

OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O ATUAL ESTADO DO DIREITO PENAL

Aula Magna com a Exma. Sra. Ministra aposentada do Supremo Tribunal Federal, Doutora Ellen Grace Northfleet, proferida na Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio Grande do Sul, em outubro de 2018, em alusão aos 30 anos da Constituição Federal da República do Brasil e em atenção ao convite da Diretora-geral, Doutora Rosângela Herzer dos Santos.

Professor Doutor Alexandre Wunderlich

I. O TEMA: O DIREITO PENAL COMO REFLEXO DO SEU TEMPO

Senhores e senhoras, o tema que me foi destinado para esta Aula Magna tem como objeto os 30 anos da publicação da Constituição Federal da República do Brasil e, com o passar de três décadas de sua vigência, a atual situação do Direito Penal. Para tanto, entendo necessário construir num pequeno contexto uma espécie de moldura que enquadre a minha manifestação a respeito.

Início lembrando que o Brasil é um país de poucas codificações criminais. A legislação portuguesa foi aplicada no período do Brasil-Colônia pelas chamadas “Ordenações Reais” – Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e as mais conhecidas entre nós, as Ordenações Filipinas (1595-1603).

Proclamada a independência do Brasil em 1822, foi sob a égide da primeira Constituição Nacional de 1824, que, em 1830, entrou em vigência o nosso **primeiro Código Penal**, que perdurou hígido até a publicação do **Código Penal Republicano dos Estados Unidos do Brasil**, datado de 1890. Essa legislação transcorreu os anos de 1890

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

até 1940 quando, no cognominado Estado Novo, adotamos o atual e, ainda vigente, **Código Penal**. No curso histórico, portanto, temos poucas codificações.

Do ano de 1940 até a publicação da Constituição Federal de 1988, tivemos uma importantíssima reforma na legislação penal, fundamentalmente com as publicações da **nova Parte Geral do Código Penal** e da **Lei de Execução Penal**, ambas de 1984. Leis que, em meu juízo, honraram a técnica jurídica e criaram forte tendência humanista nas ciências criminais, sobretudo em sede de execução das penas. Em que pese o tratamento da Parte Geral do Código Penal e da matéria atinente à Execução Penal, **não houve alteração na Parte Especial da Codificação**, no que limita aos chamados **crimes em espécie**.

Esse assunto – **o processo de criminalização e/ou descriminalização de condutas humanas – tem sido tratado ao longo do tempo, pontualmente, em legislações especiais**, sem que fosse realizada uma reforma geral no sistema jurídico de infrações penais. As codificações criminais são antigas, sendo que as últimas, ainda inspiradas na década de 30, foram publicadas durante a vigência da Constituição de 1937.

Ao contrário do que é comumente publicizado nos meios de comunicação, numa análise técnica e comparativa, penso que, cientificamente, **a legislação penal brasileira não é leniente**. Aliás, é cediço que o nosso cipoal de leis carrega uma forte influência de modelos de ideologia autoritária e, até certa medida, do próprio direito penal vinculado ao nazismo do Partido Nacional Socialista alemão de Adolf Hitler (1933-1945), estruturado a partir dos conceitos de “comunidade do povo” e “são sentimento do povo”, na busca pela profusão da violência e do fascismo italiano de Benito Mussolini (1922-1943), construído a partir da “subordinação do indivíduo à nação” [JIMÉNEZ DE ASÚA, L.]

No contexto normativo, fruto da experiência democrática pós regime ditatorial, é bastante óbvio que **a Constituição Federal foi inovadora, tratando-se de um positivo marco essencial na história do Direito Penal**. Observando-se o Código Penal de 1940, ainda que com a sua Parte Geral redesenhada em 1984, e, após a publicação da Lei de Execução Penal naquele mesmo ano, a Constituição Federal inova ao trazer uma série de

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

direitos e garantias essenciais à democracia, justamente em contraposição à legislação endurecida fruto do pensar da década de 30 e na linha do que as reformas de 1984 haviam antecipado.

