

“LA LEY ES COMO LA SERPIENTE; SOLO PICA A LOS DESCALZOS”

Lenio Luiz Streck

Doutor e Pós-Doutor em Direito; Professor do Mestrado e Doutorado em Direito da UNISINOS-RS e da UNESA-RJ; Professor visitante da Universidade de Coimbra (Acordo Internacional CAPES-GRICES – UNISINOS e FDOC); Procurador de Justiça do Ministério Público/RS. Presidente Emérito do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ).

SUMÁRIO

I. Pré-juízos e prejuízos em face da (baixa) compreensão do sentido da constituição. II. A crise do direito (penal) e a constituição. III. A efetiva confissão de que, historicamente, criminalizamos a pobreza e mantemos um direito penal de “classe”. III.I. A legislação e suas incongruências: uma breve comparação entre os tipos penais. III. II. Algumas decisões judiciais de *terrae brasilis* que reforçam a tese da “criminalização da pobreza” e da “pobreza da criminalização”. IV. Considerações finais. V. Referências bibliográficas.

I. PRÉ-JUÍZOS E PREJUÍZOS EM FACE DA (BAIXA) COMPREENSÃO DO SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO

Em Cem Anos de Solidão, Gabriel Garcia Marques conta que, em Macondo, *o mundo era tão recente que muitas coisas careciam de nome e para mencioná-*

las precisava-se apontar com o dedo. A Constituição do Brasil também é muito recente. Olhando a imensidão de seu texto, colhe-se a nítida impressão de que algumas coisas ainda não têm nome; parcela considerável dos juristas limitam-se – quando o fazem – a apontá-las com o dedo... A ausência de uma adequada pré-compreensão (*Überverständnis*) impede o acontecer do sentido. Gadamer sempre nos ensinou que a compreensão implica uma pré-compreensão que, por sua vez, é pré-figurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus pré-juízos.

A tradição nos lega vários sentidos de Constituição. Contemporaneamente, a evolução histórica do constitucionalismo no mundo (mormente no continente europeu) coloca-nos à disposição a noção de Constituição enquanto *detentora de uma força normativa e compromissória*, pois é exatamente a partir da compreensão desse fenômeno que poderemos dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade. Mais do que isso, é do sentido que temos de Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema.

Sendo um texto jurídico (cujo sentido, repita-se, estará sempre contido em uma norma que é produto de uma atribuição de sentido¹ – *Sinngebung*) válido tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão que funciona como um *processo de antecipação de sentido, numa co-pertença "faticidade-historicidade do intérprete e Constituição-texto infraconstitucional"*. Um texto jurídico (um dispositivo, uma lei, etc.) jamais é interpretado *desvinculado da antecipação de sentido* representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição.

Destarte, uma “baixa compreensão” acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inexoravelmente acarretará uma “baixa aplicação”, problemática que não é difícil de constatar na quotidianidade das práticas dos operadores

¹ Texto e norma não existem separadamente. Este é o ponto de estofa da própria compreensão do fenômeno hermenêutico: não basta distinguir texto e norma. Esta simples distinção transforma a norma em um mero enunciado lingüístico, enfim, paradoxalmente, em um “mero texto”. O texto *só é na (sua) norma* e a norma *só é no (seu) texto*. *Nem cisão e nem identificação (equiparação): apenas a diferença*, pois. Daí que o texto não existirá (ou subsistirá) como texto, ou, em outras palavras, o texto não existe na sua “textitude” (em si). A norma é que será condição de possibilidade do texto. A norma será sempre o produto da interpretação do texto (atribuição de sentido – *Sinngebung*). É este “produto” ocorre na *applicatio* (Gadamer). É momento uno; indivisível. Não interpretamos em partes.

do Direito em *terrae brasilis*. Por isto, pré-juízos inautênticos (no sentido de que fala Gadamer) acarretam sérios prejuízos ao jurista.

Vale aqui o alerta de que até mesmo algumas posturas que se consideram críticas no campo jurídico, embora busquem superar o formalismo normativista (para o qual o texto é uma mera entidade lingüística), terminam *por transferir o locus da produção do sentido do objetivismo para o subjetivismo, da coisa para a mente/consciência* (subjetividade assujeitadora e fundante)², *da ontologia* (metafísica clássica) *para a filosofia da consciência* (metafísica moderna). E, por aí, estacionam. E congelam sentidos (de preferência, por intermédio de súmulas ou até mesmo em verbetes que são reproduzidos em compêndios e manuais, na maioria das vezes de duvidosa cientificidade, cuja serventia maior é servir de base para os cursinhos de preparação para concursos³, e para as faculdades de direito, sem esquecer que

² Nada mais, nada menos que o velho problema da discricionariedade positivista (lembramos do debate Dworkin-Hart). O direito continua refém do esquema sujeito-objeto, apostando tudo no *protagonismo dos juízes* (essa questão vem desde Oscar von Bülow, atravessando os séculos até chegar na escola instrumentalista do processo no Brasil e na permanência do caráter inquisitivo do processo penal). O “drama” da discricionariedade aqui criticada é que esta transforma os juízes em legisladores. *E: mais do que transformar os juízes em legisladores, o “poder discricionário” – que Kelsen e Hart “delegaram” a eles, juízes – propicia a “criação” do próprio objeto de “conhecimento”, típica problemática que remete a questão ao solipsismo próprio da filosofia da consciência no seu mais exacerbado grau*. Ou seja, *concebe-se a razão humana como “fonte iluminadora” do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade*. As coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo. As “coisas” ficam à *dis-*posição de um protagonista (no caso, o juiz, enfim, o Poder Judiciário). Veja-se, nesse exato sentido, recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que, em uma de suas Turmas, por maioria de votos, indeferiu habeas corpus em que se alegava falta de demonstração da urgência na produção antecipada de prova testemunhal de acusação, decretada nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, ante a revelia do paciente/réu (Art. 366 do CPP: “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do art. 312”). O STF deixou assentado que a *determinação de produção antecipada de prova está ao alvedrão do juiz, que pode ordenar a sua realização se considerar existentes condições urgentes para que isso ocorra* (Cf. HC 93.157, 23.09.2008 – grifei). O Min. Ricardo Lewendowski (relator) votou vencido, concedendo a ordem, porque vislumbrou ofensa ao dever de fundamentar as decisões judiciais e às garantias do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a decisão que determinou a produção de prova esteve “fundamentada” tão somente no fato de o paciente não ter sido localizado (nas palavras do Ministro, “a decisão fora determinada de modo automático”). Como se pode perceber, em pleno Estado Democrático de Direito, que consagra o sistema acusatório, o STF fortalece o protagonismo judicial, apostando na “boa escolha” discricionária do magistrado. O assunto “concursos públicos” mereceria uma análise apartada. De todo modo, reproduzindo um determinado imaginário, algumas perguntas beiram ao folclórico, como a que

parcela considerável das decisões judiciais – sentenças e acórdãos – são “reproduções das reproduções”).

Numa palavra, as condições de possibilidades para que o intérprete possa compreender um texto implicam (sempre e inexoravelmente) a existência de uma pré-compreensão (seus pré-juízos) acerca da totalidade (que a sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social. Desse belvedere compreensivo, o intérprete formulará (inicialmente) seus juízos acerca do sentido do ordenamento (repita-se, o intérprete jamais interpreta em partes – lembremos das três *subtilitates* tão bem criticadas por Gadamer – *intelligendi, explicando e applicandi*).⁴ E sendo a Constituição o fundamento de validade de todo o sistema jurídico – e essa é a especificidade maior da ciência jurídica –, é de sua interpretação/aplicação (adequada ou não) que exsurgirá a sua (in)efetividade.

Calham, pois, aqui, as palavras de Konrad Hesse (1983), para quem resulta de fundamental importância para a preservação e a consolidação da força normativa da Constituição a interpretação constitucional, a qual se encontra necessariamente submetida ao mandato de otimização do texto constitucional. Trata-se, pois, de problema fundamentalmente hermenêutico, muito bem detectado, aliás, por Paulo Bonavides (1996, p. 34), para quem, “para agravar a crise das Constituições, verificou-se o emprego de uma metodologia interpretativa que caiu prisioneira do formalismo e do jusprivatismo. Foi, portanto, *um equívoco*, segundo Müller, *a recepção de regras artificiais de interpretação elaboradas pelo positivismo e recolhidas da herança romanista de Savigny, fazendo da realização do Direito e da concretização da norma simples operação interpretativa de textos de norma*”.

foi feita em concurso público de âmbito nacional, pela qual o examinador queria saber a solução a ser dada na hipótese de um gêmeo xifópago ferir o outro...! Com certeza, gêmeos xifópagos (na verdade, o enunciado da questão referia “xipófagos” – *sic*), encontrados em qualquer esquina, andam armados e são perigosos (*a propósito, o que os gêmeos xifópagos acharam do referendium sobre o desarmamento? Votarão sim ou não?*) Pois não é que a pergunta voltou a ser feita, desta vez em concurso público de importante carreira no Estado do Rio Grande do Sul? A questão de direito penal que levou o número 46 dizia: “*André e Carlos, gêmeos xifópagos (sic), nasceram em 20.01.79. Amadeu é inimigo capital de André. Pretendendo por (sic) fim a (sic) vida de André, desfez-lhe um tiro mortal, que também acerta Carlos, que graças a uma intervenção cirúrgica eficaz, sobrevive*”. E seguiam várias alternativas. Sintomas da crise, pois.

Por isso Gadamer vai sustentar que essa cisão/divisão é incorreta (metafísica): na verdade, sempre aplicamos (o que ele chama de *applicatio*).

Assim, a pergunta que se impõe é: como é possível olhar o novo (texto constitucional de 1988), se os nossos pré-juízos (pré-compreensão) estão dominados por uma compreensão ainda arraigada a um modelo liberal-individualista de direito e que reproduz os *standards*⁵ de uma época que deveria estar ultrapassada pela reflexão jus-filosófico-penal-constitucional?

