço da comunidade acadêmica e científica tendo tais teorias como determinantes do comportamento desviante.

O processo de criminalização engloba a seleção pelo legislador de qual conduta deverá ser tida como proibida (criminalização primária) e também na seleção do indivíduo que estará sujeito à aplicação concreta da lei.

O tema da seletividade do direito penal não é novidade na dogmática, mas com a intenção de demonstrar um recorte bem específico desse o caráter seletivo, pretendemos fazer um recorte de dois tipos penais – redução à condição análoga à escravidão e extorsão mediante sequestro – que possuem características bem parecidas, mas que atingem pessoas que estão em classes sociais bem diferentes, e é muito nítido que quando um crime tem como vítima um integrante de uma classe social menos favorecida, as penas impostas são menores, ou seja, é tido como um crime menos grave, ao contrario, quando o atingido é alguém que integra uma classe mais favorecida, as penas aplicadas são sempre maiores.

Tratando dos estereótipos sociais e sua influência no sistema criminal, BARATTA (2011, p. 177) afirma que:

Pesquisas empíricas tem colocado em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Isto leva os juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados, e relacionados tanto à apreciação do elemento subjetivo (dolo, culpa) quanto ao caráter sintomático do delito em face da personalidade (prognose sobre a conduta futura do acusado) e, pois, à individualização e à mensuração da pena destes pontos de vista.

Essa relação não ocorre apenas com os juízes, mas também com os legisladores, e ocorre em razão da proximidade ou da distância dos agentes envolvidos com o poder. Essa proximidade pode fazer com que suas pautas sociais sejam mais bem visualizadas, aceitas e atendidas, de outra banda, a distância do poder faz com que as necessidades de determinadas classes sequer sejam percebidas e quando vistas, sempre são entendidas como um incômodo.

O outro, o estranho, é sempre visto como alguém a ser contido, como alguém a ser excluído, inclusive com o uso do direito penal. Em verdade, o processo de criminalização diz muito mais sobre preconceitos sociais do que muitas vezes transparece, pois se vê o estranho como um inimigo a ser extinto.

SILVA SANCHES (2002) já há algum tempo vem denunciando a expansão do direito penal como ferramenta única de proteção, demonstrando a existência de um total descrédito para com as demais ferramentas, passando a ser assim o principal instrumento de proteção.

E com essa expansão as demandas de proteção da classe mais favorecida são sempre atendidas quase que numa relação de simbiose entre o poder e os integrantes da alta sociedade. Não ocorre o mesmo com as condutas que lesionam bens jurídicos pertencentes majoritariamente às classes menos favorecidas, assim, o processo de criminalização e por consequência o direito penal, segue seu fluxo de seletivização.

Com isso, tem-se aí a fórmula mágica que já foi apontada por ZAFFARONI, as prisões estão abarrotadas de pessoas pertencentes às classes menos favorecidas, enquanto que as classes mais favorecidas têm contato com as unidades prisionais através dos noticiários de TV que “informam” a população sobre como o Estado tem atuado para reduzir a criminalidade.

3. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À ESCRAVIDÃO (ART. 149) E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO (ART. 159). IDENTIDADE DE ELEMENTOS ENTRE OS TIPOS PENAIIS.

Os crimes estão previstos topograficamente em capítulos distintos do Código Penal, donde se extrai daí a visão que o legislador tem de cada um deles, inclusive quanto aos bens jurídicos a serem tutelados pelas normas. E obviamente vê-se que o legislador vislumbra o crime de redução à condição análoga à escravidão exclusivamente como um crime contra a liberdade pessoal. Não se enxerga ali, ao menos do ponto de vista da criação da norma, violação a outros bens, tais como patrimônio do trabalhador, etc.

Já o crime de extorsão mediante sequestro, ao ser posicionado no capítulo dos crimes contra o patrimônio, diz o legislador que a principal lesão obtida ali é ao patrimônio, mesmo que se perceba violação a outros bens jurídicos no dispositivo. Vejamos cada um deles.

O crime de redução à condição análoga à escravidão – art. 149 CP – encontra-se na Seção I do Capítulo VI, onde se trata especificamente dos crimes contra a liberdade pessoal. Assim, vê-se claramente que o olhar do legislador ao tratar do crime é voltado exclusivamente à privação da liberdade da vítima.

