



Inflação legislativa exige cautela, especialmente no Direito Penal

Alguns acontecimentos recentes – novos casos de grupos de extermínio em partes do país dantes insuspeitas, a dificuldade na punição dos crimes de colarinho branco, abusos, servidores públicos flagrados em casos suspeitos etc. – nos fizeram guindar lateralmente dos temas que, costumeiramente, vínhamos escrevendo. Tais explosões de violências, crimes e “impunidade” merecem análise que, muito embora não seja das mais abalizadas, tenta esforçar-se para chegar ao mínimo necessário à discussão. Diante de casos tão publicamente divulgados, não poderíamos, mesmo diante de nossa indiscutível limitação, deixar de esposar nossa opinião.

Talvez bom começo seja fixar e realçar fenômeno que tem seguido o Direito desde meados da década de 1980; e seguido, não apenas no Brasil, mas por todas as latitudes possíveis, tornando-se fenômeno verdadeiramente mundial. No Brasil, particularmente, teve sensível recrudescimento, seja porque saímos de período de exceção político-institucional que, de certa maneira, “tolhia” a capacidade de normatização dos vários aspectos da vida social ou, quando menos, determinava os aspectos sobre os quais era possível legislar, seja porque passamos a adotar pressuposto de que tudo há de ser resolvido pela lei. Falamos do fenômeno, na falta de melhor termo, da inflação legislativa, consubstanciado na inimaginável, multifacetária e abismal produção de leis realizada pelos parlamentos de praticamente todos os estados nacionais da contemporaneidade.

Desde a série que começou em 1946, já se vão, afora leis complementares, decretos e emendas constitucionais, mais de 12 mil leis, cuja velocidade de elaboração aumentou assustadoramente, como dito acima, nos últimos vinte anos. Lembremo-nos de que, nas Academias de Direito até os idos de 1960-70, não tínhamos muito a preocupação de consultar códigos ou poucas leis extravagantes “atualizados”. O universo de estudo que tínhamos estava restrito aos clássicos Códigos – Civil e Processual Civil, Penal e Processual Penal, Comercial e CLT, passando, dependendo da desenvoltura do professor, pelos clássicos Códigos de Obrigações e pelo Anteprojeto de Código Civil – e por algumas poucas leis específicas, como o Estatuto da Terra e este, ainda assim, dependendo da grade curricular da respectiva Faculdade. Juridicamente – e note-se: não estamos falando dos aspectos políticos, institucionais e cívicos, mas apenas do jurídico –, Brasília, salvo em alguns casos específicos – como na votação da instituição da dissolução do casamento no Brasil, que acabou se transmudando na instituição da separação judicial (EC n. 09/1977) –, era algo tão distante que simplesmente passava bem ao largo de nosso espectro qualquer menção a Ela, no sentido de saber o que “estava ocorrendo em Brasília” de importante para o Direito.

O quadro mudou drasticamente. Demos guinada diametralmente oposta. Saímos de restrito leque para arco tão amplo que pode perpassar seguramente todas as doze casas do firmamento zodiacal em céu estrelado. As leis se sucedem como se estivéssemos diante, para lembrar do clássico filme de Charlie Chaplin *Modern Times* (Tempos Modernos) no qual se enrosca pelas engrenagens e catracas de maquinismo que incessantemente não para de funcionar, em linha de produção que exige a feitura de uma lei a cada hora. O fenômeno da inflação legislativa é de tal monta que mudamos nosso comportamento na Faculdade: temos que estar constantemente vendo o diário oficial, rabiscando os Códigos e leis e fixando datas limites para consideração das alterações realizadas: “a prova abrangerá até



o capítulo ‘X’ com as alterações legais realizadas até o dia ‘Y’”. Até mesmo nos concursos públicos o estabelecimento de data limite para que as alterações legislativas caiam no concurso é estabelecida, criando o contrassenso de dada norma ser aplicada pelos juízes já empossados mas não o ser por aquele que deseja sê-lo. O problema é tão grave que, quem não estiver devidamente “atualizado”, lendo o diário oficial todos os dias como se fosse periódico jornalístico, corre o risco de enveredar por cenas de hilaridade coletiva: alguém pode lançar blefe ao Advogado na audiência asseverando que o dispositivo no qual está se baseando já fora revogado há coisa de dois dias...