II. A CRISE DO DIREITO (PENAL) E A CONSTITUIÇÃO

Passados vinte anos desde a promulgação da Constituição, não há indicativos de que tenhamos avançado no sentido da superação da crise por que passa a operacionalidade do Direito em *terrae brasilis*. Persistimos atrelados a um paradigma penal de nítida feição liberal-individualista,⁶

⁵ A cultura standard do direito toma proporções inimagináveis. É a “indústria” que mais cresce no mundo jurídico. É uma proliferação de “conceitos sem coisas”. De quadros sinópticos à esquematizações, tudo visando simplificar “as coisas” para os alunos e profissionais em geral. *Ubi gratia*, a pergunta que deve ser feita é: qual é a importância acadêmico-científica (ou até mesmo “prática”) de publicações que meramente reproduzem expressões do senso comum teórico (ou que expressam “contundentes obviedades”), como, por exemplo, que a interpretação doutrinária é aquela realizada por estudiosos do direito, “os quais emitem suas opiniões pessoais (sic) sobre a lei” e que interpretação judicial é aquela realizada pelos aplicadores do direito, ou seja, pelos juízes (sic)? Pergunta-se: hermenêutica jurídica seria algo tão singelo (ou simplista) quanto preferir uma “opinião pessoal”? Alguém duvida que a interpretação judicial é feita pelos juízes e tribunais? Mais: qual é a importância reflexiva contida na assertiva, constante em um importante manual de direito penal, de que o desenvolvimento mental incompleto é aquele que ainda não se concluiu e o desenvolvimento retardado é o que não pode chegar à maturidade psíquica? E: o que o autor queria dizer com o enunciado “o motivo torpe é aquele que, por sua manifesta repugnância, ofende os princípios da moralidade social”? Ou com a “proposição”: a torpeza é uma “qualidade” (*sic*) que ofende a nobreza do espírito humano? Veja-se a definitividade do “conceito” de grave ameaça, caracterizada em um importante manual como “o prenúncio de um acontecimento desagradável...” E: o campo penal é o *locus* privilegiado desse tipo de afirmações. Veja-se mais: “coisa alheia” no crime de furto “é aquela que não pertence à pessoa” e “coisa móvel” é aquela que se desloca de um lugar para outro; agressão atual, na caracterização da legítima defesa, é “aquela que está acontecendo” e a iminente é a “que está por acontecer”; “aquele que escreveu a carta não pode ser sujeito ativo do crime de violação de correspondência”; “a água do mar não pode ser objeto de furto...”. A lista é interminável... Por derradeiro, observe-se que os exemplos sempre tratam de delitos que dizem respeito ao “andar de baixo”, reproduzindo o imaginário liberal-individualista. Os “melhores” e “conhecidos” exemplos são de furto, homicídio e roubo. Não há muitos exemplos sobre os crimes de lavagem de dinheiro, gestão temerária ou tráfico de influências ou até mesmo sobre alta corrupção. Talvez até mesmo pela falta de julgados a respeito...!

⁶ Deixo aqui de analisar a crise nos demais campos do direito.

isto é, preparados historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividual, não engendramos, ainda, as condições necessárias para o enfrentamento dos conflitos (delitos) de feição transindividual (bens jurídicos supra-individuais), que compõem majoritariamente o cenário desta fase de desenvolvimento da Sociedade brasileira. Isto é, não podemos pensar que é possível alterar o foco do direito penal se continuarmos pensando que os bens jurídicos que devem ser protegidos são os de feição meramente interindividual (ou, para usar uma expressão em voga, bens jurídicos de “carne e osso”).

Refletimos a respeito: o primeiro código (penal) brasileiro foi o do Império. Outorgada a Constituição em 1824, permanecemos com as Ordenações Filipinas até o ano de 1830, quando foi editado o Código Criminal, nitidamente direcionado a uma clientela: escravos e congêneres (aliás, havia uma inconstitucionalidade que jamais pôde ser decretada, porque não havia controle jurisdicional de constitucionalidade no Império: a Constituição aboliu as penas de galés e açoites; já o Código permitia açoitar escravos e a condenação às galés...). Proclamada a República em 1889, já no ano seguinte tínhamos um novo Código, agora dirigido a uma nova clientela: ex-escravos e congêneres (basta ver os tipos penais mais importantes). Em nenhum deles houve a “preocupação” com o “andar de cima” da sociedade. Afinal, centenas de anos de escravidão marcaram indelevelmente o sentido de classe do direito, em especial o direito penal. Como ocorre até os dias atuais, o *establishment* jamais legisla “contra si mesmo”.⁸ Por isso, a ausência histórica de punições mais

Observe-se como tem fundamento a frase “o código civil é feito para os que têm e o código penal é feito para os que não têm”. Historicamente, sempre foi mais fácil e rápido elaborar um código penal. Vejamos: Constituição de 1824, Código Criminal já em 1830; com proclamação da República e mesmo antes da nova Constituição, já tínhamos um novo código penal em 1890; novas “clientes” exigiram nas décadas de 40 (do século XX) em diante, não só um Código novo (1940) como também um conjunto de leis “ad hoc”. Enquanto isso, no “campo cível”, mantivemos as Ordenações Filipinas (1603) até o ano de 1916; e a história se repetiu (como uma farsa) com o advento da Constituição de 1988: novamente passaram-se quase 30 anos para “mexer” com as questões do “sujeito-proprietário-de-mercadorias-da-modernidade” que agora ingressa na “pós-modernidade” e no neo-liberalismo.

⁸ Nesse sentido, vale a pena examinar o projeto de lei n. 3977/08, de autoria do deputado Renato Amary, que tramita no Congresso Nacional. O projeto altera os arts. 11, 12, parágrafo único, 21 e 23 da Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, e art. 18 da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, determinando a existência de dolo para a configuração de ato de improbidade administrativa; prevê também a prescrição do processo judicial de improbidade em 5 (cinco)

efetivas contra crimes contra o erário público, corrupção, etc. *É não esqueçamos a relevante circunstância de que criminalizar a pobreza é um eficaz meio de controle social.*

Mutatis mutandis, a preocupação maior sempre foi com a proteção da propriedade privada e dos interesses *lato sensu* das camadas dominantes, questão que ficou bem visível no Código de 1940, que surge em pleno Estado Novo, agora com a preocupação de atingir a um outro tipo de “clientela”: um Brasil que aos poucos se urbanizava e que passava pela segunda fase do processo de substituição de importações (não esqueçamos que até 1930 o Brasil se sustentava na base da economia agrário-exportadora). Inspirado no modelo fascista, o Código Penal apontou efetivamente para o “andar de baixo”, com especial preocupação com os crimes contra o Estado, o “livre desenvolvimento” do trabalho, a “proteção dos costumes”, etc, mas sempre dando ênfase à propriedade privada: o furto recebeu uma qualificadora de chave falsa, uma vez que as pessoas guardavam dinheiro em suas casas, problemática também presente (e protegida) pela qualificadora da escalada, etc, sendo que o furto qualificado recebeu uma duplicação de pena (2 a 8 anos). Até o esbulho recebeu proteção penal. De registrar que, em tempos de “proteção da moral pelo Estado”, houve a aposta em uma espécie de *behaviorismo* criminal, isto é, passou-se a punir vícios e comportamentos sociais. Afinal, o Estado estava preocupado em “consertar o homem”, criando para tanto, ao lado do Código Penal, a Lei das Contravenções Penais (aqui é interessante notar o modo como aparece o componente de “classe” no direito criminal: enquanto se punia criminalmente a mendicância, também se punia, na área cível, o pródigo; com isso, cria-se um elo entre o mendigo e o pródigo; o primeiro denuncia o sistema injusto, a divisão em classes, etc; já o segundo decepciona o sistema, d’onde se pode dizer que o pródigo é o “*lumpen* da burguesia” nacional).

Ao (atual) Código Penal de 1940 foram sendo acrescentadas uma série de leis, sendo que parcela considerável sem qualquer sistematicidade. Na medida em que o crime se organizava e mudava de feição, foi-se legislan-

anos; além disso, o projeto inclui a aferição pelo juiz do motivo, circunstâncias e conseqüências do ato improprio. Vale lembrar também que menos de dez por cento dos projetos de lei que tramita(ram) nos últimos anos no Congresso Nacional tratam dos crimes do “andar de cima”; isto é, cerca de noventa por cento dos projetos preocupam-se com a criminalização dos delitos inter-individuais (a maioria buscando enrijecer o tratamento penal).

do de forma *ad hoc*, como, por exemplo, a lei do Colarinho Branco (Lei 7492/86), a da Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98), do Crime Organizado (Lei 9.034/95), dos Crimes Hediondos (Lei 8072/90).

III. A EFETIVA CONFISSÃO DE QUE, HISTORICAMENTE, CRIMINALIZAMOS A POBREZA E MANTEMOS UM DIREITO PENAL DE “CLASSE”

Já é de certa forma um lugar-comum qualificar o Direito Penal (e em especial o Direito Penal brasileiro) como conservador e ideológico, típico de um modelo de Estado em que a produção das leis (e do Direito em geral) segrega a pobreza, afastando-a da sociedade civil (composta por pessoas “de bem?”), a pretexto de garantir a almejada “paz social”.

Colocando a questão em outros termos, não há como dizer que o Direito Penal “clássico” não seja mesmo refém de um paradigma liberal-individual-patrimonialista, que o colocou a serviço da proteção do patrimônio, da propriedade e, sobretudo, dos proprietários.

