



Lenio Luiz Streck: Comissão de juristas gosta do Direito Penal do Risco

Li com atenção a entrevista do Ministro Gilson Dipp, Presidente da Comissão que redige o projeto do novo Código Penal. Trata-se de um trabalho de fôlego, pelo qual sua Excelência merece os cumprimentos. Devemos ter por alvissareira a intenção da comissão de operar uma “consolidação das leis penais” em torno de um núcleo representado pelo código penal. Nessa linha, as preocupações com um tratamento mais rigoroso com relação aos chamados “crimes do colarinho branco” e, ao mesmo tempo, uma preocupação em equalizar as desproporções hoje existentes em nossa lei penal (principalmente no que tange a penas impostas para proteção de bens jurídicos diversos, como o patrimônio e a integridade física em que, por vezes, como venho denunciando de há muito, o primeiro acaba privilegiado em detrimento do segundo). Não é uma tarefa fácil. Como não tive acesso ao projeto *stricto sensu* – na verdade, acho que só sai no dia 25 – limito-me a comentar a bela entrevista do Ministro, buscando colaborar com o trabalho da nobre Comissão. Faço-o a partir de um olhar crítico. E, fundamentalmente, histórico.

Com efeito. Quando se faz um novo Código Penal, devemos, antes de perguntar sobre o objeto da penalização, o seguinte: para que serve o direito penal? E, fundamentalmente, olhar no espelho retrovisor. Entender que devemos aprender com a história. Talvez devêssemos fazer um teste inicial: como o novo CP tratará da equação/relação “crimes transindividuais *versus* crimes interindividuais cometidos sem violência ou grave ameaça”? Para ser mais claro, pergunto de outro jeito: o novo CP tratará do mesmo modo ladrões de galinha e sonegadores de tributo ou contrabandistas ou haverá tratamento privilegiado (como tem sido até hoje)? Comparemos: o grande “filósofo contemporâneo” Marcos Valério recebe um mandado de prisão. Sentença transitada em julgado. Mas, ao invés de cumprir a pena, ingressou com habeas corpus, alegando que o crime de sonegação admite o pagamento até mesmo depois da sentença (na verdade, uma generosa interpretação do art. 9 da Lei 10.684, que diz que o pagamento do tributo sonegado antes do recebimento da denúncia extingue a punibilidade). Ele “ganhou” o HC. Enquanto isso, milhares de ladrões de galinha (ou receptadores de DVDs de blockbusters), mesmo “devolvendo” (ressarcindo o prejuízo), não têm direito a esta benesse legislativa/jurisprudencial. Interessante como a comunidade jurídica “dorme tranquila” com isso... Se o novo CP não responder de forma equânime (com *fairness*), para que começar a discussão? Isso é simbólico. É o start da discussão. Sei que o Min. Dipp está preocupado com isso. Mas não sei como isso será albergado pelo novo CP. Fui o primeiro no Brasil, lá no início da década de 90, a propor a equanimidade entre os crimes fiscais e aqueles contra o patrimônio (cometidos sem violência). Ou seja, não sou contra que M. Valério receba o HC; só quero que os demais nativos de *terrae brasilis* recebam tratamento equânime.

Não posso deixar de registrar o óbvio, embora o óbvio esteja no anonimato. O que é óbvio? A circunstância de que, no Brasil, historicamente, o direito – especialmente o penal – foi feito para proteger as camadas dominantes. Não é difícil de constatar isso. Tanto por uma análise weberiana (por exemplo, por Raymundo Faoro, em *Os Donos do poder*), como por outros autores que seguem a vertente marxiana. Faoro chega a dizer que o Brasil é pré-moderno, porque ainda possui estamentos, problemática que ele examina na última parte do seu grande livro. O patrimonialismo está visível na



legislação. No Brasil, o direito privado (o civil, principalmente) é feito para os que têm. O domínio (legal) sobre a terra só chega com a Lei de Terras, de 1850, e, basicamente, foi exigência dos traficantes de escravos (a lavagem de dinheiro é coisa nossa, não?). Mas ela tinha bons elementos. "Casava" posse e propriedade. Daí a noção de *terras devolutas*. Somente em 1916 fizemos um código civil, que, entretanto, "descasou" posse e propriedade. E a terra se transformou em mercadoria. O resultado todos sabemos: a desigualdade no acesso à terra. Ou seja, desigualdade leva à desigualdade...! O remédio? Historicamente, o remédio contra as desigualdades foi... o uso do direito penal. Sabem por que precisamos de cotas nas universidades e no serviço público? Porque o Estado, ao invés de fazer políticas públicas em favor dos ex-escravos, "deu-lhes" um Código Penal, já em 1890. Rápido. E econômico...