Dessarte, é incontroversa a força normativa da Constituição Federal no âmbito de incidência do Direito Penal brasileiro. A Constituição funciona – deveria funcionar –, como bússola para legislações criminais ordinárias e como fonte para a eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos, com a consequente fixação de garantias e direitos aos indivíduos [GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, V.].

Hoje, vejo o Direito Penal brasileiro normatizado e consagrado como fruto da ciência, como um instrumento de controle social que ainda é necessário, como, aliás, ocorre no mundo civilizado. O Direito Penal da Constituição que agora completa 30 anos é o Direito Penal inserido no seu **mundo circundante**, um mundo ao qual correspondem valores e fins próprios e que forma a consciência jurídica relativa ao momento experimentado, sendo um verdadeiro instrumento orientador e condicionador da realização em concreto de valores e fins [REALE JÚNIOR, M.].

II. O GIRO DE EIXO DO DIREITO PENAL NO BRASIL

Indiscutivelmente, o Direito Penal assentado no período pré-constitucional era mais autoritário do que o atual Direito Penal constitucionalizado, eis que vivemos regimes jurídicos diferentes, o **autoritarismo** e o **democrático** – ainda que tenhamos experimentado o sopro humanista das Reformas Penais de 1984.

De fato, é a partir de 1988 que inauguramos um importante processo de transição, um processo de filtragem das leis penais, afinal, uma série de princípios constitucionais começaram a orientar o Direito Penal. Resumidamente, a constitucionalização do Direito Penal, fruto do movimento do constitucionalismo democrático do século XX, valorizou o homem – a partir da construção jurídica do postulado da dignidade da pessoa humana.

No meu sentir, **em 1988 ocorre o grande giro de eixo de sustentação do Direito Penal brasileiro**. A preocupação do Estado com a defesa social, com a **tutela da**

sociedade, passa a dar espaço e a conviver com a preocupação com o cidadão, com a **tutela do indivíduo**, recebendo os direitos individuais uma elevada dimensão.

III. O QUE SE ESPERAVA DO DIREITO PENAL PÓS 1988?

Evidentemente, a expectativa criada para o período posterior à publicação da Constituição Federal de 1988 era no sentido do abandono das ideologias passadas, de Segurança Nacional, por exemplo, com a superação de certos ranços originários dos regimes autoritários. Havia um rico ambiente democrático, diria eu até esperançoso, pois projetava-se a efetivação do Estado de Direito, com a adoção dos postulados de liberdade.

Era muito previsível, pois, especialmente para a geração de penalistas da qual faço parte, que desenvolveríamos uma **política criminal** embasada nos princípios e nas recomendações da Constituição Federal. Enfim, esperava-se que, com o novo corpo legal constitucional, o Direito Penal fosse menos seletivo, menos estigmatizante, menos arbitrário e, por consequência, mais humano. Havia esperança de que o período pós-Constituição fosse bom tempo para a construção de um Direito Penal subsidiário, fragmentário, e que funcionasse como *ultima ratio* do sistema jurídico: **um Direito Penal de tutela de bens jurídicos relevantes e limitador do poder punitivo do Estado** [LUISI, L.].

A época de abertura política inspirava a efetivação de direitos sociais e, com isto, era viável também a humanização da legislação infraconstitucional criminal e penitenciária. O início dos anos 90 foi marcado pela nossa proposta: a geração de penalistas promovia **um direito social máximo e um direito penal mínimo** [FERRAJOLI, L; ZAFFARONI, E. R.].

IV. HOJE: EM QUE ESTADO SE ENCONTRA, AFINAL, O DIREITO PENAL?

Penso, como antecipei, que o Direito Penal é o retrato fiel de um momento histórico pontual. O Direito Penal não é autônomo e independente do **mundo circundante, ao contrário, ele é o espelho deste mundo**. O Direito Penal está, pois, inserido na história e sendo ele, puro reflexo de condições sociais particulares.

Nesta quadra de tempo, nos anos que sucederam o período pós-Constituição, a sociedade sofreu mutações impressionantes, especialmente nas duas últimas décadas, seja em razão da chamada crise do paradigma moderno, seja pelo fato do nosso **projeto de sociedade, com liberdade, igualdade, fraternidade**, ter fracassado; em verdade, nos transformamos numa **sociedade punitivista, excludente e injusta**.

