

## 6

### Conclusões

A tese buscou refletir sobre a política criminal empreendida no Brasil a partir do marco de democratização trazido pela Constituição de 1988.

Do trabalho empreendido, foi possível concluir, de início, que a reflexão sobre política criminal no Brasil ainda é tímida, já que, a exemplo do que ocorreu em outros países, tomando-se por base o feixe de saberes das ciências penais, as últimas décadas estiveram muito mais dedicadas aos estudos envolvendo a dogmática e a criminologia .

De fato, as inovações do finalismo introduzidas pela nova parte geral do Código Penal, no limiar do novo quadro constitucional, atraíram a atenção da doutrina e direcionaram a reflexão nas escolas de direito. Igualmente, o quadro brasileiro de crise social e econômica favoreceu os esforços na área da criminologia, especialmente na elaboração dos diagnósticos e críticas. A inauguração de uma nova ordem constitucional, inegavelmente, desafiaria um projeto político criminal consentâneo com a nova realidade.

Ao longo da elaboração da tese, todavia, pudemos constatar que as diretrizes político-criminais assumidas no país a partir de 1988 não foram produto de um projeto estrutural e reflexivo, mas fruto de um contexto complexo de forças antagônicas, internas e externas, que conduziram este processo a assumir um caráter meramente reativo.

A precariedade do debate em torno da política criminal brasileira repercutiu na coerência interna de alguns dos subsistemas deste universo. Esta foi a problematização enfrentada ao longo da tese.

Partimos de um conceito multidisciplinar de política criminal, que engloba todas as agências estatais envolvidas na persecução criminal, mas deste universo pinçamos especialmente dois atores: o legislativo e o judiciário. É claro

que uma visão global de política criminal brasileira passaria necessariamente pelas políticas de segurança pública e alcançaria o sistema carcerário. Todavia, o itinerário que escolhemos foi o da crítica da atividade legislativa em matéria penal e suas repercussões na atividade de concreção do direito posto. Considerando-se que, por determinação constitucional, compete exclusivamente ao Congresso Nacional legislar em matéria de direito penal, a tese se encaminhou naturalmente para a série expressiva de leis penais editadas ao longo das duas décadas que sucederam a Constituição de 1988. Já no que se refere ao judiciário, nosso olhar se deteve na atuação do Supremo Tribunal Federal e isto se deveu, principalmente a dois fatores: um externo e outro interno. Externamente, a proeminência do STF se insere no marco do neoconstitucionalismo, do qual decorre, via de regra, o ativismo judicial das cortes constitucionais. Internamente, a conformação da ampla competência do STF favoreceu uma leitura aguda deste processo.

Desta forma, o conceito originário de política criminal, na tese, tendeu para um enquadramento mais restrito, porém não menos relevante para a compreensão do fenômeno. Trabalhamos, do ponto de vista dos sujeitos envolvidos, com a política criminal do legislativo brasileiro e do STF. Materialmente, por força da eleição destes atores, a política criminal se restringiu aos processos de escolhas feitas em torno das questões acerca de “o que proibir” “quem punir” e “como punir”.

A partir da trajetória destes dois protagonistas político-criminais, foi possível a aproximação de algumas conclusões gerais que, como já mencionado, se de um lado não divisam todos os contornos da política criminal brasileira, já que não contemplam outros atores deste processo, de outro permitem desvendar um cenário de tensões históricas e políticas relevantes para a compreensão do ambiente de indefinição e incertezas que cercaram este campo.

A eleição de um termo inicial de análise - a Constituição de 1988, não foi apenas um critério temporal. Tratou-se de estudar como o novo enquadramento institucional repercutira nas escolhas político-criminais daqueles dois atores. Seria impossível partir para uma análise desta envergadura, sem nos determos na própria Constituição e em seus processos de elaboração que redundaram nos eixos elementares a partir dos quais se pode extrair uma

inspiração político-criminal. Por óbvio que um estudo que prestigiasse a hermenêutica em torno dos dispositivos constitucionais ligados à matéria penal se prestaria como ponto de partida para a crítica dos desdobramentos legislativos e jurisprudenciais, a exemplo do que tem feito a doutrina. Não quisemos nos ater a este método.

A opção por visitar os anais da Assembleia Nacional Constituinte nasceu, primeiramente, da necessidade que sentimos de compreender a gênese da categoria dos crimes hediondos. Desde sempre nos pareceu imperioso refletir sobre esta espécie de crimes para entender a política criminal pós 1988, já que se trata de uma classificação extremamente representativa deste contexto, mesmo passados mais de vinte anos de sua regulamentação por lei ordinária. A doutrina corrente convencionou associar esta categoria de crime a iniciativas localizadas mais à direita conservadora do espectro ideológico criminal. Porém, a sede constitucional de sua criação nos indicava a necessidade de aprofundamento das etapas de elaboração do dispositivo e a leitura dos anais da constituinte se tornou indispensável.