Ou seja, é por isso que posso dizer que o direito penal é feito – ainda hoje – para os que não têm (e o direito civil para o que têm). Qualquer dado estatístico mostra isso. Se eu fosse resumir a desigualdade de acesso à justiça em *terrae brasilis*, usaria uma frase de um camponês de El Salvador, referida por José Jesus de La Torre Rangel: "*La ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos*". Não é exagero. Basta ver a clientela de nossos presídios, que hoje já ultrapassa o meio milhão de encarcerados. E isso não é brincadeira, não.

Por isso um pouco de história vai bem. O Código Penal do Império, feito para substituir o Livro V das Ordenações Filipinas, tinha seus artigos (tipos) apontando para pegar os escravos e excluídos. Sua clientela era a extrema pobreza e escravos. O Código Penal de 1890 (já na República), por sua vez, foi feito para pegar os ex-escravos. Na década de 40 do século XX, quando o Brasil já passava pela segunda etapa de substituição de importações, veio um novo Código, para pegar uma nova clientela. E assim por diante. Nos anos 70, o crime organizado originou novas leis. E, de lá para cá, em termos de políticas criminais e penalizações, o Estado vem "oferecendo" políticas legislativas *ad hoc*. Política de omissão no atacado e indignação no varejo. Se há exclusão? Ora: no Brasil, ainda hoje furtar um botijão de gás entre duas pessoas dá pena semelhante a lavar dinheiro ou fazer corrupção. Isso para dizer o mínimo.

Espero que a Comissão que elabora o novo Código Penal se dê conta de tudo isso. Que olhem o retrovisor da história. Também espero que a Comissão – e seu Presidente, Ministro Gilson Dipp – se dêem conta do problema fulcral que atravessa a problemática do direito criminal em *terrae brasilis*. O Min. Dipp disse que não quer teorizar. E que a Comissão é pragmática. Tudo bem. Mas sem teoria a coisa não vai. O direito é alográfico, como já dizia Eros Grau. Ele não dispensa uma teoria para explicar a fenomenologia a ele inerente. O que quero dizer é que, para fazer um novo Código Penal, é preciso compreender a dimensão da crise paradigmática que atravessa o direito criminal. Isto é, por que não conseguimos pegar os lavadores de dinheiro? Por que é que, de 1998 para cá, não condenamos nem 20 pessoas por lavagem de dinheiro? E por que neste período condenamos mais de 100.000 ladrões e estelionatários? A teoria do direito nos dá a resposta! Ou seja, preparados para lidar com conflitos interindividuais, os juristas não estão preparados para lidar com os crimes de natureza transindividual.



Aliado a isso, há o problema da formação da sociedade. Ninguém faz lei contra si mesmo. Não temos, por assim dizer, amigos ladrões de galinha; as classes médio-superiores, que dominam as relações de poder, têm suas amizades e relações noutra parte. Ninguém vai a uma festa onde estejam ladrões pés-de-chinelo. Mas onde tem sonegadores, lavadores de dinheiro, etc, sendo a festa em uma cobertura, tudo fica ok. Basta ver as festas em Paris, envolvendo empresários, autoridades, governadores, etc. A cidadania é “relacional”. E isso tem reflexos na formação das leis. Especialmente nas leis penais.

O próprio comportamento do judiciário está umbilicalmente ligado a esse processo de formação social, portanto, inserido nessa crise paradigmática. Caso contrário, como explicaríamos o quase não-uso da jurisdição constitucional em matéria penal pós-88? Isto é: se esse Código Penal é tão ruim, tão injusto, tão desproporcional, etc., por que continuamos a aplicá-lo “literalmente”? Não poderíamos tê-lo filtrado constitucionalmente? A minha pergunta é retórica. Todos sabemos a resposta. Basta ver a cultura manualesca que se formou ao redor do velho Código Penal e que já está pronta para cercar o “novo”, que vem aí. Nossa formação exegética-formalista responde isso muito bem.