Os exemplos são inúmeros e já foram, quase todos, bem explorados por qualquer doutrina crítica. Fala-se de um emaranhado legislativo que estabelece ações penais públicas e incondicionadas para crimes de nítido cariz patrimonial e individual, como o furto privilegiado (art. 155, § 2º, do Código Penal) e a alteração de marca em gado alheio (com pena de até 03 anos de detenção! – art. 162 do Código Penal); ou públicas (ainda), mas condicionadas à representação, em casos como o de tomar refeição em restaurante sem dispor de recursos para pagamento (art. 176 do Código Penal). Isso para não falar na nossa sempre lembrada Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei n.º 3.688 de 1941), que criminalizou o modo-de-ser da escumalha, que perturba o trabalho alheio com algazarra (art. 42, I, da LCP), que se finge de funcionário público (art. 45 da LCP), que se entrega à ociosidade sem renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência (art. 59 da LCP), que se embriaga (art. 62 da LCP) e que mendiga, (certamente) por ociosidade e cupidez (art. 60 da LCP). E isso tudo, também, sempre mediante a ciosa atuação pública e incondicionada do Ministério Público (art. 17 da LCP).

Essas infrações todas, sem exceção, são representativas de uma experiência de um Estado proto-liberal, e da nítida oposição entre Estado e

sociedade civil (cidadania) que a caracteriza. A garantia da segurança (e é para isso que se “contrata” o Estado legal-liberal-formal-burguês) passa, inexoravelmente, pela proteção dos bens jurídicos vida/integridade pessoal (os crimes “de carne e osso” estão todos lá) e, como visto, do patrimônio (em especial, o individual).

Pois bem. A questão fica mais interessante (e mais “*jurídica*” do que “*sociológica*”) quando se contrasta este estado de coisas com o advento da Constituição de 1988, que inaugurou, no Brasil, o marco de um Estado Democrático (e Social) de Direito. Isso significa dizer, em síntese, que a nossa realidade passou a ser tomada por um acentuado deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional, que passa a zelar (e a legitimar-se) pela busca dos altos objetivos da República, entre eles, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, da CR). Entre os fatores que colaboraram para esse deslocamento está o tipo de Constituição do pós-segunda grande guerra, com nítido cariz principiológico, quando o direito passou a abarcar o mundo prático até então rejeitado pelo positivismo.

Se nos quadros de um modelo de Direito Liberal fazia algum sentido o privilégio da defesa do patrimônio e segurança individuais – e isso já estava presente em John Locke –, agora nós devemos (deveríamos) ter em mente *a presença de novos bens jurídicos*, típicos da tradição que se forja no Estado Democrático de Direito, no qual não há (mais) oposição entre Estado e Sociedade. A defesa do Estado (isto é, de um Estado que passa da condição de “inimigo” para a de “amigo dos direitos fundamentais”, bem entendido) é a defesa da cidadania. E, no interior desta “reviravolta”, é evidente que as baterias do Direito Penal deve(ria)m ser voltadas para aquelas condutas que se coloquem como entrave à concretização do projeto constitucional.

Neste contexto, surge (*desvela-se*, em sentido hermenêutico) uma nova criminalidade a ser combatida, aquela que atinge bens jurídicos *supra-individuais*, que afetam à toda a coletividade. Fala-se no enfrentamento de crimes como a sonegação de tributos e a lavagem de dinheiro (todos estes com lesividade meta-individual).

Nesse sentido, vale lembrar que Constituição (se não é uma mera “carta de intenções”), efetivamente determina ao Legislativo e ao Judiciário

rio que orientem o seu agir para esta direção, dando *proteção suficiente* aos bens jurídicos que foram catalogados em destaque (não só a ordem econômico-financeira, mas também o meio ambiente e a infância e juventude, por exemplo). E, afinal, se o Direito Penal é a *última ratio*, a mais grave das redes sancionatórias do aparato estatal, o mínimo que se espera (e aí Dworkin tem razão, *quando cobra coerência e integridade do Direito*) é que trate desigualmente os crimes desiguais. Exemplificando, para ficar mais claro: se o patrimônio individual é algo a ser protegido (e segue sendo a propriedade um direito fundamental, algo que se lembra para evitar mal-entendidos – art. 5º, XXII da CR), inclusive via Direito Penal, então não pode haver dúvida de que o tratamento deve ser ainda mais rigoroso quando a lesividade atinge o patrimônio da coletividade. Ou por outra: se segue sendo criminalizada a violação da honra (também direito fundamental, a propósito – art. 5º, X, da CR), não se espera menos das condutas que agridam direitos da infância e juventude (a quem se prometeu “absoluta prioridade”, nos termos do art. 227, *caput*, da CR).

Contudo, a “baixa constitucionalidade” do legislativo e dos operadores do direito faz com que *a sua almejada integridade seja uma quimera*. Uma rápida pesquisa nos principais sítios eletrônicos dos Tribunais do Brasil nos dá provas incontornáveis disso. Com efeito:

III.1. A legislação e suas incongruências: uma breve comparação entre os tipos penais

Não é necessária uma pesquisa muito aprofundada para que se encontre incongruências no ordenamento jurídico-penal brasileiro. A partir da simples leitura da Parte Especial do Código Penal já se deduz, de plano, a preferência do legislador na penalização dos crimes patrimoniais quando em comparação com os crimes praticados contra a pessoa. Veja-se, exemplificativamente, que ao crime de homicídio simples é cominada uma pena mínima abstrata inferior à estabelecida para o crime de roubo qualificado pelo resultado lesão corporal grave. Ainda, ao crime de homicídio qualificado é cominada pena muito inferior à relativa ao crime de roubo qualificado pelo resultado morte: neste a pena abstrata varia de 20 a 30 anos de reclusão; naquele, de 12 a 30 anos. *Ou seja*, à “*qualificadora de subtração de coisa alheia móvel*” no crime de homicídio (ou, se assim se quiser, homicídio praticado com o motivo de obtenção de vantagem patrimonial), comina-se

uma pena abstrata no mínimo 08 anos mais grave do que a pena prevista à prática de homicídio qualificada por qualquer circunstância qualificadora prevista (mediante paga ou promessa de recompensa, com emprego de tortura ou qualquer outro meio cruel, v.g.) no artigo 121, § 2º, do Código Penal.

Permanecendo, ainda, nas disposições concernentes aos títulos I e II do Código Penal, ao crime de furto qualificado é cominada pena abstrata muito superior à sanção prevista ao crime de lesão corporal de natureza grave. Ou seja: a subtração de bem patrimonial do interior da residência da vítima realizada por mais de uma pessoa ou com abuso de confiança (veja-se que, nesse último caso, pode-se enquadrar, conforme o caso concreto, a subtração de objetos da residência por empregado da residência/estabelecimento) *implica sanção superior à ofensa à integridade corporal de que resulte debilidade permanente de membro, sentido ou função.*

Indo além, em relação ao furto simples, a sanção é superior (duas vezes maior) à definida para o crime de exposição ou abandono de recém nascido, sem falar que ao furto é cominada pena de reclusão. Importante observar, ademais, que a conduta de adquirir – com finalidade comercial – coisa que deveria saber produto de crime recebe apenamento superior à conduta que – *mediante dolo direto* – causa lesão corporal gravíssima com deformidade permanente, perda de membro ou aborto.

Por fim, resta escancarada a preferência do legislador quanto ao bem jurídico primordial quando se tem como parâmetro de comparação as sanções cominadas aos crimes de redução a condição análoga à de escravo (pena de 02 a 08 anos de reclusão) e o crime de extorsão mediante seqüestro com duração de mais de 24 horas (pena de 12 a 20 anos de reclusão). De registrar, ademais, que o crime de supressão ou alteração de marcas de animais (art. 162) é apenado com 6 meses a 3 anos de detenção e multa, pena máxima superior à cominada aos crimes de subtração de incapazes (art. 249), violência doméstica nas hipóteses do § 10º (art. 129), maus-tratos (art. 136), violação de domicílio – quando praticada durante a noite ou em lugar ermo, ou com emprego de violência ou de arma, ou, ainda, por duas ou mais pessoas (art. 150, § 1º); atentado ao pudor mediante fraude (art. 216); assédio sexual (art. 216-A). O apenamento máximo excede, ainda, as penas previstas a crimes contra a ordem tributária (art. 2º da Lei 8.137/90), a crimes ambientais (arts. 32; 45; 50 da Lei 9.605/98), a crimes cometidos contra criança e adolescente (arts.

228; 229; 230; 231; 232; 234; 235; 236; 242; 243; 244 da Lei 8.069/90) e a crimes ocorridos em licitações (arts. 93; 97; 98 da Lei 9.666/93).

Considere-se, ademais, que o Brasil é o único país do mundo em que a fraude à licitação é considerado “crime de menor potencial ofensivo”. Este e tantos outros, tornando-se despidendo a sua enumeração.

Nesse mesmo contexto de descritório de resposta penal – tendo por perspectiva a importância do bem jurídico protegido – exsurtem, na legislação esparsa, exemplos ainda mais desveladores da política de criminalização utilizada em *terrae brasilis*. No Código de Defesa do Consumidor são previstas, como crimes, as condutas de: omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade ou deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado; *deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado, deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos*; executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente; fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança. Entretanto, a pena para todos esses delitos é de 6 meses a 2 anos, patamar abstrato bem inferior ao estabelecido para o crime de furto (até mesmo) simples. Importante, observar, embora evidente, que se está diante de tipos penais que lidam com defeitos, e não meros vícios, do produto, e que visariam, portanto, à punição de condutas de que decorressem problemas de segurança dos produtos liberados para o consumo.

Já as condutas de “fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços” *implicam um apenamento bem inferior ao que corresponde a qualquer apropriação indébita*, furto ou estelionato, para ficar apenas nesses. Do mesmo modo, para o legislador, fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva é menos relevante que a apropriação de uma fita de vídeo de locadora (há vários julgados reconhecendo ser este um caso de apropriação indébita – sic).

