

## 5

### Política Criminal, Bien; Pero Cuál? <sup>1</sup>

#### 5.1

##### Diretrizes para uma política criminal brasileira – pontos de partida

O tema da política criminal volta, pouco a pouco, ao debate da comunidade jurídica. A separação artificial entre política criminal, criminologia e dogmática propiciaram que a última fosse supervalorizada no ambiente acadêmico, e nas últimas décadas também a criminologia ocupou uma posição de destaque.

A noção de que a política criminal se ligava mais às bases filosóficas do direito penal retirou-lhe o caráter científico e alijou-a do debate. O final do século XX trouxe novamente à tona a questão da política criminal, especialmente pela via do funcionalismo de Roxin e sua proposta de adequar diretivas de política criminal dentro da própria teoria do delito.

Todavia, creio que o trabalho que o Brasil tem pela frente ainda é mais recuado. Impasses que exsurgiram de acontecimentos ainda recentes na nossa história colocaram luz em algumas constatações: a) não temos o direito penal que queremos; b) não nos identificamos com o sistema penal hoje vigente; c) é preciso reformatar o sistema do direito penal brasileiro.

Para isto, não nos bastará a invocação das diretrizes lançadas no texto constitucional, ainda que seja considerada pela própria comunidade internacional como uma das constituições mais avançadas em termos de garantias individuais de natureza penal. Isto porque o caráter impreciso e aberto das Constituições não nos desobriga da tarefa de buscar parâmetros para dar respostas concretas às questões centrais da política criminal de um país: que tipo de condutas pretendemos proibir? Quem pretendemos responsabilizar? Como pretendemos

---

<sup>1</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *La Relación entre Sistema Del Derecho Penal y Política Criminal* – Historia de una Relación Atormentada. Mexico D.F.: Editorial UBIJUS, Instituto de Formación Profesional, 2008. p. 31

reagir às violações destas proibições? Em suma: o que proibir, quem punir e como punir?

Tampouco é suficiente lançarmos mão somente dos princípios garantistas para a construção desta política criminal. O garantismo, em sua concepção mais aceita, se conforma por critérios negativos. Como reflexos dos direitos fundamentais de primeira geração, os princípios garantistas são instrumentos que se prestam muito mais a deslegitimar iniciativas político-criminais do que a fornecer padrões concretos de penalização. Em outras palavras, o direito penal mínimo, ideia básica do garantismo de Ferrajoli, aponta os âmbitos que não podem ser atingidos pelas pretensões punitivas do Estado, não se prestando a fornecer referências para a elaboração de um catálogo de proibições e sanções legítimas, salvo se admitirmos o viés inclusivo da vertente positiva do garantismo, que projeta a proteção penal para o campo dos direitos fundamentais de índole coletiva.

Ainda assim, há vastos campos de possibilidades de incidência ou não-incidência do direito penal, como também largas as escalas de sanções possíveis, cujas escolhas pertencem ao espaço das discricionariedades legislativas infraconstitucionais e, portanto, espaço político por excelência.

Nos estritos limites do presente trabalho, elegemos alguns enfoques para uma política criminal possível, no contexto da legislação e da jurisprudência, especialmente a do STF, seguindo os eixos pelos quais nos pautamos até agora.

## 5.2

### **A racionalidade do sistema de leis penais**

A retomada de um projeto de política criminal consistente para um Brasil com 20 anos de democracia importará, necessariamente, na recuperação do prestígio e da autoridade da lei penal. A legislação é o lugar onde se transforma a política em direito<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> DIEZ RIPOLLÉS, Jose Luis Díez. *La Racionalidad de las Leyes Penales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 75

A emergência do constitucionalismo vem retirando da lei o caráter de centralidade que o positivismo historicamente lhe conferira no estado de direito liberal. O apogeu desta centralidade se deu nos grandes projetos codificadores que projetaram um direito legislado de forma concentrada e abrangente. O Estado constitucional e a teoria das constituições normativas conformaram novo status à lei, cujo espaço de normatividade se viu delimitado pelos princípios constitucionais. Os novos modelos de risco imprimiram nova dinâmica de conflitos, demandando uma legislação de linguagem menos precisa que abre maiores espaços de discricionariedade ao administrador e ao julgador. Mais além, a ampliação da grade de direitos fundamentais desobrigou o legislador e permitiu a concretização destes direitos diretamente pelo Judiciário.

Se no Brasil ainda é cedo para afirmarmos a inversão total de status, pode-se ao menos identificar um forte movimento a indicar que a jurisdição ocupa mais e mais espaços antes dados à lei, de forma até então inédita. Acresçam-se a isto os grandes esforços das últimas décadas para a construção de teorias da argumentação especialmente voltadas a desenvolver estatutos de racionalidade à aplicação da lei pelo juiz.

Fato é que pouca atenção se tem dado aos processos legislativos e às formulações teóricas que possam agregar valores éticos e fontes legitimadoras ao ambiente discursivo da produção das leis.

No direito penal, o fato é especialmente grave. Isto porque, em que pese o ativismo judicial ser uma realidade também neste campo, a lei continua tendo forte protagonismo, haja vista a quantidade de diplomas legais que vêm sendo promulgados nos últimos anos, e o fenômeno não é exclusivo do Brasil. Mas é pequeno o interesse que o tema relacionado aos processos de elaboração da lei penal desperta entre os estudiosos do fenômeno jurídico, já que o foco de interesse acaba sendo ou a criminologia ou a aplicação judicial da lei penal<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> De fato, os avanços e a boa aceitação que as teorias de argumentação jurídica ganharam no Brasil não encontram correspondentes no plano da argumentação parlamentar. Ainda assim, alguns autores já alertam para a necessidade de que os juízos de ponderação, hoje corriqueiros nas decisões judiciais, sejam também formulados pelo próprio legislador. Neste sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Para um projeto de racionalidade argumentativa

Não se pode negar que, concorde-se ou não com a tendência expansionista do direito penal em direção a novos campos de tutela, a lei penal acaba hoje por desempenhar funções sociais relevantes e distintas daquelas que tradicionalmente lhe estavam afetas. Apesar disto, a pouca atenção que se dá ao campo da criação das leis vem abrindo espaços cada vez maiores para o oportunismo social e político<sup>4</sup>.

A utilização do direito penal com fins meramente simbólicos produz textos legais de baixa eficácia que, se em um primeiro momento produzem o impacto midiático almejado, ao longo do tempo corroem a credibilidade do sistema técnico de justiça criminal. Por outro lado, a produção de textos legais sem rigor técnico e formal gera antinomias e incoerências que acentuam a transferência de competências ao poder Judiciário, para além dos limites convencionais de juízos de adequação concretos, e tornam o Estado-juiz um formulador de direito penal no nível da abstração e da generalidade.

Não se nega que a dogmática cumpriu papel essencial na construção de parâmetros ao legislador no construto até hoje insuplantado da teoria do crime<sup>5</sup>, embora seja indiscutível que seu maior prestígio e mais amplo campo de desenvolvimento se deu na aplicação do direito penal e não nos processos deliberativos de sua elaboração.

Pois bem. O exame de parte das leis penais brasileiras produzidas ao longo das duas décadas que sucederam a democratização do país revelou o comprometimento da política criminal brasileira, em grande parte derivado das visíveis quebras de racionalidade destas leis. A baixa exigência de padrões mínimos de validade dos textos legais penais, a inexistência de uma planificação específica, a pulverização de normas penais em leis extravagantes mistas e o abandono, por longo período, dos projetos de codificação foram fatores determinantes para o desenho mal acabado de nossa política criminal. O quadro se

---

no discurso parlamentar veja-se: OLIVER-LALANA, Daniel. “Los argumentos de eficacia em el discurso parlamentario”. In *DOXA*, Cuadernos de Filosofia Del Derecho, 31, 2009, pp. 533-565

<sup>4</sup> DIEZ RIPOLLÉS, Jose Luis. *La Racionalidad de las Leyes Penales*. p. 14

<sup>5</sup> Tão forte é esta construção argumentativa que as teses funcionalistas de Roxin propõem a inserção de vetores de política criminal dentro das categorias da tradicional divisão tripartite do delito: tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade.

complicou porque, subjacentes a estes problemas de ordem formal e sistêmica, estavam as novas demandas de um país que refundava seu ordenamento jurídico em bases democráticas, inserido, por sua vez, no contexto mundial de emergência de novas ordens de conflitos.