Quando se faz uma análise mais detida do crime, no entanto, é possível observar outros elementos que englobam a conduta proibida e que demonstram uma maior elasticidade

acerca dos bens que efetivamente são lesionados com a prática da conduta, além da liberdade da vítima.

Segundo o disposto no art. 149 do Código Penal, o crime consubstancia-se em “*Reduzir alguém a condição análoga à de escravo*”, o que implicaria claramente, e inicialmente, em restrição da liberdade da vítima para que se tipifique o crime ora em estudo. O dispositivo conclui ainda que o crime pode ser praticado sem que haja a restrição da liberdade, submetendo a vítima a “*trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-a a condições degradantes de trabalho*”, mas também é possível a prática do crime com restrição da liberdade da vítima, pois também ocorre “*quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto*”.

A doutrina afirma que no caso concreto há não apenas uma lesão à liberdade da vítima, mas também, e principalmente, uma lesão à própria dignidade humana em tornar alguém coisa e propriedade de outrem.

HUNGRIA (1976, p. 200) analisando a conduta, afirmava que no crime ocorre que “*entre o agente e o sujeito passivo se estabelece uma relação tal, que o primeiro se apodera totalmente da liberdade do segundo, ficando este reduzido, de fato, a um estado de passividade idêntica à do antigo cativo*”.

Importante ressaltar que é possível a prática da conduta inclusive valendo-se de violência ou mesmo grave ameaça, pois como afirma o § 1º, II também se pratica a conduta criminosa quando “*mantém vigilância ostensiva no local de trabalho*”.

BITTENCOURT (2012, p. 429) tratando do crime do art. 149 do nosso Código Penal, leciona que:

O bem jurídico protegido, nesse tipo penal, é a, liberdade individual, isto é, o *status libertatis*, assegurado pela Carta Magna brasileira. Na verdade, protege-se aqui a liberdade sob o aspecto ético-social, a própria dignidade do indivíduo, também igualmente elevada ao nível de dogma constitucional. Reduzir alguém à condição análoga à de escravo fere, acima de tudo, o princípio da dignidade humana, despojando-o de todos os seus valores ético-sociais, transformando-o em res, no sentido concebido pelos romanos.

A jurisprudência dos nossos Tribunais também caminha nesse sentido, em reconhecer a gravidade do crime de redução à condição análoga à de escravo entendendo-o

como um crime que lesiona mais que a liberdade individual, mas também a própria dignidade humana, como se observa no julgamento do REsp 1.443.133/TO, pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

O crime de redução a condição análoga à de escravo pode ocorrer independentemente da restrição à liberdade de locomoção do trabalhador, uma vez que esta é apenas uma das formas de cometimento do delito, mas não é a única. O referido tipo penal prevê outras condutas que podem ofender o bem juridicamente tutelado, isto é, a liberdade de o indivíduo ir, vir e se autodeterminar, dentre elas submeter o sujeito passivo do delito a condições degradantes de trabalho.

Ou mesmo nas palavras do Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 459.510/MT, onde mais uma vez se observa a gravidade do crime, lesionando não apenas a liberdade individual, mas também outros direitos dos trabalhadores, como direitos trabalhistas (ou seja, patrimônio) e a própria dignidade humana.

O bem jurídico objeto de tutela pelo art. 149 do Código Penal vai além da liberdade individual, já que a prática da conduta em questão acaba por vilipendiar outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente como a dignidade da pessoa humana, os direitos trabalhistas e previdenciários, indistintamente considerados.

Portanto, ao submeter alguém às condições análogas à escravidão, privando-lhe a liberdade também mediante violência ou grave ameaça, não importa em lesão exclusiva à liberdade individual, há um viés patrimonial na prática da conduta, pois quem mantém trabalhadores nessas condições, notadamente tem o objetivo de não pagar as verbas trabalhistas que onerariam sua condição como contratante, exemplo: salário, férias, 13º e outros encargos decorrentes da relação de trabalho.

Ou seja, analisando a temática do crime de redução à condição análoga à de escravo, conclui-se que a privação da liberdade da vítima por um tempo relevante e ferindo também sua dignidade como ser humano, ao fim e ao cabo, tem finalidade econômica, já que há a intenção de não pagar as verbas decorrentes da relação de trabalho.