Interessante notar, ademais, que, segundo o art. 241 do Código Penal (acréscimo feito em 2003), apresentar, *produzir, vender, fornecer*, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente, acarreta uma pena de 02 a 06 anos, estabelecida na mesma base das penas cominadas aos tradicionais crimes contra o patrimônio. *Veja-se, nessa resposta penal, o grau de concretização da previsão constitucional de asseguramento – com prioridade absoluta – da dignidade e respeito à criança e ao adolescente e da determinação de sua proteção contra toda forma de negligência, discriminação, exploração e violência* (art. 227 da Constituição Federal).

Aliás, o crime de adulteração de chassi ou sinal de veículo automotor, fruto de eficiente *lobby* das seguradoras de veículos, tem um apenamento de 3 a 6 anos e multa (reclusão). Essa pena mínima é maior do que às cominadas aos crimes de lesão corporal permanente com perda de membro – 2 a 8 anos –, de instigação ao suicídio, se vier a ocorrer a morte – 2 a 6 anos – e de infanticídio – 2 a 6 anos (detenção). De todo modo, *para proteger a família e, portanto, a propriedade privada, o legislador teve especial preocupação para com a bigamia: 2 a 6 anos de reclusão*.

E não pára por aí: mesmo que a criança e o adolescente recebam especial proteção do Estado – e aqui insisto: basta ver a Constituição a respeito –, o legislador parece mais uma vez estar com os olhos voltados para a propriedade privada, enfim, para os bens jurídicos de cariz inter-individual. Veja-se, nesse sentido, o teor dos artigos 240 e 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente e a completa desproporção do preceito secundário em relação à importância do bem jurídico protegido (observe-se que a ordem de proteção cariz constitucional): “Art. 240. Produzir ou dirigir representação teatral, televisiva, cinematográfica, atividade fotográfica ou de qualquer outro meio visual, utilizando-se de criança ou adolescente em cena pornográfica, de sexo explícito ou vexatória: (Redação dada pela Lei nº 10.764, de 12.11.2003): Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.” E o parágrafo 1º estabelece que “Incorre na mesma pena quem, nas condições referidas neste artigo, contracenar com criança ou adolescente. (Renumerado do parágrafo único, pela Lei nº 10.764, de 12.11.2003)”. Já o art. 243. pune, com uma pena de seis meses a dois anos e multa, aquele que “*I nder, fornecer ainda que gratuita-*

mente, *ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos* cujos componentes possam *causar dependência física ou psíquica*, ainda que por utilização indevida”.

Ampliando a análise, a gestão temerária de instituição financeira tem tratamento absolutamente idêntico ao do furto qualificado. Já de acordo com o Código Eleitoral, dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita, tem a mesma cominação de pena do que a prevista para o crime de furto simples, sendo inferior à sanção estabelecida para a prática de estelionato.

Examinemos, agora, alguns incisos do art. 1º. do recepcionado e alterado (depois da Constituição) Decreto-Lei 201/67 (que dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos Municipais) e que dizem respeito àquilo que está na manchete de todos os jornais cotidianamente: a dilapidação do erário:

- III – desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;
- XI – Adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei;
- XIII – Nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei;
- XVII – ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal; (Inciso acrescido pela Lei 10.028, de 19.10.2000)
- XVIII – deixar de promover ou de ordenar, na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei; (Inciso acrescido pela Lei 10.028, de 19.10.2000)

Pois bem: todas as condutas acima elencadas recebem a pena de detenção de três meses a três anos. Em síntese, *uma singela comparação com as penas previstas para a adulteração de chassis de automóvel ou para o furto qualificado parece indicar os objetivos da legislação penal em terrae brasilis*. Ou seja, é mais grave furtar galinhas (1 a 4 anos) do que exportar – e aqui apresento

mais desproporções – para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente (1 a 3 anos). Do mesmo modo, é mais grave praticar estelionato do que provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras, com a vantagem de o crime ambiental poder ser substituído por multa. A mesma comparação vale para o crime de destruição de floresta de preservação permanente, sempre com a vantagem da substituição por multa.

A análise vai ao absurdo, se analisarmos o crime de receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento, cuja pena é de detenção de seis meses a um ano e multa. Também a construção, a reforma, a ampliação, a instalação, em qualquer parte do território nacional, de estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes têm cominação abstrata de pena valorada de forma semelhante a uma contravenção penal (1 a 6 meses de detenção ou multa).

E o que dizer do conteúdo do art. 97, parágrafo único,⁹ do Estatuto do Idoso, que determina como pena para o caso de morte do idoso o máximo de 3 anos, pena que é inferior até mesmo ao cometimento de um estelionato simples...! De qualquer modo, isto não deve gerar muita surpresa, mormente se levarmos em conta o apenamento cominado ao já mencionado crime de adulteração de chassis de automóvel...!

III. II. Algumas decisões judiciais de terrae brasilis que reforçam a tese da “criminalização da pobreza” e da “pobreza da criminalização”

Historicamente, no Brasil, nunca se tratou os chamados crimes de colarinho branco como se tratam os crimes do “andar de baixo”. Para fins

⁹ Lei 10.741/2003, art. 97: Deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública: *Pena* – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa. *Parágrafo único*. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

de mera exemplificação da asserção, a Lei 4729/65 estabelecia penas de detenção de 06 meses a 02 anos ao crime de sonegação fiscal. Ou seja, a desproporcionalidade era tanta que às condutas que configuravam crimes-meio para a prática da sonegação fiscal (tais como a falsificação e o uso de documento falso) *era cominada, no Código Penal, sanção autônoma bastante superior à cominada à prática do crime-fim*. Então, apenas em 1990, a Lei 8.137 agravou as penas, tendo sido, contudo, o aumento da sanção acompanhado da previsão punibilidade ante o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia. Na (des)proteção da ordem tributária, em retrocessos e avanços legislativos, revogados e reeditados artigos que consagravam a mesma previsão de extinção da punibilidade pela pagamento, chegou-se à Lei art. 9º da Lei 10.684/03 em que se determina a suspensão da pretensão punitiva – com o parcelamento – e a extinção da punibilidade – com o pagamento dos débitos oriundos de tributos e de contribuições sociais.

Aliás, em caso emblemático, quando do julgamento de *Marcos Valério* – Recurso Especial nº 942.769 – MG (2007/0046519-5), o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela extinção da punibilidade de crime de sonegação fiscal pelo pagamento das parcelas não recolhidas em momento posterior ao recebimento da denúncia, *consagrando o entendimento que o pagamento do tributo a qualquer tempo enseja o fim da possibilidade de responsabilização penal*.

Para evitar mal-entendidos, advirto desde logo: *não considero que é inadequado ou incorreto defender que, efetivamente, esse é o caminho a ser seguido pelo direito penal contemporâneo. O que devemos discutir – e todo o presente texto aponta nessa direção – são as razões pelas quais esse tratamento jamais foi pensado em favor das camadas desfavorecidas socialmente*.

Vejam os: o (mero) parcelamento do débito oriundo de crimes contra a ordem tributária e previdência extingue a punibilidade (art. 9º da Lei 10.684/03¹⁰), benefício que se resiste em estender ao autor de um furto que reparou o dano à vítima:

“Apropriação de contribuições previdenciárias. Parcelamento do débito. Extinção da punibilidade. *Pacificou-se no Superior Tribunal de Justiça a compreensão segundo a qual, nos crimes contra a ordem tributária, o parcela-*

¹⁰ Lei 10.684/03, Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

mento antecedente à denúncia extingue a punibilidade.” (REsp nº 249.812/SP, 6ª Turma, rel. min. Paulo Gallotti, j. 17.05.01, v.u., DJU 18.02.02, p. 525, in Boletim IBCCRIM, 112/593).

APELAÇÃO-CRIME. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DECRETO CONDENATÓRIO MANTIDO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. DOSIMETRIA DA PENA.

(...)

3. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. *Como o bem objeto do furto foi devolvido à vítima, antes do oferecimento da denúncia, incidiu a redutora prevista no art. 16 do CP. Impossibilidade de analogia com o Direito Tributário – o qual permite a extinção da punibilidade com a reparação do dano –, porque a situação em comento tem previsão na lei penal.*

(...)

Apelo improvido. De ofício, corrigido erro material, para redimensionar a pena privativa de liberdade aplicada ao réu em 8 meses de reclusão.

(Apelação-Crime nº 70015163355, 8ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Fabianne Breton Baisch. j. 23.08.2006, unânime).

Aliás, em exemplo que também põe a lume a clientela do direito penal no Brasil, enquanto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que o furto de objetos avaliados em R\$ 37,00 (trinta e sete reais) *não é insignificante*, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região (que compreende o Estado do Rio Grande do Sul) pacificou jurisprudência no sentido de que é bagatela, para fins criminais, a sonegação de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), em tributos, para o crime de descaminho:

“FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INEXISTENTE. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME QUE NÃO EXIGE AS CONDIÇÕES DA LEI PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PROVA DA PARTICIPAÇÃO DO APELADO. ABSOLVIÇÃO. PENA. FURTO QUALIFICADO. INEXISTÊNCIA DE ISONOMIA COM O ROUBO. MULTA. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA. TENTATIVA. DOSIMETRIA. FURTO QUALIFICADO E PRIVILÉGIO. POSSIBILIDADE.

I – A avaliação dos bens furtados importou em valor similar a um terço do salário mínimo da época, afastando, desta forma, o reco-

nhecimento de fato de bagatela ou insignificante. Ele não atinge o patamar exigido pelo Quarto Grupo Criminal desta Corte, exemplos: “Para configurar-se o crime bagatela, o valor da res deve ser desprezível, ínfimo, inexpressivo, e este é aquele que se situa em patamar inferior a dez por cento do salário mínimo, ou, quando muito, alcança esse percentual, índice que foi superado”; “Princípio da insignificância não aplicável no caso concreto... Res furtivas de valor significativo, R\$ 37,00, correspondente a pouco mais de 20% do salário mínimo da época dos fatos” etc.

(...)

(Apelação Crime nº 70024760969, 7ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Sylvio Baptista Neto. j. 17.07.2008).