Para entendermos a crise de racionalidade de nossa política criminal, vale a retomada dos conceitos de Manuel Atienza, trazidos no capítulo II, agora enriquecidos com as contribuições de Jose Díez Ripolles. Ambos os autores se propõem a elaborar um protótipo de teoria da legislação, fundada em critérios de racionalidade, sendo que, enquanto Atienza se propõe a uma teoria mais generalista, Diez Ripollés se dedica especialmente aos planos de racionalidade da lei penal.

Diez Ripollés conceitua a racionalidade legislativa como sendo um contexto de adequação entre as decisões legislativas e os dados relevantes da realidade social e jurídica subjacentes. Racionalidade, para ele, é interação e correspondência entre o plano da lei e o plano da realidade. A racionalidade legislativa penal supõe um procedimento legislativo que garanta tomadas de decisões legislativas aptas a obter amplos acordos sociais, por sua adequação à realidade social sobre a qual se formulam<sup>6</sup>.

A partir deste conceito, Diez Ripollés toma de empréstimo a tipologia dos planos de racionalidade de Atienza, embora com algumas reservas metodológicas que, no contexto deste trabalho, não reputamos importantes. São cinco os níveis de desdobramento da racionalidade legislativa: ética, teleológica, pragmática, jurídico-formal e linguística, sendo o primeiro de caráter substantivo e os demais de caráter instrumental. Este esquema se presta a estabelecer processos racionais de produção de leis, ao contrário das correntes de hermenêutica que se pretendem como modelos de análise das leis já existentes, embora haja correspondência lógica e natural entre os dois campos<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> DIEZ RIPOLLÉS, Jose Luis Díez. *La Racionalidad de las Leyes Penales*. p.86.

<sup>7</sup> O autor admite que há uma correspondência entre os cinco planos de racionalidade legislativa e os métodos clássicos de interpretação da lei: a racionalidade ética se corresponde com a interpretação conforme a constituição; a racionalidade pragmática com o método teleológico-valorativo; a racionalidade jurídico-formal, com o método sistemático e, por fim, a racionalidade linguística com o critério gramatical. Esta correspondência decorre, segundo o autor, do fato de que os níveis de racionalidade legislativa decidem os conteúdos da lei, cujo desvendamento é

A proposta do autor pode ser representada no gráfico abaixo:

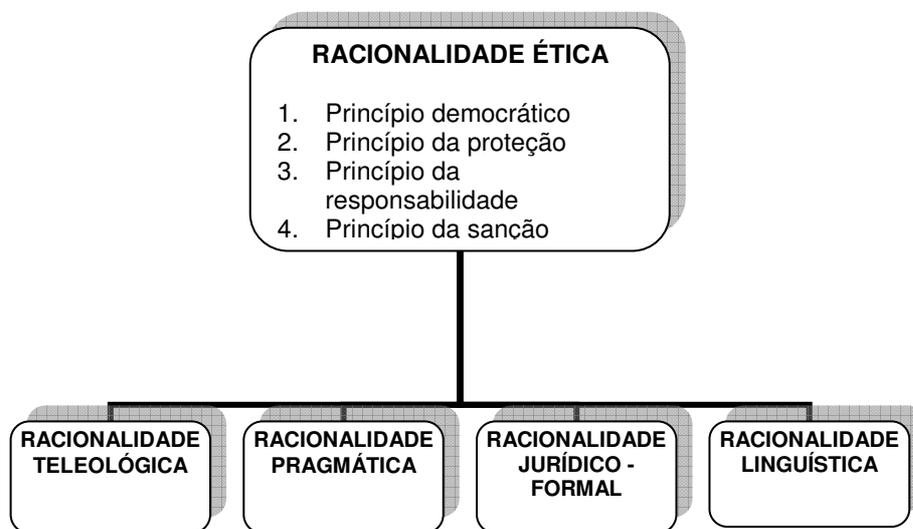


Figura1

Leis penais racionais, do ponto de vista ético, serão aquelas que expressam o sistema de crenças cultural e histórico que sustenta uma sociedade<sup>8</sup>, fundado em conteúdos sedimentados e inquestionáveis, vinculados às profundas convicções culturais da sociedade e que, por isso mesmo, dão os contornos básicos para a intervenção penal legítima. Três grupos de princípios formam esta

---

justamente o objeto da hermenêutica. (DIEZ RIPOLLÉS, Jose Luis. *La Racionalidad de las Leyes Penales*. p. 104/105).

<sup>8</sup> Assumidamente, Diez Ripollés se vale de categorias trazidas das concepções de Habermas. No caso, este sistema de crenças compartilhado pela comunidade é a expressão do chamado “mundo da vida” de Habermas. Para Habermas, o espaço de ação comunicativa entre os homens se daria, dentro de sua visão de sociedade, no que ele chama de *mundo da vida*. Regido por normas morais, o *mundo da vida* seria o foro das relações próprias da vida privada e de suas sucessivas interações, ou mesmo uma esfera de espaço público compreendida em seu sentido amplo como espaço de ações. Sergio Paulo Rouanet sintetiza a categoria do mundo da vida como sendo “o lugar das relações sociais espontâneas, das certezas pré-reflexivas, dos vínculos que nunca foram postos em dúvida. Ele tem três componentes estruturais: cultura, sociedade e personalidade. A cultura é o estoque de saber da comunidade, que contém os conteúdos semânticos da tradição, onde os indivíduos se abastecem dos modelos de interpretação necessários ao convívio social. A sociedade, em sentido estrito, é composta dos ordenamentos legítimos pelos quais os membros da comunidade regulam suas solidariedades. A personalidade é um conjunto de competências que qualificam um indivíduo para participar da vida social.”(ROUANET, Sérgio Paulo. “Ética discursiva e ética iluminista”. In: *Mal estar na modernidade*: Ensaios. São Paulo: Cia. das Letras, 1993. p. 214).

racionalidade ética: o princípio da proteção, o da responsabilidade e o da sanção. A estes se alia de forma conglobante, o princípio democrático.<sup>9</sup>

Para Diez Ripollés, uma lei padecerá de irracionalidade ética se não ajustar seu conteúdo aos critérios ou princípios éticos estruturais e inquestionados do setor jurídico em que nos movemos, ou se renunciar ao critério democrático como princípio último de resolução das controvérsias<sup>10</sup>.

A racionalidade ética determina que as leis penais não se apartem dos consensos éticos mínimos da coletividade. Os princípios do plano da racionalidade ética expressam basicamente as formulações derivadas do iluminismo no direito penal, de tradição historicamente arraigada e que, não obstante as pontuais divergências sobre suas configurações concretas, como é o caso da teoria do bem jurídico, formam o conjunto de princípios estruturantes do direito penal dos países constitucionais e democráticos. Princípios como o da subsidiariedade, fragmentariedade, responsabilidade subjetiva, devido processo legal, presunção de inocência resultam de uma tradição que já se consolidou na forma de consensos compartilhados, desprovidos de desacordos sérios e que exprimem o espírito geral que o direito penal tem nos estados democráticos de direito.

No mesmo sentido opera a dogmática, a conferir o padrão mínimo de conformação do sistema, auferido do acordo e do consenso. As garantias fundamentais expressas nos princípios constitucionais e as construções dogmáticas devem operar, nos países democráticos, como selos identificadores da

<sup>9</sup> No grupo dos princípios de proteção se inserem o princípio da lesividade (é lícito a sociedade proteger-se de condutas que lesem a convivência social); princípio do interesse público (as lesões que legitimam a intervenção penal devem ser socialmente relevantes); princípio da fragmentariedade (a intervenção penal se sujeita a um determinado grau de gravidade da lesão) e princípio da correspondência com a realidade (a lesão e sua gravidade, bem assim a repercussão social devem ser aferíveis de forma empírica). No rol dos princípios da responsabilidade, teremos o princípio da certeza ou segurança jurídica (o cidadão deve saber com precisão em que circunstância se lhe exigirá responsabilidade); princípio da responsabilidade pelo fato (somente geram responsabilidade fatos e não pensamentos ou modos de vida); princípio da imputação (entre o fato e a pessoa deve haver vínculos objetivos e subjetivos, na causalidade e na vontade); princípio da culpabilidade (atribuição subjetiva de reprovação); princípio da jurisdicionalidade (procedimentos de verificação da responsabilidade). Por fim, entre os princípios da sanção: princípio da humanidade das penas (estabelece os limites de afetação pessoal que a pena jamais poderá ultrapassar); princípio teleológico (determinação dos efeitos sociais e pessoais que se considera eticamente aceitáveis buscar com a pena); princípio da proporcionalidade das penas (a pena deve acomodar-se à importância da lesão causada pelo delito); princípio do monopólio punitivo estatal (rechaçadas as medidas privadas de vingança ou punição).