Outro ponto que poderia ser destacado em relação a esse crime é que normalmente haverá uma multiplicidade de vítimas na mesma empreitada. Normalmente, não se mantém como escravo uma pessoa apenas, obviamente que é possível, mas em geral, várias pessoas são mantidas como escravas num mesmo local.

Mas as vítimas desse crime, como é fácil identificar, estão bastante distantes dos centros de poder e por isso suas pautas não são levadas em consideração no momento de feitura das leis, talvez por isso, a pena do crime seja tão branda, se comparado a outros crimes menos graves existentes no nosso ordenamento jurídico.

Já no que toca ao crime de extorsão mediante sequestro, o legislador previu a conduta no art. 159 do Código Penal, portanto, incluindo-o entre os crimes que tutelam o bem jurídico patrimônio. E nosso legislador sempre possuiu a mão pesada no momento de escolher as penas aplicáveis aos crimes patrimoniais.

A previsão posta no art. 159 do Código Penal é de que a conduta proibida é “*Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate*”. É um crime que apresenta uma gravidade bastante acentuada, e segundo HUNGRIA (1976, p. 73) seria decorrente de uma antiga prática de exigir pagamento pelo resgate de prisioneiros em guerras.

Assim, há a privação da liberdade da vítima como forma de coação para que se alcance uma vantagem, podendo ocorrer com o emprego de violência ou de grave ameaça, mas não apenas, pela leitura do tipo penal verifica-se é possível que se verifique o crime também na hipótese em que a privação da liberdade tenha ocorrido de outra maneira, como por exemplo, através de fraude.

Observa-se nesse ponto uma semelhança entre os crimes apontados, nos dois casos haverá a restrição da liberdade da(s) vítima(s), como forma de garantir a prática da conduta, e também nos dois crimes é possível que a conduta seja praticada com violência ou grave ameaça à pessoa, mas não somente, sendo também cabível que os dois crimes sejam praticados de outra maneira.

Entretanto, na Extorsão mediante sequestro, diz-se que a conduta tem como finalidade a obtenção da vantagem, funciona, portanto como forma de coação, como uma maneira de forçar a vítima direta da restrição da liberdade, ou mesmo outra pessoa, para assim obter a vantagem almejada, que pode ser segundo a posição majoritária da doutrina, econômica, como afirma BITTENCOURT (2012, p. 157).

Assim, em ambos os casos, teríamos condutas onde haverá a privação da liberdade da vítima, podendo ocorrer com violência ou grave ameaça, mas não apenas, e também a intenção, nos dois casos, é de obtenção de vantagens patrimoniais.

Claramente, em que pese o legislador ter os colocado em locais distintos no código, é possível identificar um viés também patrimonialista no crime previsto no art. 149 do Código Penal, pois ali o empregador vale-se da privação da liberdade da vítima com a finalidade de obter vantagem econômica indevida. Não diretamente ao exigir da vítima qualquer quantia como condição ou o preço do resgate, como trata a extorsão, mas o fato de manter a vítima de maneira forçada em um local onde a mesma deve trabalhar sem receber suas verbas trabalhistas, ou mesmo recebendo-as de forma não completa, aponta sim um viés econômico na redução à condição análoga à escravidão, também o equiparando ao crime de extorsão mediante sequestro.

Por outro lado, quando se analisa os crimes do ponto de vista da quantidade de vítimas de cada conduta criminosa, observa-se uma gravidade maior do crime de redução à condição análoga à de escravo, pois nesse tipo de crime, normalmente há várias vítimas da mesma conduta, pois geralmente mantem-se vários trabalhadores na condição de escravo, por exemplo, numa mesma fazenda, podendo ocorrer o crime com o emprego de violência física ou de grave ameaça.

Dados da Organização Internacional do Trabalho² demonstram que entre 1995 e 2015, foram libertados 49.816 trabalhadores que estavam em situação análoga à escravidão no Brasil. E obviamente que não há 49.816 criminosos diferentes, pois quando alguém pratica essa conduta, faz mantendo dezenas ou mesmo centenas de trabalhadores nessas condições.