“PENAL. PROCESSO PENAL. DESCAMINHO. DENÚNCIA REJEITADA APÓS RECEBIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ELEMENTO OBJETIVO ATENDIDO. ANTECEDENTES NA CONDUTA. APLICABILIDADE.

(...)

3. De acordo com a orientação adotada pela 4ª Seção desta Corte, aplica-se o princípio da insignificância quando o valor do tributo iludido não exceder a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).”

(Recurso em Sentido Estrito n. 2005.71.18.003480-9/RS, 8ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Cláudia Cristina Cristofani. j. 09.01.2008, maioria, DE 16.01.2008).¹¹

Além disso, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, que veio para ampliar a proteção do meio ambiente, apesar da norma do texto do art. 225, § 3º, da CR, não transcende a produção doutrinária:

“CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE – DENÚNCIA OFERTADA CONTRA PESSOA JURÍDICA – ENTE QUE NÃO PODE SER RESPONSABILIZADO PELA PRÁTICA DE CRIME – AUSÊNCIA DE VONTADE PRÓPRIA – RECURSO PROVIDO.

“A pessoa jurídica, porque desprovida de vontade própria, sendo mero instrumento de seus sócios ou prepostos, não pode figurar como sujeito ativo de crime, pois a responsabilidade objetiva não está prevista na legislação penal vigente” (RCR nº 03.003801-9, de Curitiba, Rel. Maurílio Moreira Leite, j. 01.04.2003).

¹¹ De registrar que, recentemente, o parâmetro da insignificância na Justiça Federal passou para R\$ 10.000,00 (STF: HC nº 92.438/PR)

CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE (ART. 54, § 2º, INC. V, DA LEI Nº 9.605/98) – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – CRIME FORMAL E DE PERIGO – DESNECESSIDADE DA OCORRÊNCIA EFETIVA DO DANO, BASTANDO A POTENCIALIDADE LESIVA QUE POSSA CAUSAR – CULPABILIDADE DO RESPONSÁVEL PELA EMPRESA EVIDENCIADA – DELITO CONFIGURADO – CONDENAÇÃO MANTIDA. O crime de poluição é delito formal, que se consuma com a possibilidade de dano, pois, uma vez consumado, afeta de tal maneira o meio ambiente que, dificilmente, as suas características primitivas poderão ser recuperadas, advindo daí a necessidade de evitá-lo o quanto possível.

PENA ACESSÓRIA – REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL. Fixação conforme os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente e não de acordo com as condições pessoais do réu. Recurso parcialmente provido.”

(Apelação Criminal nº 2006.015166-6, 2ª Câmara Criminal do TJSC, Rel. Irineu João da Silva. unânime, DJ 12.07.2006).

E a “vadiagem”, se (isoladamente) não leva mais à condenação criminal, *continua sendo reprimida pelo aparato penal, escamoteada como fundamento para prisões preventivas*:

“HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO COM PEDIDO DE LIMINAR – EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL CAUSADA EXCLUSIVAMENTE PELO RÉU.

Paciente que falseou sua verdadeira identidade com a única intenção de prejudicar o andamento da instrução criminal, levando o Magistrado a deflagrar as diligências necessárias. Elemento de extrema periculosidade, contumaz em práticas delitivas. *Vadiagem devidamente comprovada*. Custódia do paciente necessária como forma de resguardar a ordem pública. Excesso de prazo absorvido pelo juízo de razoabilidade. Instrução criminal encerrada. Inteligência da Súmula nº 52 do STJ. Processo preste a ser sentenciado. Constrangimento ilegal descaracterizado. Ordem denegada. Decisão unânime.”

(*Habeas Corpus* nº 200530055422 (61412), Câmaras Criminais Reunidas do TJPA, Rel. Raimunda do Carmo Gomes Noronha. j. 27.04.2006).

Por fim, se também não encontramos condenação alguma por “mendicância” (ufa!), descobrimos que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou que o fornecimento de bebidas alcoólicas para crianças não é crime (é, na melhor das hipóteses, contravenção penal – art. 63, I, da LCP), conclusão à qual se chegou através de uma interpretação “léxico-gráfica” das disposições do ECA:

“ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 243 DA LEI 8.069/90. FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR. DENÚNCIA REJEITADA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

(...)

2. *A distinção estabelecida no art. 81 do ECA das categorias “bebida alcoólica” e “produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica” exclui aquela do objeto material previsto no delito disposto no art. 243 da Lei 8.069/90; caso contrário, estar-se-ia incorrendo em analogia in malam partem (Precedentes do STJ).*

3. *Recurso conhecido, porém, improvido.*” (REsp 942288/RS, Relator(a) Ministro JORGE MUSSI, Órgão Julgador T5 – QUINTA TURMA Data do Julgamento 28/02/2008 Data da Publicação/Fonte DJ 31.03.2008).

Por último, vale referir, na especificidade da operacionalidade cotidiana do direito penal, alguns exemplos decorrentes de recursos-crime que chegaram à 5ª Câmara Criminal do TJRS, que dão uma amostra da crise de paradigma de dupla face que atravessa o Direito e a dogmática jurídica:

Exemplo 1) cidadão foi processado criminalmente porque, na noite de natal, foi a um baile e pagou o ingresso com um cheque que teria sido objeto de furto. O ingresso custou R\$ 6,00. O cheque foi passado no valor de R\$ 60,00. O Promotor de Justiça pediu a prisão preventiva do acusado (imaginem-se o grau de “periculosidade” do citado cidadão, a ponto de o Ministério Público querer vê-lo recolhido à prisão). Felizmente, o Juiz não atendeu ao pleito. Entretanto, condenou o réu a 2 anos de reclusão! Examinado o processo em grau de recurso, constatou-se que sequer estava provado que o cheque era produto de furto. Mais ainda, nem de longe estava provado que o cheque tinha sido preenchido pelo acusado.

Exemplo 2) cidadão foi condenado a 02 anos de reclusão por ter furtado um par de tênis usado, um relógio, uma calculadora e uma sombrinha, tudo avaliado em menos de R\$ 50,00. O réu negou a autoria; seu advogado, entretanto, “confessou” o delito em nome do réu. Em segundo grau, foi absolvido, porque sequer havia prova da existência do fato. Quanto à autoria? Nem de longe havia provas.

Exemplo 3) cidadão foi processado porque teria furtado uma garrafa de vinho e alguns metros de mangueira plástica e um facão. Foi preso preventivamente. Ficou recolhido mais de 06 meses. Ao final, o Juiz o condenou a 04 meses de reclusão, pelo delito de receptação, do qual não havia prova alguma. Em segundo grau, o réu foi absolvido.

Exemplo 4) cidadão foi processado pelo crime de estelionato, porque teria comprado mercadorias em uma loja (um limpador de pára-brisas), pagando com um cheque de R\$ 130,00, recebendo R\$ 80,00 de troco. Segundo a acusação, o cheque seria furtado. Foi condenado a 1 ano e 10 meses de reclusão. Permaneceu preso preventivamente por 10 meses. Como não foi dado direito ao acusado de recorrer em liberdade, quando o processo chegou ao segundo grau (apelação), já estava preso há quatorze meses. Resultado do julgamento: foi absolvido, porque não havia provas.

Exemplo 5) cidadão, depois de discutir com sua esposa, tentou suicídio. Não conseguiu o intento. Quando saiu do hospital, foi denunciado por porte ilegal de arma (afinal, o “réu” (?) não tinha autorização legal para ter a arma em sua casa). Foi condenado a 1 ano de detenção. Em segundo grau, foi absolvido. É preciso dizer mais?

Poder-se-ia acrescentar ainda outros exemplos, como o caso de dois cidadãos condenados a 2 anos de reclusão por terem “subtraído”, das águas de um bucólico açude no interior do Estado Rio Grande do Sul, 9 peixes tipo “traíra”, avaliados em R\$ 7,50, ou do cidadão que ficou preso por ordem da justiça de Tubarão, SC, pelo período de 60 dias, por ter tentado furtar R\$ 10,00, cuja cédula jamais foi encontrada; ou, ainda, do casal catarinense que ficou 46 dias presos preventivamente, por tentar furtar um par de chinelos...

Simbolicamente, tais questões podem ser compreendidas a partir de dois julgamentos do Superior Tribunal de Justiça: um negando *habeas corpus* para acusado de furto de uma garrafa de vinho avaliada em R\$ 40,00; outro, em tempo não distante, absolvendo acusado de crime de descaminho de valor que ultrapassa mil dólares.

Releva registrar, ainda, pesquisa realizada pela Procuradora da República Ela Castilho (1998), cujos dados dão conta de que, de 1986 a 1995, somente 5 dos 682 supostos crimes financeiros apurados pelo Banco Central resultaram em condenações em primeira instância na Justiça Federal. A pesquisa revela, ainda, que 9 dos 682 casos apurados pelo Banco Central também sofreram condenações nos tribunais superiores. *Porém – e isso é de extrema relevância – nenhum dos 19 réus condenados por crime do colarinho branco foi para a cadeia!* A pesquisa em questão ressalta, ainda, que o número de 682 casos apurados é extremamente pífio, *em face dos milhares de casos de crimes do colarinho branco que ocorrem a todo ano no país!* Mais do que isso – e já que o tema é “**CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA**” – há que se registrar que o montante do prejuízo causado à população (ao Estado-Sociedade) por esses 682 casos (e isso “naquela época” de baixa descoberta da corrupção) foi maior que a soma dos valores furtados, apropriados e roubados no mesmo período¹².