<sup>10</sup> DIEZ RIPOLLÉS, Jose Luis. *La Racionalidad de las Leyes Penales*. p.96

racionalidade ética de uma dada legislação penal. O seu elevado nível de abstração e generalidade não impedirá sua força normativa se os demais planos de racionalidade estiverem atendidos.

Também estarão na conformação ética de racionalidade das leis penais, no campo dos princípios de proteção, os consensos prévios que suprapositivamente importam em desaprovação e induzem a formas de defesa social. Os ataques à vida, à liberdade individual, o emprego da violência, os atentados à dignidade são objeto de desaprovação profana e pré-jurídica que justificariam o emprego do direito penal em níveis de acordo amplo e sem resistência, já que, pelo princípio da proteção, é justo que a sociedade se proteja dos ataques mais graves à convivência social e há consenso razoável de que os ataques desta natureza ferem de forma especial o padrão mínimo de convivência social pacífica.

No Brasil, o plano da racionalidade ética está delineado na própria Constituição com seu catálogo de garantias individuais, especialmente as de natureza penal e processual, além dos princípios implícitos que dele decorrem.<sup>11</sup>

No nível seguinte, já na categoria instrumental, Diez Ripollés coloca o plano de racionalidade teleológica. Divergindo de Atienza, para quem a racionalidade teleológica tem a ver com o grau de eficiência da lei em relação ao atingimento de seus objetivos, Diez Ripollés enxerga neste nível os conteúdos éticos de segunda ordem que carecem daquela aceitação livre de desacordos de toda a coletividade, como são os princípios estruturantes do primeiro nível.

Leis teleologicamente racionais dependerão da obtenção de compromissos, por meio do emprego do critério democrático. Aí se inserem as decisões legislativas que implicam na formulação dos objetivos da tutela penal: o que será passível de ser protegido pelo direito penal, qual o grau de proteção que se lhe deverá conferir, quais os níveis de exigência de responsabilidade e qual a sanção aplicável; qual a intensidade da obediência exigida e quais as repercussões derivadas da desobediência.

---

<sup>11</sup> Os princípios da fragmentariedade, lesividade material, insignificância, dentre outros, embora não expressos no texto constitucional, podem ser dele derivados de forma indireta.

A irracionalidade teleológica estará presente sempre que os objetivos perseguidos pela lei não tenham sido acordados no marco do emprego discursivo do critério democrático, levando-se em conta todos os componentes ético-políticos relevantes, ou que não reflitam tal acordo.

Se a repressão do homicídio é uma ideia desprovida de desacordo, porque exprime um consenso ético prévio de primeiro nível, o tipo de sanção e a intensidade desta, bem como os critérios específicos de responsabilização terão que ser obtidos neste segundo plano. Obviamente que tais decisões ainda terão que se conformar com outros princípios éticos. Exemplificando, se a proibição de penas cruéis deriva de um limite da racionalidade ética, resta-nos, no nível da racionalidade teleológica, deliberar sobre qual a pena possível para o crime em questão. Da mesma forma com as escolhas de bens jurídicos que não expressam uma rejeição pré-jurídica, mas cuja proteção pode ser reivindicada em outros campos, como se vê na proteção do meio ambiente, na qual a intervenção penal se deu no intento de criar a consciência coletiva da necessidade de proteção, e não de expressar esta consciência que, neste caso, sequer existia.

No Brasil são inúmeros os exemplos de lacunas de racionalidade teleológica, mas, para nos atermos aos casos tratados neste trabalho, é preciso lembrar da sonegação fiscal e dos crimes hediondos. No caso do primeiro, é nítido que a criminalização da sonegação não decorre de um sentimento de rejeição ética e profana em relação à conduta proibida. Ao contrário, a cultura disseminada no país conjuga dois vetores antagônicos e crescentes: a excessiva carga tributária de um lado e a sistêmica insubordinação do contribuinte do outro. A rejeição à sonegação não é um valor compartilhado acima de desacordos. Portanto, a decisão de criminalizar a conduta necessita de uma reflexão e de compromissos acerca dos objetivos a serem alcançados com a medida. A história da legislação da sonegação no Brasil e a jurisprudência que se firmou em torno do tema, já exaustivamente descritas nos capítulos II e III, sugerem que estes compromissos não estão plenamente definidos e muito menos os objetivos estão demarcados.

Se a tipificação da fraude fiscal tem o objetivo de prevenir a reiteração destas condutas e ao mesmo tempo construir o valor do respeito à coisa pública, a forma como a lei e a jurisprudência vêm tratando o assunto renegam este objetivo.

Por este viés, a política criminal sobre a sonegação fiscal no Brasil padece de irracionalidade teleológica já que o encaminhamento legal e jurisprudencial dado à questão não viabilizam hoje o atingimento das finalidades propostas pela lei.

O mesmo se diga com a lei dos crimes hediondos. O fato de constar a categoria de hediondos no texto constitucional não indica que se trate de um senso comum ético de primeiro nível. Claramente, trata-se de decisão que exige a construção de planos teleológicos, com traçado de objetivos e estabelecimento de formas de consecução. A deliberação na Constituinte expressou este consenso e este compromisso, mas o tratamento infraconstitucional dos crimes hediondos não consolidou este consenso. As sucessivas alterações da lei e os contínuos projetos de expansão de seus conteúdos são apropriações do direito penal simbólico, que, como tais, distorcem os objetivos autênticos da lei, quais sejam, dar tratamento diferenciado a uma categoria de crimes que são especialmente graves aos olhos da coletividade. Da mesma forma, as alternâncias da jurisprudência denotam a ausência de estabilidade dos conteúdos normativos e das vinculações do texto. Não há como se negar os déficits de racionalidade teleológica.

Em seguida, Diez Ripollés e Atienza indicam o critério da racionalidade pragmática, pelo qual se exigirá que os objetivos traçados pela racionalidade teleológica possam se ajustar às possibilidades reais de intervenção social. O pragmatismo racional dependerá de que o comando ou a proibição contidos na norma sejam suscetíveis de ser cumpridos, para que se assegure a função da norma como diretiva da conduta. Da mesma forma, é preciso garantir que haja condições de o sistema reagir ao descumprimento da proibição mediante a aplicação coativa da lei<sup>12</sup>.

A irracionalidade pragmática está presente em leis penais que não são suscetíveis de cumprimento por um número razoável de cidadãos, ou que não sejam alvo de uma significativa aplicação pelos órgãos de controle social, como também diante de leis que, em qualquer caso, não obtenham os resultados pretendidos.

Impossível deixar de pensar, mais uma vez, na questão da sonegação fiscal. Não à toa, a política criminal da sonegação fiscal se tornou o paradigma da

---

<sup>12</sup> DIEZ RIPOLLÉS, Jose Luis. *La Racionalidad de las Leyes Penales*. p. 95

indefinição político-criminal brasileira das últimas décadas. Isto porque o próprio legislador vem criando alternativas ao sonegador que importam na não aplicação da sanção. Em outras palavras, o sistema não reage ao descumprimento da proibição de forma coativa. Ao contrário, vem prevendo sistematicamente atalhos que evitam a incidência da sanção penal, como é o caso do REFIS e do PAES<sup>13</sup>, comprometendo a eficácia e a validade da lei penal neste campo. Do mesmo modo, a excessiva carga tributária e a injustiça de sua incidência desigual sobre os contribuintes alimentam a expectativa de não adesão da sociedade à proibição penal.

Igualmente comprometedor da racionalidade pragmática é o sistema processual penal brasileiro. Embora não tenha sido objeto da nossa pesquisa, que privilegiou a legislação substantiva, é necessário pontuar que o caótico sistema processual hoje vigente, especialmente aquele voltado ao sistema recursal, compromete a eficácia do sistema punitivo de forma desigual e elitista. A superposição de medidas impugnativas colocadas à disposição, especialmente da defesa, subtraem a objetividade, sobrecarregam os tribunais superiores e esvaziam sensivelmente a efetividade das decisões de instâncias inferiores. Aliando-se a isto o regramento da prescrição, temos um quadro profundamente carente de racionalidade<sup>14</sup>.