De outra banda, quando alguém comete o crime do art. 159 do Código Penal o faz contra uma vítima, ou no máximo duas. Em geral não se mantem num cativeiro dezenas de vítimas exigindo-se o resgate para que tenham suas liberdades restauradas. Portanto, há aqui uma distinção clara entre os dois crimes analisados no tocante à lesão específica que cada conduta causa nas vítimas, sendo o crime de redução à condição análoga à de escravo bem mais grave neste particular.

Levando isso em consideração, deveria o legislador ter previsto uma sanção penal mais grave ao crime de Redução à condição análoga à escravidão que ao crime de extorsão mediante sequestro, pois já que possuem elementos que os tornam bem parecidos, tais como: restrição da liberdade da vítima, intenção de obtenção de vantagem econômica, o único ponto que os diferencia claramente aponta uma gravidade maior para aquele, em relação a este.

Imagine um caso em que um fazendeiro mantenha em sua fazenda, utilizando-se de grave ameaça com vigilância armada, com trabalhadores em condições análogas à escravidão. Responderia ele por um crime de redução à condição análoga à de escravo, com pena de 02 (dois) a 08 (oito) anos, no art. 149, § 1, II do Código Penal.

Mesmo tendo em conta que a autoridade judicial, no momento de prolação da sentença levará em consideração a quantidade de vítimas para fins da dosimetria, a pena deve estar nos limites estabelecidos no dispositivo legal.

Não se está aqui a afirmar a insignificância de uma pena que vai de 02 (dois) a 08 (oito) anos de reclusão, sobretudo no sistema prisional brasileiro, onde reinam as violações aos direitos dos presos num estado já definido como inconstitucional pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Mas quando se analisa a pena escolhida pelo legislador para o crime do art. 159 do Código Penal, sobretudo tendo em conta que os dois crimes possuem elementos bastante próximos, distinguindo normalmente a quantidade de vítimas de cada conduta, observa-se que o legislador valorou como mais grave a conduta que afeta normalmente menos vítimas.

Vejamos, caso alguém mantenha em cativeiro uma vítima exigindo um resgate pela sua liberdade, incorrerá em no crime do art. 159 do Código Penal, onde a pena básica a ser imputada ao agente, na modalidade simples do crime, é de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão, além de ter a aplicação da lei de crimes hediondos (lei 8.072/90).

Ou seja, um crime que em tese viola menos bens jurídicos, pois normalmente é praticado contra uma vítima, ou contra pouquíssimas vítimas de uma só vez, tem a pena mínima igual a pena máxima imposta a outro crime que possui os mesmos elementos, com a gravidade de violar mais bens jurídicos, já que normalmente praticado contra várias pessoas.

A valoração dada pelo legislador às duas condutas é equivocada e decorre claramente do seguinte fator: o agente que pratica o crime de redução à condição análoga à escravo está muito mais próximo do centro de poder e tem como influenciar as ações do legislador na construção da lei.

Exemplo dessa influência é a edição da Portaria nº 1.129, publicada no dia 16 de outubro de 2017, que criava empecilhos à fiscalização e combate ao trabalho escravo no Brasil. Posteriormente o Supremo Tribunal Federal julgando a ADPF 489/DF, concedeu liminar suspendendo os efeitos da portaria.

Assim, o agente que comete o crime do art. 149, privilegia-se de uma posição que, muitas vezes é o de ser ele próprio o criador da norma penal, enquanto que a vítima, afetada pelo crime, ao contrário, está distante do centro de poder e não tem como influenciar na construção da norma, ficando seus apelos mudos no âmbito do processo legislativo, já que pertence às camadas da população menos favorecidas.

De outro lado, no tocante ao crime do art. 159 do Código Penal, ocorre justamente o inverso, já que quem pratica o crime de extorsão mediante sequestro é que normalmente estão nas camadas menos favorecidas, e por isso os seus apelos não são ouvidos pelo legislador.

Mas notadamente, as vítimas do crime de extorsão mediante sequestro estão muito próximas das camadas de poder e daí resulta que as sanções penais aplicáveis a esse crime é bastante alta, se comparadas às penas do crime de redução à condição análoga à escravidão.

Ocorre que os tipos penais devem respeitar valores constitucionais que o legislador constituinte elegeu na Carta Constitucional como fundantes do nosso Estado Democrático de Direito, e dentre eles, está o princípio da proporcionalidade.