Aliás, constata-se, a partir do censo penitenciário realizado em junho de 2008 pelo Departamento Penitenciário Nacional¹³, que os crimes mais apenados em *terrae brasilis* são aqueles cometidos pelas classes menos abastadas, tais como roubo majorado, simples e qualificado pelo resultado morte, tráfico ilícito de entorpecentes, furto simples e qualificado, homicídio e porte/posse ilegal de arma. Não há qualquer menção – na verdade devem se enquadrar na categoria “outros crimes” (portanto, sem relevância estatística) – a crimes praticados contra a ordem financeira e tributária. No mesmo sentido, pesquisa publicada no jornal Folha de São Paulo (*Cf. Prisões de São Paulo têm 50% mais detentos do que vagas*, 13 de out. 2008, p. C1), revela que de uma população prisional de 158.447 presos existentes no Estado de São Paulo, apenas 1.747 possuem ensino superior ou pós graduação.

Novamente vem a discussão: não devemos nos preocupar, primordialmente, com a questão de que “devemos ou não estender a pena de

¹² A situação, aliás, repete-se também nos Estados Unidos. Segundo Coleman (2005), as cifras anuais concernentes à sonegação fiscal, a fraudes nos sistemas de saúde e à violação às leis antitruste, alcançam 500 bilhões de dólares, ao passo que, nos crimes convencionais, o valor atinge 13,3 bilhões de dólares, cifra que não atinge, portanto, sequer 3% do dano patrimonial causado pela mencionada criminalidade de elite.

¹³ Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD57419CF1FE.MIDC37_B2.41E94C6840068B1624D28407509CPTBRXX.htm>.

prisão – efetiva – aos crimes do colarinho branco”. *Devemos nos debruçar, sim, sobre o modo como as Instituições olham para os crimes do “andar de baixo” e do “andar de cima”.* E pensar nisso à luz da coerência e da integridade da legislação e da jurisdição.

Numa palavra: parcela considerável das decisões acima apontadas – que servem apenas de amostragem – *apenas reforçam o caráter discriminatório e estigmatizador do direito penal.* Assim, se de um lado existe a legislação que inadequadamente *deixa de hierarquizar* os bens jurídicos a serem protegidos pelo direito penal, de outro há o Judiciário e o Ministério Público que reproduzem essa crise paradigmática. E é nesse sentido que o uso contínuo e aprofundado da jurisdição constitucional poderia, de um lado, proceder a uma verdadeira filtragem hermenêutico-constitucional dos tipos penais incongruentes e desproporcionais, e, de outro, na impossibilidade do uso da jurisdição constitucional em face dos seus limites, denunciar (veementemente) as anomalias, fazendo uma *Appellentscheidung* (apelo ao legislador).

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se os Códigos de 1830, 1890 e 1940 continham essa característica de proteção aos bens jurídicos de cariz (proto) liberal-individualista, parece razoável concluir que, a partir de 1988, deveria ter havido uma “virada” na legislação penal, na linha do que indica o constitucionalismo compromissório e social. Entretanto, não foi isso que ocorreu. Dito de outro modo, continuamos mergulhados em uma crise que envolve a concepção de bem jurídico em pleno Estado Democrático de Direito.¹⁴ Urge, pois, um redimensionamento na hierarquia dos bens jurídicos como forma de adaptá-los à sua dignidade constitucional.¹⁵ Afinal, como bem lembra Figueiredo Dias (2001, p. 47-48), “os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais”, hipótese a lhes garantir dignidade jurídico-penal.

¹⁴ Sobre o assunto, consultar STRECK; FELDENS, 2003.

¹⁵ Nesse tom, anota Maria da Conceição Ferreira da Cunha (1995, p. 328) que “seria inconstitucional criar uma ordem de bens jurídico-penais de forma a inverter a ordem de valores constitucionais”.

Na mesma linha, Luiz Luisi (2003, p. 57) lembra que as Constituições surgidas no segundo pós-guerra albergam uma série de preceitos destinados a alargar a incidência do direito criminal no sentido de fazê-lo um instrumento de proteção de direitos coletivos, cuja tutela se impõe para que haja uma justiça mais autêntica, ou seja, para que se atendam as exigências de justiça material. Dito de outro modo, parece não restar dúvida que, na atualidade, – e a assertiva é de Mir Puig (1998, p. 135) – o direito penal vai abrindo espaço no sentido de que deve ir estendendo sua proteção a interesses *menos individuais*, porém de grande importância para amplos setores da população, *como o meio-ambiente, a economia social, as condições de alimentação, o direito ao trabalho em determinadas condições de segurança social e material* – enfim, o que se vem denominando de interesses difusos.¹⁶

Estando isto claro, vale registrar, no particular, a existência de uma grave controvérsia acerca da extensão e das funções desse conceito (bem jurídico) a partir do dissenso surgido entre a postura dos penalistas liberais, que defendem uma compreensão demasiadamente restrita do conceito, e aqueles que defendem o reconhecimento jurídico-penal de bens supra-individuais, cuja posição quanto à funcionalidade dessa instituição jurídica assenta-se em uma concepção organizativa, interventiva e vinculada à realidade social. Essa contenda não foi ainda suficientemente percebida e apreendida pelo conceito dogmático de bem jurídico, *e este conflito acarreta uma confusão quanto aos bens que devem prevalecer numa escala hierárquica, para fins de serem relevantes penalmente e, portanto, merecedores de tutela dessa natureza*.¹⁷ Ou seja: quais são os bens jurídicos suscetíveis de receber proteção penal?

A transferência desta – ainda não resolvida – controvérsia para as práticas legislativas e judiciais faz com que surjam leis (v.g., Leis 10.259/01 e 10.741/03) em que bens jurídicos que claramente traduzem interesses de grandes camadas sociais são rebaixados axiologicamente e equiparados a outros bens de *relevância individual*, privilegiando-se os bens jurídicos inter-individuais, questão sutilmente presente, por exemplo, na legislação que trata dos crimes de sonegação fiscal no Brasil, como é pos-

¹⁶ No mesmo sentido, veja-se NAVARRETE (2000, p. 131), para quem “*la sociedad o comunidad, global y genericamente considerada, aparecen reconocidas como sujeto pasivo de bienes jurídicos que son afectados por delitos que atentan a la propia comunidad social, en cuanto titular de intereses colectivos. Así acontece, v.g., en tipos de delitos que afectan a bienes colectivos, como el orden público, la seguridad y tráfico rodado, la fe pública o la salud pública, frente a comportamientos típicos ya de lesión, ya de peligro o riesgo general o concreto*”.

¹⁷ Nesse sentido, ver STRECK; COPELTI (2003, pp. 255 e ss.).

sível perceber até mesmo na recente Lei 10.684/03, sancionada já no governo Luis Inácio Lula da Silva, mas que repetia legislação anterior. Se é correto ou não tratar a sonegação de tributos como crime (grave), isso é uma questão que dispensa uma resposta imediata; *importante é saber as razões pelas quais admitimos um direito penal que trata o furto qualificado de forma mais grave que a sonegação de tributos ou lavagem de dinheiro...!*

O que tem ocorrido de concreto nesse aspecto e dado margem ao aquecimento do debate entre penalistas de apego exacerbado ao liberalismo (ou, se se quiser, com apego ao conceito liberal-individualista de bem jurídico) e os que buscam a guarida penal de bens supra-individuais, é que estes buscam introjetar na concepção de bem jurídico-penal a *idéia de que uma série de bens de feição coletiva necessitam de proteção penal*, enquanto aqueles resistem a tanto, colocando-se contra a extensão da função de proteção penal aos bens de interesse da comunidade, sob o argumento de que tal concepção implicaria uma “indesejada ampliação das barreiras do direito penal”. De certo modo, continuam a pensar o direito a partir da *idéia* segundo a qual haveria uma contradição insolúvel entre Estado e Sociedade ou entre Estado e indivíduo.

Tais considerações, à evidência, acarretam compromissos e inexoráveis conseqüências no campo da formulação e da aplicação das leis. Para tanto, parto da premissa – e não há, ou não deveria haver nenhuma novidade em dizer isto – de que a Constituição brasileira de 1988 apresenta uma diretiva para o Estado (e suas políticas, inclusive criminais). Logo, em assim sendo, continuo a insistir (e acreditar) que *todas as normas da Constituição têm validade*, o que ocorre nas que estabelecem a busca da igualdade, a redução da pobreza, a proteção da dignidade, etc. Tais normas *comandam a atividade do legislador* (inclusive e logicamente, do legislador penal).

Esse comando (ordem de legislar) traz implícita – por exemplo, no campo do direito penal – a *necessária hierarquização* que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas, razão pela qual o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de “cabalas”. Tampouco o direito penal pode ficar à mercê de *leis de conveniência*, elaboradas sem qualquer prognose.¹⁸

¹⁸ Um bom exemplo de lei de conveniência é a alteração produzida na legislação de tóxico, por intermédio da Lei 11343/06. Enquanto, de um lado, aumentou-se a pena mínima para traficantes, ao mesmo tempo estabeleceu-se a possibilidade de redução da pena em até 2/3 para acusados primários. Isto é, se o legislador pretendia aumentar a pena mínima, é porque

Em outras palavras, não há liberdade absoluta de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, mormente quando a lei discrimina condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais. Nesse sentido, se de um lado há a proibição de excesso (*Übermassverbot*), de outro há a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).¹⁹

Não há, pois, qualquer blindagem que “proteja” a norma penal do controle de constitucionalidade. A norma penal não está blindada à sindicabilidade constitucional. A vigência de um texto jurídico penal não implica, automaticamente, a sua validade, problemática que coloca na mesma trincheira, paradoxalmente, em determinadas situações, penalistas de orientação dogmática e acentadamente positivista-normativista²⁰ e aqueles defensores de posturas mais clássico-liberais.

Não pretendo discutir ou por em xeque o papel da concepção liberal-individualista-iluminista do direito penal. Isso, aliás, é conquista moderno-contemporânea. O que se questiona é a resistência de determinados setores desse campo do conhecimento em estender o braço do direito penal em direção aos bens supra-individuais. Esta é uma questão dramática: se não se admite a extensão do braço do direito penal aos delitos de cariz supra-individual (o que implica rediscutir o tratamento dado, *v.g.*, à sonegação de tributos,²¹ para falar apenas neste delito), então, por uma questão

deveria ter algum motivo; mas, paradoxalmente, concede a possibilidade de diminuição de pena praticamente inédita no Código Penal, apenas concedida ao furto privilegiado.