Por fim, a racionalidade jurídico-formal e a linguística estão muito próximas e têm a ver, a primeira, com um sistema internamente coerente, e a segunda com as habilidades de comunicação da norma. Irracionais no plano jurídico-formal serão as leis que introduzem ou não resolvem as antinomias do sistema legal. Irracionais no plano linguístico serão as leis que impedem ou dificultam a transmissão de seus conteúdos aos destinatários<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Leis 9.964/2000 e 10.684/2003, respectivamente.

<sup>14</sup> Exemplo eloquente desta irracionalidade se tem no artigo 112, I do Código Penal, que determina como termo inicial da prescrição da pretensão executória a data do trânsito em julgado para a acusação, e não simplesmente do trânsito em julgado. O dispositivo, quando interpretado literalmente, faz com que corra contra o Estado a prescrição executória, antes que esta pretensão seja passível de cumprimento, já que se a defesa persistir na via recursal, a execução da pena está impedida, embora o prazo prescricional já esteja em curso. A distorção somente agora começa a ser objeto das primeiras correções por parte do STF, como se vê nos seguintes julgados: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 2. HC 88833/SP. rel: Min. Joaquim Barbosa. Publicado no DJ de 29 jun. 2007. p. 144; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 2. HC 94559/SP. rel: Min. Joaquim Barbosa. Publicado no DJ de 04 nov. 2010. p. 24

<sup>15</sup> DIEZ RIPOLLÉS, Jose Luis. *La Racionalidad de las Leyes Penales*. p.97

No capítulo II deste trabalho apontamos um rol extenso de leis penais brasileiras que romperam drasticamente com a racionalidade jurídico-formal e linguística. Em parte, isto foi causado pela profusão de leis extravagantes que, por certo, comprometeram a coesão do texto e a prudente avaliação das condutas proibidas e das respectivas sanções de molde a preservar uma escala coerente. A falta de cuidado gerou desproporções ilógicas e desarrazoadas. Mas é preciso admitir que até mesmo algumas das alterações feitas no próprio corpo do código não primaram pela boa técnica de sistematização e tampouco respeitaram os pactos semânticos há muito arraigados na comunidade dos intérpretes do direito penal<sup>16</sup>.

### 5.3

#### **A recuperação dos níveis de racionalidade das leis penais brasileiras**

As contribuições trazidas pela doutrina na construção de uma teoria da legislação podem ajudar o Brasil a reformular sua política criminal e emprestar-lhe um caráter mais consequente. A comunidade jurídica recebeu bem e já incorporou com relativa facilidade os padrões de exigência de argumentação jurídica nas decisões judiciais. É hora de atentar para a necessidade de se cobrar o mesmo rigor do autor das leis. O trabalho da ponderação entre princípios constitucionais cabe perfeitamente na atividade legislativa na eleição de bens jurídicos tuteláveis, na extensão da desaprovação do desvio e na harmonia destas disposições com todo o sistema. A liberdade ampla e discricionária do legislador infraconstitucional e a natureza política de sua atividade perdem prestígio e se enfraquecem se não se lhes impõe o ônus da racionalidade. Embora seja tarefa de

---

<sup>16</sup> Algumas das alterações do Código Penal desrespeitaram a classificação dos tipos em torno dos bens jurídicos tutelados (por exemplo, o artigo 168-A, que integra o capítulo de crimes contra o patrimônio, embora seja crime contra a administração pública). Outras ignoraram critérios de tipicidade (o parágrafo 3º do artigo 297, introduzido pela lei 9.983/2000, embora descreva hipóteses de falsidade ideológica, ficou atrelado ao caput, relativo à falsidade material). A alteração da pena da corrupção passiva (artigo 317) tornou o crime mais grave do que a concussão do artigo 316, crime em que há emprego de força, por conta da utilização imprecisa da expressão “corrupção”. O desrespeito às regras de redação legislativa também causaram estragos: a Lei que alterou o capítulo dos crimes sexuais, hoje entendidos como crimes contra a dignidade sexual, fez do crime de estupro seguido de morte um crime de ação penal pública condicionada à representação, quebrando a lógica de todo o sistema, o que já foi objeto de ADI.

políticos, a criação das leis não pode prescindir das elaborações conceituais. E a regra da maioria não supre estas exigências.

É ilusório acreditarmos que as falhas da legislação penal brasileira – e pelo que vimos, elas são muitas e de diversas naturezas – poderão ser supridas pelo Judiciário, sem sacrifício da legitimidade e do princípio democrático. Como também é ingênuo apostarmos que a figura do juiz assegurará o caráter garantista do sistema penal<sup>17</sup>. Nem uma coisa e nem outra. O trabalho judicial de resolução de casos concretos, ou mesmo o controle da constitucionalidade não podem ter como finalidade suplantar a função legislativa, já que a jurisdição penal dependerá sempre da legitimidade formal derivada da vinculação do juiz à lei.

O próprio garantismo de Ferrajoli adverte que a atividade jurisdicional, para que esteja legitimada, dependerá de leis minimamente racionais<sup>18</sup>. Da mesma forma, Atienza sustenta que a racionalidade judicial é inalcançável sem uma prévia racionalidade legislativa<sup>19</sup>. Se pretendemos levar a sério o caráter normativo da Constituição, é preciso elevar o nível de racionalidade, tanto da legislação quanto da jurisdição.

### 5.3.1

#### Racionalidade ética

No nível da racionalidade ética, a definição dos conteúdos de nossa política criminal deve se circunscrever aos limites da Constituição. Isto significa que não se poderá ultrapassar estes limites, mas também significa que não se poderá deixar de atender a estes parâmetros. Doutrina e jurisprudência vêm

<sup>17</sup> A história está repleta de exemplos de avanços e retrocessos no caráter político da jurisdição. Sobre o tema, veja-se BARROSO, Luis Roberto. “A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo” In: SARMENTO, Daniel. (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>18</sup> GASCÓN ABELLAN, Marina. “La Teoria General Del Garantismo: Rasgos Principales”. In: CARBONNEL, Miguel; SALAZAR, Pedro. (eds). *Garantismo* - Estudios sobre El pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madri: Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2009.

<sup>19</sup> ATIENZA, Manuel. *Contribución Para Una Teoria De La Legislación*. [s.l.] DOXA, 1989

trabalhando, nesta vertente, com a dupla face do princípio da proporcionalidade, como proibição do excesso e proibição da proteção insuficiente<sup>20</sup>.

As garantias fundamentais de natureza penal e processual penal expressas no texto constitucional formam um quadro de consenso razoável a partir do qual alguns arquétipos podem ser extraídos. A ideia de arquétipos é trabalhada por Jeremy Waldron, na obra “Torture, terror, and trade-offs: philosophy for the White House”<sup>21</sup>. Waldron identifica em algumas provisões do direito, figuras emblemáticas ou ícones que simbolizam o todo, ou traduzem o espírito da área do direito em que se inserem. São comandos normativos que têm um significado que transcende seu objeto imediato, porque de certa forma sintetizam ou tornam vívido o conteúdo de um princípio ou de uma política que subjaz ao sistema legal. Estes arquétipos regulam seu âmbito de vigência, mas, como símbolos do espírito do campo do direito de onde provêm, funcionam também como norteadores de outras provisões.

Waldron exemplifica com dois arquétipos que sintetizam o espírito do direito americano, mas que podem ser aproveitados no sistema brasileiro. Um é a proibição de tortura, e o outro o instituto do habeas corpus. A racionalidade ética de nossa política criminal parte do espírito destes e de alguns outros arquétipos que podem ser extraídos de nossa cultura jurídica, tal como a proibição da pena de morte.