E aqui estamos a tratar de crimes que, mesmo tendo o legislador os colocado em capítulos distintos do Código Penal, a construção sistêmica do nosso ordenamento jurídico impõe um tratamento mais paritário entre eles, ou alias, poderíamos até mesmo dizer, impõe um tratamento mais grave ao crime de redução à condição análoga à escravidão, previsto no art. 149 do Código Penal, por conta do quanto acima demonstrado.

4. A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Segundo SANTOS (2007, p. 26) o princípio da proporcionalidade (*verhältnismässigkeitsgrundsatz*) foi desenvolvido por doutrinadores do direito constitucional alemão e é composto por três princípios: adequação (*geeignetheit*), necessidade (*erforderlichkeit*) e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*abwägungsgebote*).

ÁVILA (2014, p. 204) afirma que o princípio da proporcionalidade teria origem no próprio emprego da palavra “*proporção*”, afirmando ainda que “*fala-se em proporção como elemento da própria concepção imemorial de Direito, que tem a função de atribuir a*

cada um a sua proporção”, afirmando que o postulado aplica-se a todo o direito, informa que no direito penal, refere-se à necessidade de proporção entre a culpa e a pena a ser aplicada.

Registre-se que na análise da atuação legislativa, deve o legislador valer-se do princípio da proporcionalidade na construção da norma penal, valorando adequadamente, inclusive, se a sanção penal aplicada preenche o postulado de proporcionalidade necessário.

SARLET (2004, p. 98), afirma que a vinculação do dever de proteção que tem o estado com a teoria da proteção de bens jurídicos, tem o princípio da proporcionalidade como legitimador da intervenção estatal, ou seja, seria possível que o estado afetasse de maneira desproporcional um determinado direito fundamental *“inclusive o direito de quem esteja sendo acusado de violar direitos fundamentais de terceiros”*.

Assim, o princípio da proporcionalidade, seria o critério do controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais, impedindo assim, tanto o excesso de proteção, como também a chamada proteção deficiente. Serve pois como parâmetro para análise da constitucionalidade das normas criadas pelo legislador, e por consequência, serve como parâmetro para analisar as distinções entre as penas impostas aos crimes aqui analisados.

O parâmetro da necessidade visa identificar se a norma criada é realmente necessária ou trata-se apenas de um capricho do legislador, no caso dos crimes analisados, salta aos olhos a necessidade das normas dos dois crimes, posto que as condutas são lesivas a bens jurídicos tutelados pelo nosso ordenamento jurídico, sobretudo, pela nossa Constituição, fazendo-se assim, necessário que o legislador crie normas penais para proteger os bens jurídicos atingidos pelas condutas dos crimes de extorsão mediante sequestro e também pelo crime de redução à condição análoga à escravidão.

No tocante à adequação, verifica-se se o meio utilizado pelo legislador é um meio adequado ao alcance dos fins propostos, ou seja, se a forma que o legislador escolheu para proteger determinado bem jurídico é ou não adequada. Aqui também é de se notar que o meio utilizado pelo legislador (direito penal) com a imposição de uma sanção aos agentes que violem os bens jurídicos protegidos pelos crimes citados, é um meio adequado, em face da importância dos bens jurídicos em risco, repita-se, para os dois crimes.

Nesse sentido, MIR PUIG (2005, p. 18) afirma que a necessidade e a idoneidade da intervenção penal ocorrem quando a conduta viola interesses que direta ou indiretamente interessem aos cidadãos. E a análise dos custos e benefícios, que requer proporcionalidade

estrita, deve ser feita analisando a gravidade dos bens jurídicos afetados pela pena e também a importância dos bens jurídicos afetados pela prática da conduta criminosa.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, afirma SANTOS (2007, p. 29). *“Tem por objeto a otimização das possibilidades jurídicas, ao nível da criminalização primária e da criminalização secundária, do ponto de vista da proporcionalidade dos meios (pena criminal) em relação aos fins propostos (proteção de bens jurídicos).”*

Ele ainda se refere à proporcionalidade abstrata como limitadora do legislador e também como balizador de respeito ao sistema jurídico vigente, afirmando como exemplo que *“penas por lesões contra a propriedade não podem ser superiores às penas por lesões contra a vida, como ocorre na lei penal brasileira”*. Seria assim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou mesmo a proporcionalidade abstrata o balizador a ser utilizado para analisar a constitucionalidade das penas impostas aos crimes dos arts. 149 e 159 do Código Penal.