¹⁹ Isto significa dizer que, quando o legislador não realiza essa proteção via direito penal, é cabível a utilização da cláusula “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*). Tais questões ficam bem claras a partir da discussão da discriminação do aborto na Alemanha, problemática igualmente debatida no plano da justiça constitucional na Espanha e em Portugal. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio de voto do Min. Gilmar Mendes (acompanhado pelo Min. Ayres Brito) aplicou pela primeira vez a tese no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 418.376; a tese voltou a ser aplicada na ADIn 3510.

²⁰ Os penalistas de perfil positivista-normativista – majoritários no plano da produção jurídica *standard* no Brasil – são aqueles ligados aos movimentos de lei e ordem, mas que, paradoxalmente não incluem no rol de suas “preocupações repressivistas” as condutas que ofendem bens jurídicos supra-individuais (pelo menos não o fazem sob a ótica da Constituição).

²¹ Observe-se, por exemplo, que, na medida em que o legislador utiliza o direito penal de forma diferenciada para os crimes de sonegação de tributos, o que pode ser visto pelo art. 9 da Lei 10.684, poder-se-ia propor – como aliás, venho fazendo de há muito (por todos, veja-se acórdãos 70.018.891.119, 70.016.803.967 e 297.019.937, todos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul), na medida em que a fórmula adotada pela Lei 10.826/03 (pagamento do valor sonegado – portanto, de forma indireta, subtraída/apropriada/obtida ilicitamente) se mostre eficaz para a proteção do bem jurídico, a extensão dessa fórmula aos demais crimes contra o patrimônio, desde que cometidos sem violência ou grave ameaça...! Ou seja,

de respeito à igualdade, também devemos estar prontos e dispostos a não mais tratar os delitos inter-individuais (cometidos sem violência) contra o patrimônio como uma questão de direito penal. Não esqueçamos: o direito do Estado Democrático de Direito deve respeitar a coerência e a integridade. Leis de conveniência e discriminatórias são inconstitucionais.

Ora, nenhum campo do direito está imune a essa vinculação constitucional. Conseqüentemente, na medida em que a Constituição figura como o *alfa* e o *ômega* do sistema jurídico-social, ocorre uma sensível alteração no campo de conformação legislativa. Nesse (novo) contexto, a teoria do bem jurídico, que sustenta a idéia de tipos penais no direito penal, igualmente passa a depender da materialidade da Constituição. Não pode restar qualquer dúvida no sentido de que o bem jurídico tem estrita relação com a materialidade constitucional, representado pelos preceitos e princípios que encerram a noção de Estado Democrático e Social de Direito.

Não há dúvida, pois, que as baterias do direito penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões. Neste ponto, aliás, entendo que é neste espaço que reside até mesmo uma obrigação implícita de criminalização, ao lado dos deveres explícitos de criminalizar constantes no texto constitucional. Nesse sentido, aliás, veja-se o art. 5, XLIII, da Constituição Federal, que determina a criminalização das condutas que consubstanciem prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo. Veda, inclusive, a tais crimes, assim como aos crimes definidos como hediondos, a fiança e a concessão de graça ou anistia política. Adequada ou não, tal previsão é do constituinte originário.

poder-se-ia também permitir que o ladrão e o estelionatário *devolvessem a res furtivae* – até em suaves prestações (espécie de REFIS da patuléia) – extinguindo-se, *ipso facto*, a punibilidade, nos mesmos termos dos crimes fiscais! Ou isso ou teremos que assumir que, efetivamente, praticamos – e permito-me insistir nessa tecla – um direito penal “de classe”...! No fundo, a previsão do art. 9 da Lei 10.684/03 nada mais faz do que estabelecer a possibilidade de converter a conduta criminosa em pecúnia, *favor que é negado a outras condutas*. Neste ponto, calha registrar a objeção feita por Ferrajoli – corifeo do garantismo penal – a “monetarização” do direito penal: “ningún bien considerado fundamental hasta el punto de justificar la tutela penal puede ser monetarizado, de modo que la previsión misma de delitos sancionados con penas pecuniarias evidencia o un defecto de punición (si el bien protegido es considerado fundamental) o, más frecuentemente, un exceso de prohibición (si tal bien no es fundamental)” (FERRAJOLI, 1997, p. 447).

Insisto: ocorreu uma sensível alteração no papel do direito e do Estado, que ocorre exatamente quando o Estado, de potencial opositor a direitos fundamentais,²² passa a ser o seu protetor, circunstância facilmente constatável nos textos constitucionais forjados a partir do segundo pós-guerra.

Nesse sentido, considero correta a assertiva de ROXIN, para quem o legislador deve recorrer, subsidiariamente, à contravenção e à multa administrativa, em vez da incriminação e à pena, somente quando a perturbação social pode ser anulada com a sanção menos onerosa. É evidente que esse limite é difícil de traçar. Entretanto, assevera, *no campo nuclear do direito penal as exigências de proteção subsidiária de bens jurídicos requerem necessariamente um castigo penal em caso de delitos de um certo peso!* Em contrapartida, diz Roxin (1997, p. 72 e 73), ainda que em princípio se incluam condutas como o furto e a fraude (estaфа) neste “âmbito nuclear” de exigência de punição por parte do direito penal, nada se oporia a que os casos de bagatelas neste campo (p. ex., furto de gêneros comestíveis) fossem tratadas como contravenções.

Observe-se, desse modo, que a discussão dos limites entre condutas que devem ser consideradas como crimes e as que devem ser epitetadas como contravenção, primeiramente é de tipo quantitativo; entretanto, quando se ultrapassa o terreno das condutas insignificantes (sem relevância penal) – assim entendidas na tradição jurídica – a discussão necessariamente assumirá foros qualitativos. É neste ponto que a Constituição deve ser o *topos* conformador dos critérios de aferição do conceito de “delitos puníveis com pena de prisão, substituíveis por restritivas de direito ou não, e as condutas que podem ficar no âmbito contravençional ou no terreno da transação penal”. Nesse sentido, veja-se a lição de MAURACH e ZIPE, que, com fundamento da jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, assinalam que

“el legislador debe respetar los límites establecidos por el derecho constitucional en sus decisiones relativas a penalizar o amenazar con multas a ciertos tipos de conducta, pois que la idea de justicia, inserta en el principio de Estado de Derecho, exige que el tipo y la consecuencia jurídica (pena o multa) estén ‘adecuadamente

²² Nesse sentido, ver a interessante abordagem feita por Paulo Ferreira da Cunha (1998, pp. 89 e 90).

armonizados entre si (BI *VerfGE* 27, 18, 29). (MAURACH; ZIPE, 1994, p. 23)

Nesse mesmo contexto, na definição entre uma e/ou outra sanção – seguem os autores – resta claro que

“sería inadmisibile desde el punto de vista del derecho constitucional, que ciertos ilícitos indudablemente pertenecientes al núcleo del derecho penal fueren castigados con multa y, a la inversa, que contravenciones propias del ilícito administrativo, lo fueren con pena criminal”. (MAURACH; ZIPE, 1994, p. 23)

Em complementação, sustentam, em referência à dicção do Tribunal Constitucional alemão, que

*“aun cuando no se pueda trazar una línea divisoria exacta para el mencionado núcleo, ‘basándose en la escala de valores contenida en la ley fundamental’, es posible ‘indagar con certeza suficiente’ cuál ilícito pertenece inequívocamente a este núcleo y cuál no (BI *VerfGE*, loc. cit.)”.* (MAURACH; ZIPE, 1994, p. 23)

Ora, é evidente que, se por um lado, um crime não é um crime porque o tipo penal, ontologicamente (sic),²³ refletiria a essência (sic) da coisa designada (concepção realista das palavras de Platão, a partir da qual, por exemplo, na palavra estupro estaria a “essência” da “estuprez” – sic), por outro, *também parece evidente que um delito não tem sua concepção de ofensividade alterada simplesmente porque recebeu nova denominação* (no caso, veja-se o exemplo do epíteto de menor potencial ofensivo atribuído pela Lei 10.259). Para não ir muito longe, até mesmo a semiologia de Saussure poderia dar uma resposta ao problema. Afinal, como dizia o mestre genebrino, *se quieres saber o significado de um significante, pergunta por aí...!* Para ficar no exemplo dos crimes de “menor potencial ofensivo” (sic): perguntemos por aí se o cidadão considera que a exposição a perigo da vida de um idoso ou a sua privação de alimentos, é uma infração de natureza, quiçá, levíssima, a ponto de poderem ser transacionadas por cestas básicas (sic).

Em tempo de Constituição compromissória, parece razoável afirmar que o legislador não pode se guiar por pragmatismos inconseqüentes que destroem a diferença. *Esse pragmatismo vira ceticismo, porque, na medida em que cada ato humano tem um conteúdo fático, torna-se absolutamente problemá-*

²³ Quem utiliza a expressão “ontologicamente” deve estar se referindo, à evidência, à ontologia clássica, com o que voltaríamos no tempo no mínimo um milhar de anos.

tico o processamento da validade desse ato. Com efeito, se elimino o elemento diferencial que identifica cada ato (valorado como delito), caio no cinismo, uma vez que “tanto faz qual o delito que cometo”...

Isto porque, muito embora o direito penal deva ser utilizado apenas como *ultima ratio*, parece evidente que existem situações e hipóteses em que o bem jurídico *não estaria suficientemente protegido, mormente em uma comparação com outras formas de proteção.*²⁴ Deveria causar espanto à comunidade jurídica o fato de o legislador não abrir mão do direito penal para combater delitos menos relevantes (*CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA*) – no que pertine a sua danosidade social – como o furto e apropriação indébita, e, nos casos de crimes mais graves como os de cariz supra-individual, agir de modo absolutamente contrário.