Estas provisões normativas sinalizam para a ideia central acerca do direito penal que queremos ter em um estado democrático: a ideia de que o direito penal não pode se instrumentalizar na brutalidade ou na selvageria; que não regulará através do terror. Embora expresse o monopólio do uso da força, seus métodos não podem mutilar a dignidade dos sujeitos sobre os quais se impõe<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e Proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, n. 47, p. 60-122, 2004. Igualmente, STRECK, Lenio. “Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal”. In: Id. *Direito Penal em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. O argumento também começa a aparecer na jurisprudência do STF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. rel: Min. Marco Aurélio Mello. RE 418376/MS. Publicado no DJ de 23 mar. 2007. p. 648)

<sup>21</sup> WALDRON, Jeremy. *Torture, terror, and trade-offs: philosophy for the White House*. New York: Oxford, 2010

<sup>22</sup> WALDRON, Jeremy. *Torture, terror, and trade-offs: philosophy for the White House*. p. 233

Sobre esta ideia central se erigem os princípios constitucionais de configuração liberal que devem formar a base ética de nossa política criminal.

Esta base ética irrenunciável marca a virada histórica que o país deu no seu processo de democratização e é ela que deverá exorcizar-nos de nosso passado autoritário. A cristalização de uma nova matriz ética nos habilita para pensar em um espaço democrático da pena e do sistema penal.

### 5.3.2

#### Racionalidade teleológica

Já no segundo plano, a recuperação da racionalidade teleológica da lei penal brasileira precisará passar pelo aprofundamento de nossos processos democráticos de deliberação.

Há compromissos que já foram obtidos no texto constitucional, como aquele que dá ao direito penal brasileiro o dever de tutela de direitos humanos de natureza individual e coletiva, cuja legitimidade está garantida justamente pela qualificação constitucional deste consenso. No quadro das disputas doutrinárias acerca do papel do direito penal no atual estágio da sociedade globalizada, cremos que o Brasil já fez sua escolha e a política criminal deve respeitar esta escolha. Estão legitimadas, portanto, as incursões do direito penal na criminalidade econômica, meio ambiente e criminalidade governativa como expressão genérica da corrupção, como também legítimas são as tipificações que antecipam a intervenção penal, como nos casos de crimes de perigo abstrato, em virtude da relevância e da complexidade do risco a que os bens estão expostos<sup>23</sup>.

Mas há consensos que carecem da opção constitucional e se encontram em aberto em nossa sociedade, necessitando de ajustes e novos rumos. Para

---

<sup>23</sup>Os tipos de perigo abstrato devem ser usados com parcimônia e têm caráter excepcional. Devem estar reservados para as situações em que a antecipação à efetiva lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico ofendido seja indispensável em função da relevância do bem jurídico tutelado e da sistematicidade do risco a que está exposto. As finalidades preventivas da pena, nestes casos, estariam comprometidas se a sanção somente pudesse sobrevir mediante a constatação concreta do perigo, já que a dificuldade desta prova pode servir, paradoxalmente, como incentivo ao descumprimento da norma, aumentando-se o risco. É o que ocorre com frequência com crimes contra o sistema financeiro, nestes incluída a lavagem de ativos, e com determinados crimes contra o meio ambiente.

alguns, os sistemas vigentes de representação popular serão suficientes, para outros, não.

Para não desprezarmos um dos temas recorrentes deste trabalho, a criminalização da sonegação fiscal merece passar por um novo pacto que recupere a sua racionalidade no plano teleológico. O que não se pode mais admitir é que um tema tão sensível continue exposto aos oportunismos e preconceitos. A história das indecisões legislativas e imprecisões jurisprudenciais em torno do assunto deixam claro que o emprego do direito penal vem se dando de forma pernicioso, porque desviado de seus legítimos objetivos. A criminalização da sonegação vem sendo usada como forma coercitiva de cobrança de tributos, o que configura desvirtuamento total de suas verdadeiras e legítimas finalidades: proteção do bem jurídico e evitação da reiteração da conduta. Assim, figuras como a da suspensão da pretensão punitiva pelo parcelamento do tributo, extinção da punibilidade pelo pagamento a qualquer tempo do crédito, ou mesmo a finalização do processo administrativo como elemento normativo do tipo são eventos anômalos que tornam claro o déficit de racionalidade de que o direito penal padece no enquadramento do tema.

Parece nítido não haver um acordo razoável em torno da necessidade ou conveniência do emprego da pena corporal a sonegadores, tamanhos são os artifícios legais e jurisprudenciais que dificultam este desiderato. O emprego banal e insincero do direito penal – com objetivos diversos daqueles que a sanção de fato pode ter – vulneram a credibilidade de todo o sistema repressivo. Eis porque a legislação em torno do tema necessita de uma reformulação profunda a partir de um amplo debate com setores da sociedade, a fim de que a tomada de decisões reflita um compromisso real com o assunto. Ou, caso contrário, será melhor renunciar ao tipo e deixar o enfrentamento dos desvios na conta das falsidades comuns, já há muito tipificadas, e até hoje relativamente imunes aos oportunismos<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> As fraudes fiscais, via de regra, comportam delitos de falso como meios de execução do crime e que, pelo princípio da consunção, ficam absorvidos pelo delito fim. Refiro-me, então, à possibilidade de, uma vez derogados os tipos de sonegação, as fraudes poderem ser enquadradas como falsidade material ou ideológica (artigos 297 e 299 do Código Penal).

Mais do que tudo, a recuperação de padrões de racionalidade teleológica implica na renúncia ao direito penal simbólico. A edição de leis com propósitos midiáticos tem objetivos que são estranhos aos estabelecidos pelo direito penal dos estados democráticos de direito. A escolha de condutas a serem proibidas pela ameaça da pena, bem assim a extensão desta e a forma de sua execução são opções que precisam ter como foco único a proteção de bens e valores da sociedade e a prevenção de novos riscos. A expansão acrítica de tipificações e o aumento descriterioso de penas não obedecem a este padrão.

Para alguns temas, o emprego do direito penal não poderá dispensar consultas à sociedade, através dos diversos mecanismos que hoje se encontram à disposição graças aos avanços das tecnologias de comunicação. A ampliação dos debates com a participação dos setores acadêmicos e das agências institucionais envolvidas no sistema repressivo (magistratura, ministério público, advocacia pública e privada, além da polícia) através de comissões técnicas e audiências públicas podem garantir conquistas mais perenes e mais consistentes na formulação das leis penais. As contribuições teóricas e as experiências concretas não podem ser dispensadas pelo legislador na formatação do direito penal<sup>25</sup>. Não há emergência que justifique o desprezo pelo discurso democrático.

Por fim, há temas que por sua exponencial sensibilidade prescindem de formas mais radicais de consulta à sociedade para obtenção dos acordos e compromissos em matéria penal, como referendos e plebiscitos. Vivemos uma experiência como esta no caso do estatuto do desarmamento em 2005. Cremos que o tema do aborto deve comportar o mesmo tratamento. O assunto está mal delineado na legislação penal vigente, não contempla hipóteses que somente os avanços da medicina tornaram possíveis (como é o caso da detecção precoce de determinadas anomalias do feto<sup>26</sup>), desconsidera as construções em torno dos novos direitos de procriação e merece reformas. Os desgastes políticos que as decisões em torno do aborto trazem acabaram empurrando ao Judiciário e, em

---

<sup>25</sup> O saudável hábito da instituição de comissões técnicas para elaboração de anteprojetos precisa ser aprofundado e disseminado, não somente nas hipóteses de grandes leis, como é o caso do Código de Processo Penal e Código Eleitoral, por exemplo.

<sup>26</sup> A possibilidade de aborto do feto anencéfalo é objeto do Projeto de Lei no Senado 227/04, mas não tem sofrido avanços. Também é objeto de uma ADPF em curso no STF (ADPF 54).

especial, ao STF decisões delicadas<sup>27</sup>. Um debate como o da descriminalização do aborto no Congresso Nacional não formaria consensos livres, por conta do receio que os parlamentares têm, hoje, dos prejuízos políticos que o assunto envolve, qualquer que seja a posição que se assuma. Igualmente, por mais que o STF possa deliberar circunstancialmente sobre alguns aspectos do tema, como a eventual expansão das causas de exclusão de ilicitude, jamais terá legitimidade para decidir sobre a descriminalização da conduta.

A razoabilidade das posições acerca do tema, por mais antagônicas que sejam, já indica que a intervenção penal no caso do aborto está longe de ser pacífica. A consulta à sociedade por meio de um plebiscito poderia trazer maior legitimidade e, portanto, recuperar o padrão de racionalidade desta decisão.

Igualmente, outros temas deverão ser submetidos a consultas mais amplas da sociedade, em vista das dificuldades de ponderação das alternativas e da insuficiência do sistema representativo, como é o caso da descriminalização das drogas e da eutanásia, para ficarmos com mais dois exemplos.