Assim, como os crimes possuem diversos elementos que os igualam e tendo a diferença da quantidade de vítimas que faz com que o crime de redução à condição análoga à escravidão seja mais grave, nosso legislador, para respeitar o princípio da proporcionalidade não poderia ter colocado uma pena menor que o crime de extorsão mediante sequestro.

No nosso ordenamento jurídico o princípio da proporcionalidade está previsto de forma implícita no art. 5º, *caput* da Constituição e como já vimos, proíbe a imposição de penas desproporcionais diante da conduta eleita pelo legislador como merecedora de sanção.

No caso dos crimes analisados, é ainda importante registrar uma particularidade, os dois foram alterados no mesmo ano, mais especificamente em 2003. A lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003, alterou o art. 149 do Código Penal, dando a ele a redação que possui, e estabelecendo a pena de 02 (dois) a 08 (oito) anos de reclusão para as condutas ali proibidas, aumentando a pena na metade, caso o crime seja praticado contra criança ou adolescente, ou ainda, por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Também no ano de 2003, o legislador alterou o art. 159 do Código Penal, através da lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 e estabeleceram-se as seguintes reprimendas: no caso da conduta do *caput*, sanção penal de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão. Durando mais de 24 horas o sequestro ou mesmo sendo a vítima menor de 18 anos e maior de 60, a pena salta para o patamar de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão – frise-se, a mesma pena do homicídio qualificado. Se a vítima sofre lesão corporal grave, a pena passa a ser de 16

(dezesseis) a 24 (vinte e quatro) anos, mas se ocorre a morte da vítima, mesmo de forma culposa, a pena será de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos de reclusão.

Claramente, o legislador brasileiro fez com que dois crimes que possuem características muito similares tenham reprimenda penal absurdamente diversas. E as normas foram alteradas na mesma legislatura já que o intervalo de vigência das leis acima é de no máximo três meses.

No tocante ao crime do artigo 149 do Código Penal, verifica-se que a proteção dada pelo legislador – quando comparado com o crime do art. 159 do Código Penal – é deficiente, no entanto, quando analisamos o crime do art. 159 do Código Penal, comparando-o com o crime do art. 149 do mesmo diploma, verificamos que houve proteção em excesso.

Como afirma ZAFFARONI (2007, p. 69) a ideia de que todos são iguais perante a lei é uma falácia, e o tão lugar comum já afirmado da seletividade do direito penal é aqui reforçado demonstrando que o sistema criminal como um todo, até mesmo na elaboração das leis, costuma orientar-se por estereótipos e no caso citado, o estereótipo do sequestrador construído pela lei e pelos integrantes do sistema penal é visto como alguém bem mais perigoso que o “escravista”, já que a pena do primeiro é escandalosamente maior que a do segundo, em que pesem as análises acima apontarem para um tratamento que deveria ser igual, ou até mesmo o contrário.

Cabem aqui, as lições de BATISTA (2011, p. 23), quando nos relembra que as lutas de classes não estão apenas no passado, mas mantem-se na atualidade, nem sempre com a mesma roupagem, afirma que:

A questão criminal se relaciona então com a posição de poder e as necessidades de ordem de uma determinada classe social. Assim, a criminologia e a política criminal surgem como um eixo específico de racionalização, um saber/poder a serviço da acumulação de capital. A história da criminologia está, assim, intimamente ligada à história da criminalidade.

5. CONCLUSÃO.

O legislador não se adequou ao postulado de proporcionalidade ao estabelecer as penas dos crimes dos artigos 149 e 159 do Código Penal, posto que as condutas são idênticas,

claro, quando praticadas com violência física ou grave ameaça, mas mereceram reprimendas bem distintas, observando que o crime do art. 149 seria em tese mais grave, por ter como vítimas, normalmente mais pessoas em uma mesma conduta.