Esta pesquisa acabou se tornando útil não somente à compreensão dos crimes hediondos. A arqueologia dos processos constituintes desvendou contextos históricos e políticos que explicam e justificam matrizes político-criminais que, por vezes, foram desconsideradas pelos elaboradores e operadores do direito penal. É fato que a lente histórica permitiu desvendar o quadro, tanto quanto a simples interpretação do texto o faria. Mas a perspectiva que elegemos derrubou alguns mitos e permitiu uma visão um pouco mais isenta das opções constitucionais.

A tese se encaminhou, então, no Capítulo I, para extrair da Constituição de 1988 diretrizes político-criminais elementares, que agrupamos em três vertentes: a) a opção garantista pela salvaguarda dos direitos fundamentais de proteção do indivíduo frente a poder persecutório do estado; b) a opção comunitária por empregar o direito penal na proteção de interesses coletivos de natureza transindividual; c) a eleição do direito penal como ferramenta legítima e indispensável de proteção dos direitos fundamentais, seja frente aos ataques provenientes do estado, ou provenientes de outros cidadãos.

Passados vinte e dois anos da promulgação da Constituição brasileira, é possível constatar a atualidade e a pertinência destas vertentes. O quadro de garantias individuais trazido está compatível com as mais avançadas concepções liberais em voga. Por outro lado, a história destas décadas deixou bastante clara a insuficiência de um direito penal que se descure da proteção de bens jurídicos socialmente relevantes, seja em decorrência da nova ordem de riscos coletivos, seja em decorrência da necessidade de uma proteção mais intensa dos próprios direitos fundamentais. A vocação do direito penal para estas novas frentes de tutela encontra cada vez mais aceitação na comunidade jurídica e política nacional e internacional.

É possível concluir, portanto, que o desenho político-criminal brasileiro tem, no texto constitucional, uma fonte de inspiração dotada de dinamismo relevante para sua conformação. Ainda assim, a pauta constitucional abre um leque amplo de esferas do que é possível se decidir em termos político-criminais. Em verdade, da Constituição se extraem tão somente: a) limites negativos, acerca do que não pode ser objeto de deliberação; b) comandos positivos de proteção penal dos quais o legislador também não pode se apartar; e, por fim, c) uma legitimação tácita acerca da incidência do direito penal como instrumento democrático de defesa social e proteção de bens jurídicos. Dentro desta moldura, que é ampla, serão as instâncias infraconstitucionais que haverão de deliberar.

A tese demonstrou, contudo, que a produção de leis penais a partir da Constituição de 1988 denota um perfil oscilante que indica a falta de um planejamento estrutural. O recurso à legislação de emergência, de caráter meramente simbólico, foi um fator determinante para um cenário de baixa racionalidade do quadro legislativo, que arranhou sua credibilidade. O abandono de um projeto mais sistêmico jamais significou inércia do legislador. Muito ao contrário, o período foi de intensa produção de leis penais.

O legislador brasileiro valeu-se, muitas vezes, da lei penal, como ferramenta simbólica de um certo oportunismo eleitoreiro. Se não foram eficazes, do ponto de vista das finalidades éticas do direito penal, acabaram por alcançar, provisoriamente, os objetivos simbólicos a que se propunham. Da mesma forma,

algumas oscilações relevantes da legislação penal traduziram com grande clareza a permeabilidade do processo de elaboração da lei penal à política. O legislador reagiu quando a sociedade clamou por maior punição em episódios de grande comoção social. Mas também reagiu quando foi pressionado por estratos da sociedade que se viram especialmente atingidos pelas novas iniciativas de persecução criminal, como no caso dos crimes tributários.

Seria pretensão desmedida enxergar nesta sensibilidade algum viés de ineditismo. O legislador transita em um ambiente político e não está isolado da sociedade e das diversas pressões que dela advêm. Reagir a elas é sua natureza. Em matéria de leis penais, todavia, esta prática intensificada desaguou em um quadro normativo cuja racionalidade ficou em grande parte comprometida. Esta conclusão foi possível a partir da descrição analítica de algumas das leis penais produzidas ao longo do período estudado, feita no Capítulo II desta tese.