No plano do Direito Penal, o Estado vem construindo uma política criminal sensacionalista e demagógica, difundida há anos em nosso país: edita novas leis, com novos crimes, muitas vezes republica o que já existe e endurece penas, para que ficticiamente o imaginário social acredite que alguma providência está sendo tomada em relação à criminalidade [acreditar na redução da violência por fetiche pelas normas penais, **BINDER, A.**].

É certo que a Constituição Federal trouxe uma série de direitos e garantias constitucionais, mas é verdade que também impôs **deveres de incriminação** – foi o texto constitucional que deu dignidade penal a diversos bens jurídicos.

Então, o atual estado do Direito Penal é reflexo de uma política criminal reveladora do punitivismo da comunidade em geral, que, amedrontada, impõe um endurecimento do sistema jurídico-penal. Os políticos e os agentes públicos, como regra, atendem aos reclamos sociais, aparentemente condicionados pelas redes sociais. Assim, o Direito Penal pós 1988 é marcado pela criação de figuras penais a partir de comandos constitucionais e, como sempre é pressionado, o Direito Penal de hoje respira a partir de legislações de última hora, por meio de **legislações penais de emergência**.

Vivemos o Direito Penal da sociedade da pressa, o Direito Penal do imediatismo, da emergência pleiteada pelos palpiteiros de plantão que navegam na internet, muitos deles no anonimato. Infelizmente, a diluição das estruturas teóricas com o intuito de

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

facilitar o enfrentamento dos problemas complexos trazidos por esta sociedade é uma constância na práxis forense de hoje – problemas complexos de Direito Penal (e não só do Direito Penal, é verdade) são tratados a partir de uma visão redutora da realidade fática.

Em resumo, penso que o estado atual do Direito Penal pode ser diagnosticado a partir da constatação de **sete grandes problemas**.

Primeiro: o Direito Penal ainda convive com a inversão ideológica na escala axiológica de bens jurídicos tutelados.

O problema é antigo. Desde o princípio das codificações, a cada colocação em perigo ou lesão dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, conseqüentemente, há uma resposta do Estado. No Brasil, a escala axiológica está, desde sempre, ideologicamente invertida – v.g., o ataque ao patrimônio ainda recebe mais pena do que a lesão à integridade física. Recentemente, para se ter uma ideia, o tipo legal de crime de lavagem de dinheiro recebeu pena similar ao tipo de crime contra a vida, o que demonstra a irracionalidade de um sistema punitivo.

Segundo: o Direito Penal é marcado por um processo de hipercriminalização.

O inchaço deste Direito Penal que tudo criminaliza é outro problema de nossa época. Cada vez mais condutas são consideradas crime, pois nada escapa do Direito Penal. Não recorro de nenhuma política descriminalizadora ou do recurso a processos de descriminalização que tenham surgido nos últimos anos, ainda que pontuais. A moda tem sido a ampliação dos figurinos penais. E, ante o projeto punitivista do Governo Federal, é possível acreditar que seguiremos na proliferação de leis de emergência, na ampliação da cultura do controle, desprestigiando o Direito Penal de *ultima ratio*. A expansão do Direito Penal não é representada só pela criação de novos crimes ou de condutas preparatórias, mas também por diversos recursos político-criminais, v.g., o uso imoderado da norma penal em branco, dos tipos legais abertos, dos tipos de perigo abstrato e dos de omissão, da responsabilização penal dos entes

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

coletivos – no que constato o crescimento do Direito Penal do risco, que trata prioritariamente da criminalidade contemporânea ou não-convencional, e que tem gerado graves fissuras na clássica teoria geral do delito; e, no ponto, me permito advertir: não há responsabilidade criminal empresarial por presunção a partir de cargos ou funções, a responsabilidade penal ainda é pessoal.

Terceiro: o Direito Penal sofre com a diluição das categorias teóricas e com a adoção do fenômeno da “jurisprudencialização”.