A partir de tais enfoques e do revolvimento do chão linguístico que sustenta a tradição do direito penal no Brasil, permito-me comentar alguns pontos da entrevista do Min. Dipp. Assim:

1. A “ideologia” do novo Código Penal.

Os elementos que podem ser colhidos apontam para um certo discurso conservador. Há uma série de indicações de que a Comissão gosta do “direito penal do risco” e suas técnicas de redução ou neutralização do risco. Como mostrou David Garland (por exemplo, em *The Culture of Control*, 2001), hoje há uma visualização da perda do controle primário no combate ao crime, razão por que se tem produzido uma política “volátil e contraditória” de controle, que se caracteriza por uma “ambivalência política” e que impede ações coerentes e inteligíveis por parte do Estado em face das limitações que ele tem. Isso pode ser visto, por exemplo, na criminalização/tipificação do enriquecimento ilícito, das milícias, dos jogos de azar (sic), da embriaguez ao volante, para citar apenas alguns indícios. Uma pequena observação: o discurso de que a sociedade é ou foi ouvida não tem comprovação empírica. As audiências públicas são/foram seletivas. Os espaços para discussão minúsculos. As universidades – refiro-me aos centros de excelência que estudam a matéria – não participaram dos debates.

2. A adequação do novo Código Penal à Constituição.

Na verdade, dizer no Brasil que estamos adequando as leis à Constituição virou um mantra. Claro que o Ministro e a Comissão estão certos ao dizer isso. Mas há de se ver se, de fato, isso vai ocorrer. Porque isso não é novo. O discurso das comissões que redigiram os anteprojetos de novo CPP e novo CPC também tinha como premissa básica essa necessidade de “adequação” (como se isso não fosse o óbvio, num ambiente de *legalidade constitucional*, como diria Elias Diaz). A minha questão é: em que medida podemos avaliar essa adequação? Analisando, simplesmente, as palavras que compõem cada tipo do



novo código? Evidente que não! Há uma questão de justificativa política mais geral operando-se aqui. Ela também deve apresentar uma adequação ao modelo constitucional estabelecido em 1988.

Vamos a um exemplo retirado da fala do Ministro. Indago: de que modo é possível dizer que um novo código que, modificando as regras de dosimetria da pena, possibilita uma “maior margem de atuação para o juiz”? Segundo o Ministro-Presidente, essa modificação comportará, inclusive, a possibilidade de o “juiz da execução modificar a pena fixada na sentença condenatória”. Qual a justificativa para tal alteração? Resposta dele: o número excessivo de HCs julgados pelos tribunais superiores que questionam o modo como a pena foi aplicada. Mas e as implicações democráticas e hermenêuticas que tal alteração acarretará? Ninguém pensa nisso? Os problemas de quantificação da pena estariam resolvidos abrindo-se as portas para a discricionariedade judicial? A discricionariedade é assim tão compatível com o constitucionalismo contemporâneo? Dizer que se está fazendo um novo Código Penal adequado à Constituição é compatível com uma abertura ao ativismo/decisionismo (subprodutos da discricionariedade)? É possível projetar que teríamos menos HCs impetrados sob esse argumento pelo simples fato de que a margem de atuação do juiz seria maior?

Também causa perplexidade a afirmação de que, ao mesmo tempo que seria alargado o espaço de atuação do magistrado (em um sentido claramente subjetivo), os critérios ficariam mais “objetivos”. A pergunta é: como algo pode ser, ao mesmo tempo, subjetivo e objetivo? Essas perguntas não poderão ser respondidas numa análise meramente casuística, mas são a porta de entrada para argumentos teóricos que poderão, de forma mais rigorosa, avaliar a situação e indicar uma resposta.