### 5.3.3

#### **Racionalidade pragmática**

É preciso reconhecer que a recuperação de padrões de racionalidade pragmática para o sistema penal brasileiro já vem sendo objeto de algumas iniciativas recentes, embora um longo caminho ainda necessite ser percorrido. Dois exemplos podem ser citados: o projeto em trâmite de um novo Código de Processo Penal e as recentes alterações no sistema de prescrição introduzidos pela lei 12.234/2010.

Referimo-nos, primeiramente, ao Projeto de Lei do Senado (PLS 156/09) que pretende a aprovação de um novo Código de Processo Penal para o

---

<sup>27</sup> Na campanha presidencial de 2010, o assunto ocupou, de forma surpreendente, os eleitores, forçando os candidatos a assumirem posturas evasivas e contrárias aos compromissos partidários de suas agremiações de origem, temendo os prejuízos que a defesa de um ou outro ponto de vista poderia trazer.

Brasil<sup>28</sup>. cremos que a racionalidade pragmática de nosso sistema penal está profundamente dependente da otimização das regras processuais. O sistema hoje vigente, embora já tenha sido objeto de algumas alterações pontuais que foram relevantes, ainda é um emaranhado confuso e tortuoso que compromete a eficácia e a credibilidade do sistema. O sistema recursal é exemplo desta distorção, quando estimula impugnações repetidas e superpostas. Também padece de racionalidade porque parte da premissa insustentável do princípio da desconfiança dos juízos de primeiro e segundo grau, cujas decisões, hoje, via de regra, têm pouquíssima repercussão na realidade<sup>29</sup>.

A competência do STF em matéria criminal, especialmente aquela ligada ao instituto do habeas corpus fez da corte suprema uma quarta instância recursal, com competência para apreciação de fatos, o que contraria a lógica de todo o sistema. Por maior que seja o apego aos fundamentos garantistas, não é razoável acreditar que a verdade processual só esteja alcançada quando o Supremo Tribunal Federal a prolate, seja porque, em um país com dimensões continentais como o nosso, essa tarefa é impossível de ser realizada a contento por uma corte reduzida, seja porque o acesso ao STF depende de caminhos dispendiosos somente alcançados pelos réus que disponham de recursos financeiros, uma vez que a defensoria pública ainda não é uma instituição disseminada de forma isonômica no país.

A competência hipertrofiada do STF em matéria penal esvaziou a relevância das demais instâncias, mesmo a do STJ. O mito da busca de uma verdade tão mais verdadeira, quanto mais elevado hierarquicamente o órgão prolator, não encontra respaldo no garantismo. Os princípios garantistas apregoam o devido processo legal, com contraditório, ampla defesa, princípio acusatório, dentre outros tantos, mas não há previsão de quatro instâncias de juízo ordinário,

---

<sup>28</sup> Em 09/11/2010, tempo em que concluíamos este trabalho, o Senado aprovou, em primeiro turno, o projeto do novo Código de Processo Penal, com 700 artigos. O texto ainda deve ser objeto de deliberação pela Câmara de Deputados.

<sup>29</sup> Do texto aprovado no Senado, percebem-se alterações importantes na tentativa de enxugamento do sistema recursal, embora na visão de alguns especialistas, algumas inovações, como o juiz de instrução, possam comprometer a busca da agilidade. As inovações já suscitam polêmicas. Sobre uma visão parcial destas, veja-se matéria publicada no jornal Folha de São Paulo, em 02/01/2011, de autoria do jornalista Frederico Vasconcelos, captando opiniões de 23 pessoas da comunidade jurídica e ligadas ao sistema criminal, acessível em <<http://blogdofred.folha.blog.uol.com.br/>>.

até mesmo porque isto é impossível de ser implantado com um mínimo de isonomia entre os jurisdicionados<sup>30</sup>.

O regramento em torno da prescrição penal no Brasil, há tempos, é exemplo contundente da irracionalidade legislativa no plano pragmático. O quadro começou a ser alterado com a lei 12.234/2010 que revogou parcialmente o instituto da prescrição retroativa. O instituto da prescrição, tradicionalmente concebido como forma de não eternizar conflitos e, com isto, preservar segurança jurídica, tem no direito penal um papel ainda mais importante: o de não permitir que o indivíduo se veja alvo da pretensão punitiva do Estado indefinidamente, além de ser uma forma de se cobrar eficiência e agilidade do trabalho das agências envolvidas com a punição.

Pelo sistema brasileiro, todavia, ainda se permite que a deslealdade processual promova a prescrição, embora as hipóteses tenham sido reduzidas pela nova lei.

### 5.3.4

#### **Racionalidade jurídico-formal e linguística**

Já tivemos oportunidade de afirmar que a coerência interna de nosso sistema de tipos e penas fica seriamente comprometida com a metodologia das leis extravagantes e com o abandono dos projetos de codificação.

Nos vinte anos que sucederam a promulgação da Constituição, a legislação penal brasileira foi incluída nos projetos que privilegiaram sistemas normativos mistos, em torno de temas centrais. Os diversos “estatutos” aprovados contêm normas de caráter civil, administrativo, penal e processual, como o estatuto do idoso, da criança e do adolescente, das armas, além da lei das eleições, lei das licitações, código de trânsito, e muitas outras. A opção metodológica é válida, mas exige um exercício de sistematização rigoroso e uma atenção

---

<sup>30</sup> Ferrajoli, quando critica a banalização da prisão provisória, admite que a contradição entre antecipação da pena e ausência de juízo definitivo fica superada com a decisão condenatória de primeiro grau (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 449).

redobrada, características que não foram a marca do legislador brasileiro desta quadra. O risco da quebra de lógica e da proporcionalidade é grande e os prejuízos são inegáveis à segurança jurídica. Alguns exemplos neste sentido foram trazidos no capítulo II deste trabalho.

A proposta de Ferrajoli é radical, no sentido de se instituir o princípio constitucional da reserva de código, pelo qual uma emenda constitucional instituiria um processo legislativo específico para as normas penais e processuais penais, que só poderiam ser geradas no contexto de codificações com status de lei hierarquicamente superior, com quorum qualificado para eventual alteração<sup>31</sup>.

A proposta é inegavelmente sedutora, mas não cremos seja ela viável. No caso brasileiro, não cremos, ainda, seja ela suficiente à recuperação de níveis de racionalidade jurídico-formal e linguística, até porque houve quebras graves de racionalidade em alterações feitas no próprio texto do código, e não somente em leis extravagantes.

O engessamento da legislação penal em textos codificados desconsidera a velocidade das transformações do mundo atual. Muito se disse sobre os movimentos de expansão do direito penal e sobre a emergência de novos bens juridicamente valoráveis pelo direito penal, insuscetíveis de acomodação na sistematização cristalizada dos códigos. Parece-nos, portanto, utópica a pretensão de um diploma legal que possa abarcar todo o conteúdo de tipos e penas de um país como o Brasil. Duas ressalvas, todavia, devem ser feitas a partir desta observação.

A primeira é a de que, embora o princípio da reserva absoluta de código seja um projeto difícil de ser sustentado, a ideia das codificações como depositárias dos conteúdos mais perenes do sistema continua válida e precisa ser revitalizada. A concentração da parte geral do direito penal em um código deve ser mantida como regra indeclinável. Da mesma forma as tipificações tradicionais e que gozam de razoável estabilidade no ordenamento brasileiro, convém que fiquem reunidas em um mesmo texto codificado que, logicamente, no caso brasileiro, está demandando uma atualização urgente, uma vez que as sucessivas

---

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. CARBONELL, Miguel (ed.). 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 218 e 219

alterações pontuais que o texto de 1940 já sofreu fizeram deste código um conjunto confuso e incoerente.

Desta ressalva decorre a segunda. Não há nada de errado, *a priori*, com a legislação penal extravagante. O que nos opõe a esta técnica é a forma desqualificada e descriteriosa com que foi empregada ao longo dos últimos anos. Assim, a necessidade de se tipificar uma nova conduta, diante da valoração ainda inédita de um bem jurídico, justifica a lei extravagante, pela dificuldade de acomodação da nova proibição nas classificações estáticas do código. Mas nada justifica a tipificação em leis extravagantes de condutas que encontram equivalentes no texto codificado. A boa técnica recomenda, neste caso, a alteração do próprio texto codificado, com o emprego dos tipos derivados ou do recurso às circunstâncias<sup>32</sup>.