E mais. Como se observa nas análises das leis nºs 10.803/2003 e 10.741/2003, o legislador mudou os crimes no mesmo ano, mais precisamente em um intervalo de aproximadamente três meses – ou seja, os crimes foram alterados na mesma legislatura, o que nos dá um recorte exato do pensamento e dos objetivos do legislador – e mesmo assim, optou por manter as sanções claramente violadoras do postulado da proporcionalidade.

BARATTA (2011, p. 165) afirma que no momento de determinação das condutas desviantes a serem criminalizadas o direito penal perde seu caráter fragmentário de escolhas de comportamentos propriamente ditos, para ser utilizado como mecanismo de controle social. Assim, afirma que quando o direito penal se dirige aos comportamentos típicos das pessoas que integram as classes menos favorecidas, o tipo penal forma uma rede fina, com a intenção de abarcar o maior número de pessoas, ao contrário, quando se dirige às pessoas mais próximas do centro do poder, a rede é mais grossa, para que acabe atingindo menos indivíduos.

No caso dos crimes em análise, a seletivização está em impor uma pena muito pesada para o crime do art. 159 do Código Penal, que é praticado pelos integrantes das camadas menos favorecidas, contra os integrantes das camadas mais favorecidas, já o crime do art. 149 do nosso código, a pena é mais branda, pois normalmente o autor do crime é integrante das camadas mais favorecidas, enquanto a vítima integra a camada mais pobre da sociedade.

No entanto, qual solução é possível para esse problema de desproporcionalidade verificado? O princípio da legalidade impede que se reconheçam incriminações através do uso da analogia. Assim, a fórmula “*nullum crime nulla poena sine lege*”, estabelece um postulado de proteção das liberdades dos cidadãos frente ao poder punitivo estatal.

E como afirma MELLO (2007, p. 197), quando se pensa na aplicação de um princípio, a primeira ideia que vem à mente do interprete é sua função “*negativa/limitadora*”, os princípios estabelecem, portanto, limites não apenas à liberdade individual mas também à atuação do Estado. Assim, não é possível corrigir o problema detectado, declarando a inconstitucionalidade do art. 149 do Código Penal em face de sua proteção deficiente, e determinando a aplicação da pena do art. 159 do mesmo diploma, pois tal construção seria violadora da garantia da legalidade e, portanto, inconstitucional.

Entretanto, o contrário é admissível. Entender as penas impostas ao crime do art. 159 do Código Penal como violadoras do princípio da proporcionalidade (e quando se faz a análise dos aspectos aqui destacados não há que se chegar a outra conclusão), abre espaço para o afastamento de suas penas, pois inconstitucionais, com a aplicação pela analogia das penas impostas ao crime de redução à condição análogo à de escravo, pois mais favoráveis ao réu.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 3ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 2: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de direito penal 3: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. São Paulo: Atlas, 2015.

CANCELLI, Elisabeth. **História: Questões & Debates**, Curitiba: Editora UFPR, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Vida Livros, 2012.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FARIA, Bento de. **Código Penal do Brazil: parte geral**. Vol. I. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1919.

_____. **Código Penal do Brazil: parte geral**. Vol. II. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1920.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e o direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 27ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luis Flávio. **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Crimes Hediondos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Claudio Heleno. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. **Comentários ao Código Penal, Volume VI**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. **Comentários ao Código Penal, Volume VII**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Introdução crítica do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **Princípios penais constitucionais**. Salvador: Jus Pudivm, 2007.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

REALE JR., Miguel. **Teoria do Delito**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTIAGO, Mir Puig. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2005, núm. 07-18.

_____; **Bases constitucionales del derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011.

SARLET, Ingo. **Revista Brasileira de ciências criminais**. Revista dos Tribunais: 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e política criminal**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

¹ Numa notícia do Jornal do Brasil de 24 de abril de 1903 encontra-se a seguinte notícia: “O delegado da 15ª circunscrição urbana, acompanhado de inspetores e praças, deu certo hontem, à noite em uma chácara abandonada na Rua Barão do Bom Retiro, n. 57, de propriedade de Horácio Caldas, onde se realizava um funambulesco e retumbante samba, prendendo para mais de 100 indivíduos, que se entretinham na dança africana”. Disponível em: http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=030015_02&PagFis=6651, acessado em 03 de fevereiro de 2019.

² Disponível em <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-escravo/lang--pt/index.htm>, acessado em 21 de março de 2019.