3. A importância da teoria do direito.

Penso que algumas questões merecem maior esclarecimento por parte da comissão. Não podemos mais tratar uma codificação e sua confecção como se vivêssemos ainda no século XIX. Quero dizer, não vale de nada defender, hoje, a completude da codificação. É extremamente difícil acreditar, nessa quadra da história, que, por exemplo, “se o Código Penal for mais claro, sem essa colcha de retalhos de várias leis, ele poderá ser aplicado com mais Justiça”. A “clareza” da legislação é um problema novecentista, isto é, de quando ainda se acreditava que o direito poderia ser expresso apenas por conceitos. Sabemos que não é mais assim. Hoje não faltam vozes a defender que as palavras da lei são vagas e ambíguas. Isso nem é mais novidade. Até a dogmática mais pedestre sabe disso, embora, de algum modo, continue sustentando o mesmo sentido objetivo, existente por si mesmo no texto da legislação. Ora, a hermenêutica contemporânea já mostrou que quando interpretamos um texto, mergulhamos num acontecimento que envolve, ao mesmo tempo, nossa autocompreensão e a compreensão do texto. De maneira que nenhum código será “claro o bastante” diante de incautos “operadores do direito” (sic). Do mesmo modo que, me parece evidente, não é possível uma conclusão silogística entre a clareza e a justiça do direito penal.

4. A questão dos crimes de colarinho branco.

Concordo com o Ministro no sentido de que as penas “são muito pequenas”. Mas há que se ter cuidado para não torná-las simbólicas. Também não pode haver a contradição com a frase inicial do Ministro, no sentido de que “aumentar penas não resolve”... A questão que me parece fundamental está dita naquilo que referi no início, sendo a palavra-chave “equanimidade”. O que queremos do direito penal? Se ele tratar de modo privilegiado os crimes do colarinho branco, teremos sérios problemas de adequação à



Constituição. Mas, fundamentalmente, há outra questão: não adianta “endurecer” as penas dos crimes do colarinho branco, de um lado, e “amolecer”, de outro, com substituições de penas, cestas básicas, essas coisas que desmoralizam o sistema. Para mim, equanimidade (*fairness*) quer dizer: sem privilégios para o andar de cima. Só isso já é um bom começo. Porque privilégios para o andar de baixo nunca haverá.

5. Com relação aos crimes de menor potencial ofensivo.

Penso que isso é, sim, matéria para o novo Código. É o novo Código que tem que dizer o que é um crime de menor potencial ofensivo e não uma lei procedimental. É o bem jurídico que deve nortear esse balizamento. Caso contrário, teremos a continuidade da teratologia de hoje, em que a invasão de domicílio armado é considerada crime de MPO. E abuso de autoridade também... E fraude à licitação? Paga cesta básica? Quem regula isso? O Código? Ou é uma questão de procedimento?

6. A secularização do direito. Podemos punir vícios e comportamentos?

Estou curioso para saber como o projeto trata de uma questão muito importante nestes tempos de democracia. Trata-se da secularização. Ou seja, não se pode mais pensar em punir vícios e comportamentos sociais. O primeiro artigo do Código deveria estabelecer que está derogada a malsinada Lei das Contravenções Penais. Esse tipo de lei é fruto de uma dada sociedade, em que se buscava fazer um controle moral sobre as pessoas. Basta ver o conteúdo dos tipos que compõem a LCP. É um *behaviorismo* criminal. Como bem diz Ferrajoli, no Estado Democrático, o Estado está proibido de punir vícios e comportamentos (ou meros comportamentos). Aliás, faz mais de 20 anos que coloco a minha estranheza acerca dos motivos pelos quais não houve a suscitação da inconstitucionalidade da LCP. O porteiro do Tribunal a declararia contra a ordem democrática. O que dela pudesse restar (disparo de arma de fogo, por exemplo) não é matéria contravencional. Assim, gostaria de saber o que o projeto tem a dizer sobre casa de prostituição, coisa que é praticada em qualquer canto do país. Onde não tem lupanário? Vão continuar proibindo? Para quem? Para os lupanários modorrentos? E as casas de massagem nas grandes cidades? Estas podem? Ora, praticar a secularização é deixar a hipocrisia de lado. Ou se libera a *zona* (sic) ou se proíbe para todos, e não libera somente para as camadas dominantes... Crime de dano? Esbulho? Isso não é matéria criminal. E assim por diante. Um novo Código deve filtrar esses elementos todos! Espero que o projeto tenha isso muito claro.