Os déficits de racionalidade, as lacunas e as antinomias da produção legislativa em matéria penal acentuaram a tendência ao ativismo judicial em matéria penal, especialmente na jurisprudência do STF, sendo possível constatar, no Capítulo III, que esta Corte, hoje, formula com desenvoltura a política criminal brasileira, mas ainda assim reproduz as incoerências que são perceptíveis na tarefa legislativa. Se o cenário geral propicia hoje a judicialização e o ativismo judicial em todos os campos do jurídico, em matéria penal esta tendência ainda encontrou reforço no quadro confuso da legislação.

Não se poderia pretender que a atividade supletiva da jurisprudência, ainda que proveniente da mais alta Corte do país, pudesse suprir a ausência de reflexão mais profunda em torno da política criminal brasileira. Há limites substantivos e políticos para esta atividade judicial. O maior deles, sem dúvida, advém do princípio da legalidade, pedra de toque do sistema penal. Mas em igual importância, o princípio democrático, mediante o qual, determinadas escolhas dependem de uma legitimação que somente o voto popular pode outorgar.

O espaço argumentativo que se desenvolveu no STF na tentativa de conferir legitimidade ao ativismo em matéria penal se pautou, quase que exclusivamente, e ainda que não de forma ostensiva, no garantismo penal. Mas de

uma forma superficial e prestigiando quase que exclusivamente uma visão clássica das liberdades negativas. O garantismo penal vai muito além deste perfil.

É certo que o empobrecimento do debate em torno da política criminal não se restringiu ao âmbito legislativo e judiciário. O pensamento da doutrina, seja ela editorial ou acadêmica, também contribuiu pouco para o necessário avanço. Isto se deveu, em parte, a uma conjuntura histórica importante. O momento de redemocratização do país e de reformatação de seu ordenamento jurídico penal em moldes liberais e democráticos coincidiu com as exigências advindas de um movimento externo de expansão do direito penal. Deste aparente antagonismo de vetores de força emergiu um quadro teórico de perplexidade. Foi o que buscamos abordar no Capítulo IV.

A cultura jurídica soube elaborar a crítica sobre a forma desigual de incidência do sistema penal. As ciências sociais desnudaram a crise da polícia, do judiciário e do sistema prisional. O constitucionalismo avançado repercutiu a normatividade das garantias constitucionais de proteção do indivíduo. Mas não se elaborou uma linha teórica de política criminal que indicasse respostas a questões elementares e que se referem ao espaço possível do direito penal no contexto da democracia.

A questão, no Brasil, acabou por ser reduzida no quadro teórico do garantismo. Todas as discussões em torno de escolhas político-criminais, desde as mais básicas como os critérios de progressão de regime de pena, até as mais complexas como a extensão e o alcance do princípio da presunção de inocência foram vistas sob a visão dicotômica e simplista que dividiu “garantistas” e “antigarantistas”. E dependendo do observador, as posições assumidas em favor de uma ou outra trincheira denotam sentidos diferentes. Se no ambiente da doutrina jurídica o garantismo se expressa de forma superficial em toda e qualquer posição mais liberal em favor do réu, no senso comum as aspirações garantistas traduzem a defesa de um suposto quadro de impunidade. Este maniqueísmo impediu as visões de interseção entre as diversas posições teóricas compatíveis com os estados democráticos de direito. Da mesma forma que obscureceu um aspecto relevante do garantismo em seu lado positivo: aquele que, a exemplo das

garantias fundamentais positivas de segunda geração, impõe a proteção do estado pela via da intervenção penal.

Na tese, a crítica deste modelo reduzido de análise dependeu de uma consulta aos postulados do garantismo penal formulados por seu idealizador, Luigi Ferrajoli. A posição aqui sustentada é a de que o garantismo penal fornece um conteúdo importante para a definição de critérios político-criminais, mas não o suficiente. A Constituição brasileira não destoa dos postulados garantistas, quando estabelece limites do não decidível, e quando determina a proteção penal. Mas ainda assim, conforme já sustentamos, na esfera do que é decidível, subsistem alternativas legítimas e discricionárias.

Foi possível constatar que o ativismo judicial em matéria penal não se legitima pela simples invocação de postulados garantistas. No Brasil, especialmente, porque o papel da jurisdição, que é relevante para Ferrajoli, pressupõe um contexto legislativo mais racional e mais estável, onde a antinomia e a lacuna são naturais, mas não são endêmicas, como é o caso brasileiro, hoje. Em segundo lugar, porque o protagonismo do STF em política criminal, por força de sua competência peculiar, vem se formando no contexto de processos em que o perfil social e econômico do acusado é preponderante.