Em absoluto, estamos defendendo qualquer coisa que siga pela linha da eternidade. Obviamente, sabemos, desde lições iniciais dos cursos jurídicos, que não existe lei que seja dotada de sempiternidade. O Direito segue a sociedade e, se esta cambia, naturalmente, deverá cambiar o Direito. Na verdade, a mudança não é o problema, mesmo porque, de balde, tentaríamos defender a sua improcedência. O problema é o que nos preocupa é a cultura da “rapidação” de nossos dias e sua inevitável inflexão sobre e no Direito: tudo tem que ser rápido e instantâneo à semelhança dos bits computacionais. Se abrimos o computador e este demora cinco segundos além dos normais, ficamos impacientados e crendo que decorreram séculos. Idem quando, no foro trabalhista, demoramos cinco minutos mais: deixamos o filho à sorte de ônibus, táxis e vans e almoçamos hambúrguer no carro enquanto nos dirigimos ao foro estadual para outra audiência. Ibidem quando vamos ao banco saldar dada conta e o cash, ao consignar “sua operação está sendo processada”, “processa” por longos cinco minutos quando o normal é “processar” quase instantaneamente. Cinco minutos! Perda de cinco minutos é impensável em cultura que venera a “rapidação”. Sob prisma eminentemente temporal, podemos dizer que a Humanidade, enquanto em outros séculos andava calmamente, no Século XX passou a correr freneticamente. E nada indica ou está a indicar que o Século XXI será diferente. Muito ao revés, estaremos nos dirigindo ao superlativo da instantaneidade: antes mesmo de fazer, já teremos que ter feito... Antes mesmo de ir, já temos que ter ido... Antes mesmo de ser, já temos que ter sido...

Ora, a “rapidação” causa profundos estragos ao Direito. Assim como ocorre nos demais campos de nossa vida cotidiana, não temos tempo a perder e a norma tem que sair e sair de qualquer maneira. O resultado é que nunca chegamos ao ideal: chegamos apenas ao possível. A lei passa a ser elaborada no pressuposto de que, como foi elaborada dentro do que foi possível fazer e não dentro da racionalidade técnica que se exige para mexermos no sistema jurídico, terá que passar necessariamente por reformas futuras, para retirar suas “falhas” e “brechas”. Isto causa outro problema decorrente: a primeira versão da lei é, em verdade, um balão de ensaio através do qual poderemos verificar os “resultados” – ou, melhor diríamos, “estragos”? – provocados pela primeira versão da lei. Às vezes, a publicação da lei serve apenas para confirmar o que se dizia quando de sua elaboração: “Está vendo! Eu não disse que isto não daria certo!” O princípio da continuidade das leis, em face da “rapidação”, torna-se tão robusto quanto pintura feita sobre a água: a lei não nasce mais para a estabilidade e segurança jurídicas, mas para ser necessária e futuramente corrigida, de preferência, através de medidas provisórias – e criamos outro grotesco problema.

Exemplos não faltariam por todo o Direito, mas nos fixemos no espectro penal: até hoje, os juízes não se entenderam acerca da mescla de tipos penais realizada pela Lei n. 12.015/2009 quanto aos crimes contra a liberdade sexual; para nós, e obviamente poderemos estar equivocados, a atual lei contra tóxicos – Lei n. 11.343/2006 –, ao descriminalizar o consumo próprio de qualquer droga, ainda que preveja a “pena”