7. Com relação ao aborto.

É importante enfrentar essas questões. Só penso que é temerário falar em aborto que depende das condições da mulher (por exemplo, uma cracolôga ou uma mulher que não tenha condições econômicas para criar o filho...). Isso não seria uma espécie de eugenia? Mais: a meu ver, ao reconhecer – corretamente – o direito de abortar feto anencéfalo, o STF o fez sob o argumento de que esse feto não é vida (argumento principal). Entretanto, uma coisa parece tabu na comunidade jurídica. Se feto é vida e a vida é protegida, como é possível que o Código admita – como já vem fazendo há mais de 70 anos – que se “mate” um feto normal, nos casos de estupro? Atenção: estou apenas aqui referindo que a discussão talvez deva ser deslocada do “fator vida do feto” em direção à questão da mulher, como foi o caso *Roe v. Wade*, nos EUA. Sob pena de redescutirmos o aborto de fetos decorrentes do crime de estupro.



Certamente essa questão dará pano para mangas no parlamento brasileiro.

8. Tipificação da eutanásia.

Criminalizar a eutanásia (quando por piedade e a pedido de paciente terminal, capaz, ceifa-lhe a vida) e excluir a ortotanásia (deixar de administrar medicamentos que mantenham vivo paciente nas mesmas condições, com a diferença de que aqui a morte é inevitável, mas a vida é prolongável), soa-me incoerente. O que norteia é o saber médico ou a vontade do paciente?

9. O problema do tráfico de drogas.

O Código Penal tem a oportunidade de enfrentar essa problemática bem de perto. E terminar com a teratologia decorrente de recente alteração legislativa, pela qual, a despeito de aumentar a pena mínima de 3 para 5 anos, trouxe uma diminuição de até 2/3 para os casos de réu primário com o que a pena fica reduzida a 1 ano e 8 meses. Ou seja: aumenta ou não aumenta? Mais: e essa benesse da primariedade reduzir até 2/3 a pena? Poderia ser utilizada nos casos de furto e roubo? Ou estupro? Espero que o novo Código avance para além dessas questões de ausência de proporcionalidade, isonomia e igualdade de tratamento. Há que se dar um fim às políticas legislativas *ad hoc*.

10. Com relação à tipificação do terrorismo.

Efetivamente essa é uma questão absolutamente complexa. Não deveria ser, mas no Brasil essa é uma coisa que está ainda muito recente entre nós. Disse o Ministro que elaborou um parágrafo para excluir as atividades do MST. Ocorre que uma lei não pode ser feita pensando que se podem abarcar todas as hipóteses de aplicação. A complexidade social “não cabe na lei”. Essa lei já sai, por assim dizer, “casuística”. Qualquer grupo pode cometer terrorismo, dependendo do que se venha a entender por “terrorismo”. O que não pode haver é uma espécie de “terrorismo consentido” ou “terrorismo com álibi prévio”. Penso que o problema não está no parágrafo “dirigido” ao MST, mas, sim, na tipificação “em si”. É nela que devemos nos focar. De todo modo, pensar em tipificar o terrorismo por causa da Copa e das Olimpíadas e ter na mira o terrorismo internacional não parece um indicativo adequado, pela simples razão de que a pena aqui proposta não passa nem perto das penalizações de países como Estados Unidos, Inglaterra, Espanha, Alemanha. Portanto, nossa tipificação não os assustará. Pelo contrário. Se for por isso...

11. A tipificação de crimes de perigo abstrato, de mera conduta, etc.

A criação do crime de enriquecimento ilícito, olhando a vôo de pássaro, parece interessante. Entretanto, temo que seja mais um tipo de perigo abstrato ou daqueles tipos penais em que se protege não um bem jurídico, e sim a norma. Já temos muitos tipos assim, como os casos de porte de arma, em que há, na verdade, responsabilidade objetiva. E pouquíssimos juristas têm coragem de denunciar que, nestes casos, ocorre a violação da presunção da inocência e do devido processo legal. Também a lei seca entra nessa discussão (do modo como está, uma pessoa passa Listerine e será pega na blitz; e sabemos como as blitz no Brasil são democráticas...). O novo Código defende bens jurídicos? Pode ser. Mas, pergunto: “segurança viária” é bem jurídico? Nos tipos penais desse jaez, o cidadão não pode se defender, demonstrando, por exemplo, que usa a espingarda para se proteger, no caso do porte ilegal, etc. Não.