Por derradeiro: qual é o papel do direito penal no Estado Democrático de Direito? O direito penal não trata de “coisas boas”. Isso é evidente. Nem é, tampouco, instrumento de transformação da sociedade ou do indivíduo. A concepção de um direito garantidor é uma conquista da humanidade. Mas, em tempos de novos paradigmas, ficamos no entremeio de uma aporia: os penalistas (e não somente eles) são praticamente uníssonos (com exceção dos discursos “*law and order*”) em apontar o direito penal como *discriminatório, seletivo, estigmatizador e “protetor dos interesses das camadas dominantes”*. Aliás, já não há qualquer novidade em dizer isso. Ou seja, tem razão o camponês salvadorenho, citado por Jesus De La Torre, quando diz que “*la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos*”. Assim, dizer que o direito penal, historicamente, criminaliza a pobreza parece, hoje, uma obviedade...; o problema é: o que fazer com ele? Extingüi-lo? Redefini-lo? Por que punir os crimes contra a propriedade individual (cometidos sem violência) e não punir com o mesmo rigor os crimes que lesam bens jurídicos supra-individuais? Por que, por exemplo, não estender as benesses legislativas (cestas básicas, pagamento do prejuízo, etc) também à patulúcia em geral?

²⁴ Ressalte-se, aqui, que há autores que chegam a colocar em dúvida essa “alternativa” entre direito penal e outras medidas aptas para proteção do bem jurídico, pela simples razão de que, relativamente aos bens constitucionais “significativos”, a sanção penal *deve* ser adotada *mesmo que se pudessem conseguir os interesses da disciplina recorrendo a outras sanções*; em caso contrário acentuar-se-ia o papel pragmático do direito penal e instrumental da pena, com prejuízo de sua *função estigmatizante* e da *reafirmação do valor tutelado*. (DOLCINI; MARI-NUCCI, 1994, p. 184).

Talvez tenhamos que enfrentar de frente essa criminalização da pobreza e passar a falar da “pobreza da criminalização” dos setores que, de fato, colocam em xeque os bens jurídicos mais relevantes. E, para tanto, não é preciso pensar em estender as graves penas aos crimes do “andar de cima”. A aplicação da Constituição no plano penal por certo não exige que se use o direito penal como uma vingança dos setores dominados da sociedade contra a histórica criminalização dos pobres.²⁵ Parece evidente que não. *Mas, com certeza, a Constituição não abre mão do direito penal.* Ou seja, a Constituição não extingue o direito penal. Ora, se isso é assim, se estamos de acordo que Hobbes e Freud possam ter parcela de razão, então podemos afirmar que “*não é proibido proibir*”. O dilema é: *como fazer isso sem que o direito penal se torne autoritário/arbitrário e ao mesmo tempo não mais seja um direito penal “de classe”?*

Neste curto período de vigência da nova Constituição e nos limites do permitido pelos instrumentos postos à disposição pela jurisdição constitucional, penso que já deveríamos ter feito muito mais. Os juristas não somos legisladores. Mas a doutrina e a jurisprudência podem e devem ter um papel *muito mais relevante* nesse processo de institucionalizar a integridade, a coerência e a igualdade no direito,²⁶ em especial no direito

²⁵ Não é novidade dizer que os presídios são “máquinas de triturar seres humanos”, como bem aponta Marcos Rolim: manter um preso no Brasil não sai por menos de R\$ 1,5 mil mensais e construir uma nova vaga custa em torno de R\$ 40 mil. Chegamos a meio milhão de presos; o déficit estimado é superior a 250 mil e há 500 mil mandados por cumprir (Cf. Mudar o paradigma, in Zero Hora, 12 de out 2008, p. 18). A questão levantada diz respeito ao futuro de nossa política criminal. *Continuar prendendo como agora, fará com que continuemos a colocar na cadeia percentual enorme de pessoas que cometem crimes que não colocam em xeque (em risco) bens jurídicos relevantes.* Observe-se, a propósito, dados do censo penitenciário realizado, em junho de 2008 pelo Departamento Penitenciário Nacional (órgão do Ministério da Justiça) no sentido de que o sistema prisional do Estado de São Paulo opera, atualmente, com uma população 50% acima de sua capacidade – 96.540 vagas para 145.096 presos (Cf. Prisões de São Paulo têm 50% mais detentos do que vagas, in Folha de São Paulo, 13 de out. 2008, p. C1). Nesse mesmo sentido, cumpre mencionar levantamento feito recentemente pela Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul (e publicado no Jornal Zero Hora do dia 05 de outubro de 2008) que revela a absoluta superlotação de todos os 06 pavilhões do Presídio Central de Porto Alegre. O Pavilhão C, por exemplo, que conta com 254 vagas, alberga 1.037 presos, o que configura uma superlotação equivalente a 308,3%. Porém, o que parece ainda mais preocupante é que dos 4.705 detentos que compõem a população do cárcere, há uma maior quantidade de presos provisórios (2.606) do que de presos condenados (2.099).

²⁶ A partir da jurisdição constitucional, esse é o caminho que venho trilhando. Nesse sentido, alguns exemplos de construção de soluções para os “impasses” desse direito penal, constantes em acordãos especialmente da 5ª. Câmara do TJ-RS e em pareceres à disposição no site

penal, que lida com conflitos resultantes de resquícios de um país de modernidade tardia que não passou pela etapa do Welfare State”. E ainda não se encontrou uma explicação maior para a criminalidade do que as disparidades sociais. Talvez por isso a criminalidade de países como a Suécia não seja maior do que a criminalidade na Somália, como já bem explicava Alessandro Baratta: de uma ponta à outra, as distâncias sociais são muito pequenas...!

O grande desafio talvez seja – para utilizar uma frase do psicanalista Alfredo Jerusalinski – “como conter o gozo da sociedade sem ser tirânico”. É nesse fio da navalha que caminha o jurista/penalista do Estado Democrático de Direito. É verdade que, quando a Constituição determina que um dos seus objetivos da República é erradicar a pobreza, não significa que isso será alcançado utilizando o direito penal; *mas isso também não*

<www.leniostreck.com.br> (deixo de relatar as soluções que venho apontando no campo do processo penal – em especial poderia falar da luta pela obrigatoriedade da presença de advogado no interrogatório, tese que vinha sendo admitida quase que isoladamente por duas Câmaras do TJ-RS e rejeitada pelo STJ; *como se sabe, somente em 2004 é que os juízes passaram a admitir a tese, mas não em face do princípio da ampla defesa previsto na Constituição*, e, sim, porque foi determinado por lei ordinária, o que apenas demonstra que *preferimos obedecer à lei do que a Constituição*). Assim: I – a extensão dos benefícios concedidos aos sonegadores em geral para os crimes contra o patrimônio (tese não aceita pelos tribunais superiores e sem apoio na doutrina); II – nos casos de furto qualificado pelo concurso de pessoas, a aplicação da causa especial de aumento do roubo (1/3) – tese, aliás, rejeitada pelos tribunais superiores e sem apoio na doutrina penal; III – a redefinição do preceito secundário do artigo 180, § 1º, do Código Penal por uma questão de desproporcionalidade na punição de condutas que exigem o dolo direto e de condutas que exigem o dolo eventual; IV – a inconstitucionalidade da reincidência, igualmente sem apoio da expressiva maioria da doutrina e rejeitada em especial pelo STJ; V – a não recepção constitucional das contravenções penais com base no princípio da secularização do direito; VI – a aplicação da técnica da *Teilnichitgerklärung ohne Normtreueherabsetzung* (nulidade parcial sem redução de texto) para os casos de porte de arma e disparo de arma de fogo sem que haja comprovação de bem jurídico violado (princípio da presunção da inocência); VII – a inconstitucionalidade (não recepção) de delitos como casa de prostituição, ato obsceno, dano e todos os demais que tenham relação com uma indevida utilização do direito penal no Estado Democrático de Direito; VIII – a aplicação da técnica da *verfassungskonforme Auslegung* (interpretação conforme a Constituição) no art. 299 do CP; IX – a releitura constitucional do artigo 25 do Dec-Lei – 3.688/41; X – nulidade parcial sem redução de texto do crime previsto no Art. 89, caput, da Lei 8.666/93, com a exigência de ofensa ao bem jurídico para a tipo penal; XI – a aplicação da técnica *verfassungskonforme Auslegung* (interpretação conforme a Constituição) quando da invocação às súmulas 21 e 52 do Superior Tribunal de Justiça, que dizem respeito à prejudicialidade das alegações de excesso de prazo quando do encerramento da instrução. Trata-se, pois, de uma necessária filtragem hermenêutico-constitucional, feita a partir, modo geral, da utilização do princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*).

quer dizer que a pobreza continue a ser criminalizada como se estivéssemos no século XIX ou nos anos 40 do século XX. Certamente alguma coisa mudou com o advento do novo paradigma constitucional...! Como bem diz o poeta mexicano Eraclio Zepeda, quando as águas da enchente cobrem a tudo e atodos, é porque de há muito começou a chover na serra. Nós é que não sabíamos!

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros, 1996.
- CASTILHO, Ela Volkmer de. *O controle penal dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.
- COLEMAN, James William. *A Elite do Crime: Para entender o crime do colarinho branco*. 5. Ed. Barueri: Manole, 2005.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos*. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, n. 4, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del Galantismo Penal*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre, Sérgio Fabris Editores, 2003.
- MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal – Parte General* 1. Tradução da 7ª ed. alemã. Buenos Aires: Astrea, 1994.
- NAVARRETE, Miguel Polaino. *Derecho penal, parte general*. Tomo III. Teoría jurídica del delito. Volumen I. Barcelona: Editora Bosch AS, 2000.
- PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal: parte general*. 5ª Ed. Barcelona, Reppertor, 1998.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*, Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.