O rigor, neste caso não é mero fetiche formal. Além de ser uma maneira de estimular juízos de adequação e proporcionalidade, a concentração textual da lei penal dá segurança jurídica e conforto ao intérprete. Há reflexos secundários também na formação acadêmica. As grades curriculares dos cursos de direito historicamente privilegiam o estudo dos textos codificados e, no caso do direito penal, só excepcionalmente contemplam a legislação extravagante. Estamos formando gerações de profissionais de direito que não tiveram acesso, no ambiente acadêmico, a expressiva parte da produção normativa em matéria penal.

Por fim, a aspiração por uma legislação desprovida de lacunas ou antinomias não é realizável de forma plena, até porque a linguagem tem limitações. As subjetividades permeiam os processos de elaboração e aplicação da lei, e a realidade é multifacetária. Contudo, no caso brasileiro, o que se deve pretender neste nível, é a recuperação de um sentimento de respeito e deferência pela forma. Não pela mistificação da forma, mas pela convicção de que a indiferença pelos rituais linguísticos e pelas imposições sistêmicas nos legam um direito fraco e não vinculante. Dele só poderá resultar a insegurança e o decisionismo.

---

<sup>32</sup> Muitos exemplos poderiam ser dados desta atecnia do legislador. Fiquemos com dois: os crimes de lesão corporal e homicídio culposo praticados no trânsito poderiam figurar como qualificadoras dos tipos dos artigos 129 e 121 do Código penal, ao invés da Lei 9.503/97. Igualmente, os delitos funcionais da lei 8.666/93 e da lei 8.137/90 poderiam constar como circunstâncias dos tipos genéricos já existentes no Código Penal.

## 5.4

### Jurisdição e Política Criminal

O restabelecimento de padrões de racionalidade para a lei penal recoloca o papel da jurisdição em seu eixo de legitimidade.

O princípio da legalidade estrita jamais prescindirá dos juízos valorativos de adequação, atividade para a qual a jurisdição está naturalmente mais vocacionada.

Mas antes de tudo, é preciso repisar que o apego à legalidade estrita no direito penal, preconizada pelo garantismo, longe de se caracterizar como uma posição conservadora ou retrógrada, denota, isto sim, a reafirmação de conquistas liberais e humanitárias alcançadas a duras penas ao longo de séculos. O esforço das teorias do Direito vem sendo, nas últimas décadas, no sentido da superação de determinados dogmas do positivismo, tarefa hoje afeta às correntes como o pós-positivismo, o neoconstitucionalismo, ou ainda as vertentes do positivismo inclusivo. Em direito penal, contudo, o positivismo segue tendo uma carga libertária e humanista muito forte. A positivação estrita do direito penal foi a forma mais segura até hoje encontrada de conter os avanços do Estado na sua atividade persecutória e punitiva. Sua conotação, portanto, é protetiva e sua natureza, de garantia individual.

A taxatividade dos tipos penais, a interpretação literal e gramatical, o dogma da integralidade e completude do ordenamento jurídico e o método de deduções a partir de silogismos são princípios que cerram fileiras ao lado de outros postulados garantistas, como o da ampla defesa, do *in dubio pro reo*, ou mesmo o da presunção de inocência. O positivismo em direito penal não significa, portanto, uma eleição ou opção por uma metodologia, ou por uma filosofia do Direito em si, mas a constatação de que este ainda parece ser o caminho que melhor garante o indivíduo frente ao poder estatal.

A certeza e a objetividade da lei, todavia, têm limites. Mais ainda, a compreensão de que os dispositivos da lei precisam, no caso concreto, expressar o conteúdo dos princípios constitucionais aos quais estão subordinados exige uma

valoração específica por parte do juiz aplicador da norma. Seja pela via da interpretação cognoscitiva, como quer Ferrajoli, seja pelo emprego das teorias da argumentação como querem outros autores, o fato é que, conforme alerta Figueiredo Dias, o jurista penalista não pode mais ser “um fazedor de silogismos”, que se limita a deduzir do texto da lei as soluções dos problemas jurídicos concretos, mas sim alguém sobre quem recai a responsabilidade de encontrar a solução mais justa e adequada para cada caso.<sup>33</sup>

O fato, todavia, de admitir que, no direito, muitas vezes os juízes são chamados a buscar uma solução mais adequada às necessidades da justiça<sup>34</sup> não pode significar que tal atividade se faça de forma aleatória. O processo de desvinculação da validade da norma de sua adequação no caso concreto remete às noções de igualdade e equidade, no sentido de que o processo de validação abstrata da norma visa alcançar o valor da igualdade, mas a verificação de sua adequação no caso concreto e individual atende ao reclamo de um valor diverso, o da equidade.

Mas a tarefa de adequação da norma, fora do contexto puramente dedutivo, se não quiser se desvincular de princípios democráticos e partir para o decisionismo, terá que se dar dentro de regras mínimas de argumentação e discurso. Isto significa que, mesmo para beneficiar o réu, deve o juiz estar apto a defender sua escolha, dentro de regras argumentativas avaliáveis e que respeitem princípios lógico-discursivos.

No caso do STF, parte da doutrina já vem alertando para o fato de que a ausência de um ambiente discursivo racionalmente voltado à busca de consensos possíveis tende a deslegetimar, em médio prazo, as decisões do STF. Em tempos de ativismo judicial, esta admoestação adquire contornos de especial gravidade. A forma com que se conduzem as sessões do STF, atualmente, denota pouca troca de argumentos, pouco embate de ideias, e mais um formalismo lingüístico. Já se

---

<sup>33</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 34.

<sup>34</sup> Herbert Hart, um positivista de última geração, reconhece a existência de tais impasses, a isto dando o nome de “textura aberta do Direito”. (HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994)

observa que os votos não são dados na tentativa de convencer o colegiado, mas na direção da audiência midiaticamente ampliada.<sup>35</sup>

Da mesma forma, os juízos de equidade produzidos nas decisões judiciais não poderão pretender substituir escolhas político-criminais que tenham sido legitimamente feitas pelo legislador. Nem mesmo a invocação dos princípios constitucionais autorizará esta superposição de competências, já que, para se contrapor às opções do legislador, cuja legitimidade está garantida em última instância pelo voto popular, ainda que não sejam as melhores, não bastarão as cláusulas abertas dos princípios.

De fato, há algo de muito incoerente e injusto quando o STF, a pretexto de prestigiar o princípio da insignificância e, por via de consequência, o lema garantista da *ultima ratio*, afasta a incidência da lei penal em casos de descaminhos com prejuízos inferiores a dez mil reais, mas não estende este mesmo critério a outros crimes patrimoniais praticados sem violência, como o furto.

No Brasil, por outro lado, a competência hipertrofiada do STF em matéria penal, aliada às posturas erráticas e simbólicas do legislador, deslocou, de certa forma, a tarefa de formulação da política criminal para o Judiciário, e mais especificamente, para o STF. Não há regras de argumentação discursiva suficientes que possam legitimar uma inversão desta natureza.

Creemos, portanto, que o desenho de uma política criminal em bases mais racionais deverá também passar pela revisão da competência do STF em matéria penal. É fato que o instituto do habeas corpus é um arquétipo do valor da

---

<sup>35</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Sessão de leitura no STF*, disponível em <http://ministeriopublicobrasil.blogspot.com/>, acesso em 05/10/2010. Nas suas precisas palavras: “A sessão pública preserva um ritual, mas raramente altera o julgamento. Tem sido quase irrelevante. Como, pelo que sabemos, os ministros tampouco se encontram em privado para discutir os casos, o que nos resta é ouvir a leitura desta colcha de retalhos, soma de 11 (nesse caso, de dez) pedaços mal costurados. Efeito dessa curiosa colegialidade à brasileira. Enxergar nisso uma “decisão orgânica” soa como licença poética. (...) Em muitas cortes do mundo, votos vencidos são evidências da qualidade da deliberação, não o contrário. São bem-vindos para o arejamento da argumentação jurídica. A pluralidade de votos do STF, porém, indica fenômeno diverso. Enraizou-se, ali, um excessivo apego à autoria individual e um desinteresse em produzir votos coletivos.”

liberdade em nosso sistema<sup>36</sup>, mas a banalização do manejo desta ferramenta enfraquece justamente esta carga emblemática que a garantia deve ter.