Basta a tipificação. Nesse sentido, já que o novo CP se pretende adequado à Constituição, poderíamos pensar em discutir essa questão mais amiúde, ou seja, tipos penais abstratos, que geram responsabilidade objetiva, são compatíveis com a Constituição? Penso que esse é o momento para discutirmos isso. Dar um tiro para o alto para espantar cabritos em uma plantação de mandiocas é “disparo de arma de fogo”? Sim? Não? Pois há várias condenações à pena de 2 anos por isto. Eu mesmo atuei em mais de um caso desse tipo. Uma teoria do direito penal-processual consistente poderia resolver essas aporias. O problema é que, posto na lei, tornamo-nos (quase) todos exegéticos. A saída para esses casos seria simples, bastando aplicar a tese da nulidade parcial sem redução de texto, como proponho em meu *Verdade e Consenso*. O que quero dizer é que, ou consertamos logo essas coisas ou depois não dá mais.

12. A criminalização da homofobia e a perigosa expansão do direito penal.

Isso está dentro de uma onda do “politicamente correto”, numa tentativa de introduzir uma novilíngua (pensemos sempre em Orwel, no seu *1984*). Mais uma tentativa de o Estado punir vícios e comportamentos sociais. Isso não é coisa para o direito penal. Temos que cuidar para não nos tornarmos esquizofrênicos. Lembro-me de uma conferência que fiz com Alessandro Baratta, nos idos dos anos 90. Estávamos em um Congresso que tratava de violência contra a mulher. Todas as mulheres ali presentes eram de esquerda. E todas, no seu cotidiano, defendiam o direito penal mínimo. Mas com relação à violência contra a mulher, todas queriam direito penal máximo. Direito penal não servia para nada (no discurso do cotidiano). Mas, no ponto tratado (violência contra a mulher), ele passava a se tornar condição de possibilidade. Então, Baratta disse: somos esquizofrênicos. Queremos de um lado, minimalismo; de outro, maximalismo. Depende do que nos interessa. Pois é. Criminalizar a homofobia entra nessa esquizofrenia. O mesmo vale para violação de prerrogativas de advogados. Ora, se não conseguirmos fazer com que os magistrados respeitem as prerrogativas dos advogados, será que conseguiremos sob a ameaça da criminalização? E alguém acha que isso daria certo? Alguém acredita na condenação de um juiz por cometimento do crime de desrespeito das prerrogativas de um advogado? No Brasil? Não vamos estroinar com a massa de bacharéis...

13. A questão dos jogos de azar (de novo a expansão).

Essa da tipificação do jogo de azar é um sintoma dos problemas que venho apontando. No fundo está a questão histórica do jogo do bicho e o que “está por trás”. Esse discurso já era problemático há algum tempo. Hoje, quando o jogo de azar (basta ver o tipo penal criado: se você faz uma aposta com seus amigos sobre quem fará o primeiro gol no jogo... comete crime) é todo (ou quase) comandado pelo poder público, com mil loterias... Ora, o problema não é mais penal, e sim econômico. Quer dizer, o Estado pode, pois não? Ao meu sentir, bastaria liberar e criar mecanismos seguros (os bicheiros já propuseram, para ser mais sério o controle que as loterias) de arrecadação. O que acabaria mesmo é esse discurso errôneo de que por trás do bicho está a tráfico. Não é verdade isso. Não há prognose a esse respeito. O tráfico é muito maior que o bicho; só que não tem o “glamour”, etc. Portanto, há que se cuidar para não recair no discurso dos anos 70. No fundo – e aqui se vê também – está o direito penal do risco... De novo.

Por derradeiro – e sempre pensando em agregar valor ao projeto e aos esforços empreendidos pela Egrégia Comissão (que merece todos os cumprimentos) –, insisto no ponto: o projeto terá que responder à questão acerca de qual é o papel do direito penal no Estado Democrático de Direito. O direito penal



não trata de “coisas boas”. Isso é evidente. Tampouco é instrumento de transformação da sociedade ou do indivíduo. O direito penal não serve para resolver problemas. Ele é um problema! 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. Assim, dizer que o direito penal, historicamente, criminaliza a pobreza parece, hoje, uma obviedade... O problema é: o que fazer com ele? Extingui-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? Até agora tem sido assim. Isso continuará? Como o projeto responde a isso?

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 vingança dos setores dominados da sociedade contra a histórica criminalização dos pobres. 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”. Punir é (também) um ato civilizatório. 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. 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 objetivos da República é erradicar a pobreza, não significa que isso será alcançado utilizando o direito penal; *mas isso também não 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. Penso que sim.

Date Created

08/05/2012