de advertência, legalizou o seu consumo, pelo que não vemos porque haver tanta celeuma quando se discute sobre a liberação, por exemplo, da maconha. Ora, pelo texto legal, o consumo próprio da maconha já está legalizado e liberado! Mais: a mesma lei manda que o consumidor seja apresentado ao juiz, o que, muito dificilmente, na prática, é feito, pois tal consumidor é apresentado mesmo ao delegado; ao confrontarmos os atuais dispositivos do Código Penal e do ECA, encontramos algumas incongruências: o namorado (ou a namorada) pode levar a namorada adolescente (ou o namorado adolescente) menor de catorze anos, desde que com a sua aquiescência (art. 217-A do CP), a certa casa de tolerância para, com ela (ou ele), praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso, mas, contraditoriamente, não pode tirar foto dela (ou dele) para colocá-la no porta-retrato, pois incorreria no tipo do art. 240 do ECA. Notemos a incongruência: alguém (homem ou mulher) pode levar, segundo o CP, outro alguém para casa de tolerância com a sua aquiescência, fazer com esse alguém tudo o que for possível fazer na relação puramente carnal homem-mulher, mas não pode, pela norma proibitiva do art. 240 do ECA, tirar simples foto do (a) seu (a) consorte para pôr no seu quarto! Aliás, pelo tipo do art. 241-B, o simples “pôr no quarto” a fotografia é também crime...

Continuemos com a argumentação utilizando o mesmo exemplo: os tipos penais supra referidos do Código e do ECA pressupõem ou não o consentimento do (a) adolescente como seu elemento subjetivo? A aquiescência? Dito de outra maneira: é ou não elemento subjetivo daqueles mencionados tipos penais a concordância do (a) adolescente? Se respondermos afirmativamente, então, quer o sujeito passivo concorde ou não, haverá crime. Ocorre que, se assim pensarmos, cairemos no absurdo de dizermos que ninguém mais pode namorar menor de catorze anos, pois havendo ou não concordância deste ou desta, haverá crime. Para nós, precisamente porque sabemos que, pelos idos que correm, o namoro ocorre, às vezes, bem antes dos catorze anos, respondemos que a concordância não é elemento subjetivo do tipo e, portanto, desde que haja, não haverá os crimes dos artigos 217-A do CP e 240 e 241-B do ECA por atipicidade da conduta. E isto para não falar da grande celeuma que se avizinha com a entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011, que alterou as prisões cautelares em matéria processual penal.

Em todos esses casos, parece que o legislador do CP não é o mesmo que o do ECA ou o do Código de Processo, tal a falta de continuidade entre umas coisas e outras. É como se o legislador de certa norma desconhecesse completamente a existência de outra que, com a norma alterada, possui profunda ligação. Aliás, no caso da Lei n. 12.403/2011, lembre-se que temos projeto de Código de Processo Penal tramitando no parlamento...

Toda essa babel legislativa é consequência direta da “rapidação” no Direito e dos malefícios e danos que lhe causam. Se podemos verberá-la em outros campos do Direito, devemos fazê-lo com maior agudeza no Direito Penal, pois isto causa notáveis admoestações na interpretação, aplicação e integração da lei penal. Sobretudo porque causa frontal conflito real – não meramente aparente – entre os princípios de segurança pública (que exigem a punição e o encarceramento dos criminosos) e os princípios do direito penal mínimo (que promovem exatamente o contrário, a saber, a punição e o encarceramento mínimos dos criminosos, estabelecimento de penas alternativas etc.).

Na confluência desses dois princípios que norteiam o legislador penal hodiernamente, as normas, em virtude das pompas e circunstâncias que perpassam o mundo jurídico e do ritualismo que cerca qualquer instituição – e o Parlamento não poderia ser diferente –, continuam sendo apresentadas entre plumas e paetês. E o Povo, cansado de tanta incoerência, de normas assistemáticas e ametódicas e de tatear no



escuro, começa cada vez mais a fazer aquilo que nunca mais fez na história dos estados modernos: justiça com as próprias mãos. Sob esse específico ponto de vista e sem fazer qualquer juízo de valor, não há diferença ontológica entre o lixamento popular do criminoso e a milícia que o massacra. Em ambos está o mesmo pressuposto: a inflação legislativa, já exausta de tanto prometer e não cumprir, deixará o Povo entre as armas e pedras de policiais e meliantes e as rosas dos sepultamentos...

Date Created

27/08/2011