A forma como o STF vem afastando, sistematicamente e de forma pouco criteriosa, a Súmula 691<sup>37</sup>, justamente aquela que limita a competência da corte para o julgamento de habeas corpus quando impetrados contra decisões monocráticas de membros de cortes inferiores, é exemplo claro do que estamos a sustentar. Também porque a competência para o habeas corpus, por ser muito ampla, afasta os pressupostos da relevância e da repercussão indispensáveis nos contextos de revisão extraordinária.

Também pelas mesmas razões, a edição de súmulas vinculantes em matéria penal deve guardar mais parcimônia. Neste trabalho tivemos a oportunidade de verificar as profundas divisões dentro da Corte na aprovação das Súmulas Vinculantes 11, 24 e 26. Tantas e tão sérias controvérsias acerca da extensão de princípios constitucionais que faziam parte da argumentação de um e de outro lado já são indicativos de que o STF não estava sintetizando um pensamento consolidado, mas inovando de forma indevida no ordenamento e fazendo opções político-criminais para além de sua competência constitucional.

## 5.5

### Política Criminal e projeto de justiça

Readequar o aparato normativo e reposicionar a jurisdição penal são tarefas indissociáveis em um projeto de política criminal para o Brasil de hoje, com mais de vinte anos de democracia. Mas se estendermos nosso olhar para além destes vinte anos de vigência de quadro democrático e buscarmos na história de nosso direito penal alguma inspiração para este projeto político-criminal, cremos ser indispensável a revisão de alguns valores.

---

<sup>36</sup> Como sugere WALDRON, Jeremy. *Torture, terror, and trade-offs: philosophy for the White House*. p. 228

<sup>37</sup> Na íntegra, a Súmula 691 dispõe: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de ‘habeas corpus’ impetrado contra decisão do relator que, em ‘habeas corpus’ requerido a tribunal superior, indefere a liminar.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula. Enunciado 691)

O perfil recorrentemente autoritário de nossa história forjou o desenvolvimento de ideias centradas na liberdade, como valor fundamental do sistema penal. Não por outra razão, os tais arquétipos de que nos fala a doutrina de Waldron aparecem em institutos vinculados aos postulados liberais mais clássicos e mais caros ao construto iluminista. Ainda que, no plano real, uma ou outra iniciativa possa ameaçar concretamente os direitos fundamentais em torno da liberdade, o fato é que a Constituição brasileira hoje fornece um paradigma liberal extremamente forte e apto ao enfrentamento destas aventuras autoritárias. E o Judiciário vem exercendo um papel inegavelmente importante nesta tarefa.

Creemos, além, que o atual desafio para o direito penal brasileiro consiste em cultivar com o mesmo afinco o ideal da igualdade.

Para repensarmos a política criminal brasileira, será preciso avançar em temas e estratégias que permitam que o alcance da norma penal se dê de forma mais isonômica, menos sectária e menos elitista.

Há contribuições valiosas que a doutrina pode dar neste sentido, não apenas na literatura de comunitaristas, mas também pela via que os estudos em torno do republicanismo vêm trazendo ao debate teórico do direito. O valor da igualdade, o repúdio a castas, o cultivo de virtudes cívicas como a defesa da liberdade, o civismo, a repulsa à corrupção, a negação dos privilégios, são ideias que podem trazer uma contribuição valiosa ao pensamento político-criminal brasileiro<sup>38</sup>.

Fato é que o mundo do direito penal brasileiro ainda é, predominantemente, um mundo que proíbe de forma muito mais rigorosa a lesão à propriedade que o mau uso da propriedade. O resultado desta escolha se verifica em histórico corte social na incidência do direito penal.

---

<sup>38</sup> GARGARELLA, Roberto *El Republicanismo y la Filosofía Contemporánea*. Sala de Lectura – Biblioteca Virtual Del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, CLACSO. Também: MAIA, Antonio Cavalcanti. “A Ideia de Patriotismo Constitucional e Sua Integração à Cultura Político-Jurídica Brasileira.”. In: PINZANI, Alessandro e DUTRA, Delamar Volpato (orgs.). *Habermas em discussão: anais do Colóquio Habermas realizado na UFSC (Florianópolis, 30 de março - 1. de abril de 2005)*. Florianópolis: NEFIPO, 2005.

É inegável que, a partir da Constituição de 1988, a visada comunitária que o direito penal fez, e o aparelhamento de algumas instituições como o ministério público vêm abrindo possibilidades de reduzir a seletividade por classes que o sistema repressivo sempre teve. A aceitação da premissa de que o direito penal tem papel relevante na defesa dos direitos humanos e de interesses coletivos provoca, inexoravelmente, uma mudança de perfil de atingidos, já que a grande maioria de novas condutas está localizada em estratos mais altos da pirâmide social, como é o caso da macrodelinquência econômica e da criminalidade governativa.

E, por mais sensíveis que sejam os movimentos de alguns setores nesta direção, são também ainda fortes as resistências a eles, tanto no plano legislativo quanto no jurisprudencial.

Para além do aspecto ideológico que estas resistências ainda deixam antever, é preciso reconhecer que parte da comunidade jurídica se impressiona e hesita diante deste processo de expansão subjetivo do sistema penal, em virtude do baixíssimo nível de nosso sistema penitenciário. Como admitiu o constitucionalista Luis Roberto Barroso, em entrevista concedida durante um evento acadêmico ocorrido em 2009 no Rio de Janeiro, “(...) uma das dificuldades da condenação de criminosos do colarinho branco no Brasil é precisamente essa: não mandar para um sistema penitenciário degradado pessoas que não representam risco do ponto de vista da violência. Conheço juízes honestos, sérios e moralmente bem formados que relutam em mandar qualquer pessoa para os presídios mesmo em casos em que, se o sistema fosse adequado, a condenação deveria ocorrer.”<sup>39</sup>

Em verdade, não raramente as discussões filosóficas em torno do direito penal, no Brasil, se veem permeadas pelas imagens e notícias desconcertantes que os presídios brasileiros fornecem quase que diariamente.

---

<sup>39</sup> Entrevista concedida à revista eletrônica Consultor Jurídico, publicada em 22/05/2009. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/direito\\_penal\\_impunidade\\_e\\_autoritarismo.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/direito_penal_impunidade_e_autoritarismo.pdf). Acesso em 16/11/2010.

Preocupante é que o argumento em torno dos inegáveis e graves problemas do sistema penitenciário seja empregado para desqualificar o emprego de apenas parcela do direito penal – aquela voltada para as condutas não violentas.

A criminalidade econômica e aquela ligada ao exercício do poder, embora, via de regra, destituídas do elemento da violência, costumam ter efeitos ampliados e tão ou mais nocivos quanto aqueles vinculados aos crimes em que a violência física é elementar. A opção político-criminal até agora empregada pelo legislador foi a de permitir as penas alternativas às condenações que se limitem a quatro anos de prisão. Há escalas penais ligadas a crimes não violentos que superam os quatro anos, denotando que a privação da liberdade não está restrita a crimes violentos<sup>40</sup>.

É possível e válido que a sociedade discuta a conveniência de se restringir a pena de prisão aos delitos cometidos com violência. É preferível que não delibere neste sentido, a menos que queira perpetuar a desigualdade.

A dramaticidade da pena privativa de liberdade requer parcimônia e critérios rigorosos em sua estipulação, critérios estes que devem estar ligados à gravidade das consequências do crime e aos aspectos da culpabilidade do agente. A escolha pelo emprego da violência pode dizer muito sobre a culpabilidade do sujeito ativo, mas pode significar tão somente a oportunidade e a necessidade. Um gestor corrupto não lança mão da violência simplesmente porque não precisa dela.

Superar as barreiras ideológicas que ainda fazem soar injusto que alguns criminosos tenham que cumprir suas penas da mesma forma que outros é um objetivo a ser perseguido pela política criminal deste tempo. Para que isto seja mais justo, é imperioso que o sistema penitenciário brasileiro alcance níveis estruturais mínimos que garantam a dignidade a todos os apenados, indistintamente.

---

<sup>40</sup> Vejam-se, a título de exemplo, o crime de peculato, cuja pena varia de 2 a 12 anos de reclusão; e o crime de gestão fraudulenta, previsto no artigo 4º da Lei 7.492/86, cuja pena varia de 4 a 10 anos.