Impossível desconsiderar que as opções político-criminais mais relevantes assumidas pelo STF, nos últimos anos, se deram em circunstâncias ou em processos que envolviam réus egressos de classes sociais historicamente ausentes da persecução penal tradicional.

Estas foram as conclusões extraídas do plano descritivo da tese. Não quisemos nos furtar, contudo, de um aspecto propositivo, mesmo porque não nos pareceu suficiente apontar a ausência de um pensamento político-criminal mais estruturado e não adentrar neste campo, ainda que de forma periférica. O capítulo V tentou traçar caminhos.

A partir da análise feita no Capítulo II, partimos da premissa de que as leis penais brasileiras, como veículos primários de expressão da política criminal, precisam recuperar padrões de racionalidade nos seus diversos níveis, a saber: ético, teleológico, pragmático, formal e lingüístico. Usamos, para isso, categorias

da teoria da legislação proposta por Manuel Atienza e conformadas para o direito penal por Diez Rípolles.

O emprego destes critérios em alguns pontos de nosso sistema penal apontou lacunas de racionalidade sérias e que foram expostas ao longo do Capítulo V. A recuperação destes padrões passa pelo legislativo, mas também pela readequação do papel do judiciário e, em especial do STF, com a necessária revisão de sua competência em matéria penal.

Mas a consideração destes planos de racionalidade também deverá conduzir o pensamento político-criminal para respostas a outras questões elementares que, se aparentemente são prosaicas, acabam por sintetizar o impasse que o Brasil enfrenta atualmente neste campo. Sem pretensão de esgotar o extenso rol destas questões, precisaremos definir, por exemplo, qual o modelo de pena privativa de liberdade cabível e desejável no Brasil, a partir da visão arquetípica da vedação de penas cruéis.

Sabemos que as prisões brasileiras estão superlotadas e que há carência de vagas. Sabemos que será preciso reservar a pena privativa de liberdade a um rol mais restrito de crimes. Mas ainda não temos sedimentado um critério em torno de quais crimes devem desafiar a pena privativa de liberdade. Seria a presença da violência na conduta típica o critério único ou preponderante a recomendar a privação da liberdade? A eleição deste critério se justifica em um país como o Brasil, com um histórico expressivo de desvios macroeconômicos e criminalidade governativa?

Refletir sobre política criminal, sem preconceitos, exigirá, ainda, a busca de respostas viáveis em campos ainda mais específicos. Queremos, honestamente, punir criminalmente a sonegação fiscal? Em caso afirmativo, será necessário expurgar do ordenamento alguns artifícios que hipocritamente mascaram a dificuldade que o país tem em enxergar o sonegador como um criminoso. A mesma franqueza será exigida em escolhas sobre os limites penais na área das drogas e do aborto, dentre outras. Também a emergência de acontecimentos que se aproximam dos parâmetros fixados para a conformação do crime organizado, e que já são plenamente sensíveis em alguns centros do Brasil, remete à urgente necessidade de deliberação em torno do tratamento possível, no



quadro democrático, aos agentes que se mostrem especialmente perigosos ao convívio social. A lei dos crimes hediondos atende a este reclamo?

Após duas décadas de Constituição democrática, a ideia de liberdade está indissociável de qualquer reflexão jurídica no Brasil. No caso do direito penal, ela é central e atrativa. O desenvolvimento deste trabalho nos levou a concluir, por fim, que a esta idéia central se deverá agregar a aspiração da igualdade. Poucas reflexões se têm produzido no âmbito teórico acerca do que é possível fazer para tornar o direito penal mais igualitário, mais isonômico e mais republicano, sem que isso importe em revolver a idéia de luta de classes.

Pretender punir “os ricos” ou “os poderosos”, porque são ricos e poderosos é, sem dúvida, de um primarismo insustentável. Da mesma forma que não puni-los porque fazem parte destas categorias estereotipadas também é insustentável. À política criminal se impõe a tarefa de construir mecanismos eficientes, estabelecer parâmetros neutros e fixar metas impessoais que, a partir das finalidades éticas do direito penal, fundadas na necessidade de proteção de bens socialmente relevantes e na redução de conflitos, permita que o direito penal alcance o desvio, objetivamente considerado.

Por fim, as escolhas em torno de “o que proibir”, “quem punir” e “como punir”, as quais sintetizam os rumos da política criminal de um país, devem pressupor o consenso em torno da necessidade de se preservar o direito democrático como único instrumento válido de convivência social não violenta, e que é indispensável o recurso ao direito penal nesta tarefa.