Outro problema do Direito Penal dos nossos dias é a miserabilidade do debate jurídico. Invariavelmente, as grandes discussões dogmáticas ficaram restritas aos ambientes acadêmicos – ainda há alguns poucos centros de saber que desenvolvem pesquisas sérias e discussões qualificadas. A verdade é que a açodada dos julgamentos dos casos penais complexos tem se notabilizado, para além de uma espécie de “terceirização da jurisdição”, pela implantação do processo burocrático de reprodução de entendimentos jurisprudenciais – há uma facilitação do ato de julgar. Neste ponto, penso que também existe um afastamento da doutrina por parte do Judiciário. Aliás, este é um dos legados da **Operação Lava Jato, em meu juízo**. O Poder Judiciário vem criando novos modelos de aplicação da pena e de declaração de vícios processuais, para citar apenas dois exemplos deste *standard* que está sendo construído de forma divorciada da doutrina.

Quarto: o Direito Penal verticalizado e que mantém violações às garantias.

Outra constatação sombria é que o Direito Penal, para além de continuar sendo o braço pujante do Estado contra vulneráveis e hipossuficientes, também passou a atingir pessoas mais abastadas, fundamentalmente os praticantes da vulgarmente conhecida criminalidade de colarinho branco. No Direito Penal de hoje, empresários, agentes do mercado, executivos de alto escalão das grandes corporações e profissionais liberais passaram a frequentar com mais assiduidade a Justiça Criminal. O Direito

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Penal sai do subterrâneo e chega à cobertura dos prédios de alto padrão e aos condomínios de casas de luxo [detalhe, mudam os bens jurídicos, mudam os autores de crimes, seja pobre ou seja rico, mas as violações às garantias constitucionais persistem, violações diferentes, mas persistem – é fácil constatar os mandados amplos e as denúncias genéricas].

Quinto: o Direito Penal do condicionamento moral pela mídia.

O Direito Penal convive com a publicidade trazida pelos meios de comunicação e, mais recentemente, pelas redes sociais, que podem ser mais tóxicas e destrutivas do que a própria mídia. O problema está no condicionamento moral para julgamentos céleres, ainda que injustos. É um reflexo do nosso tempo. Todos nós estamos perdendo a capacidade de estabelecer relações pessoais presenciais, diminuindo nossas capacidades de diálogo, de conversa, de convívio. A mídia – em conceito amplo, como a imprensa, a televisão, a indústria do entretenimento etc. – ocupa uma função altamente poderosa na formação do senso comum, com a potencialização de fatos eleitos por “aqueles” que comandam os cordelinhos da comunicação – “alguém domina esta sociedade” e puxa esses “cordelinhos”; pode ver-se a manobrar a caça à vontade e a regular soberanamente os giros dos caçadores. [BAUDRILLAR, J.]

Sexto: o Direito Penal de ampliação de espaços de consenso.

Os acordos entre o Estado e o Investigado/Acusado em matéria criminal são novidade no Brasil e, ao que tudo indica, definitivamente vieram para fazer parte do Direito Penal atual. Basicamente, após a publicação da Constituição Federal, as Lei 9.099/95 e 12.850/13 possibilitaram a composição civil dos danos, a transação penal, a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada. O problema, a meu ver, não está na possibilidade do consenso em si, mas na forma instrumental de sua

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

aplicação. Faltam critérios sólidos e segurança jurídica no recurso aos institutos processuais consensuais. Penso que os acordos vieram para marcar o Direito Penal atual e que vetores seguros devem nortear suas aplicações – aliás, se nada vem funcionando bem no Direito Penal, não seriam esses novos acordos a funcionar.

Sétimo: o Direito Penal da inflação penitenciária e da degradação da vida humana.

Tristeza e desesperança são sentimentos que me marcam neste tempo em que o encarceramento é visto como única forma de punição efetiva. O Direito Penal de hoje produz um preocupante hiperencarceramento, promovido, sobretudo, pelo aumento dos discursos autoritários. Não conseguimos resolver o problema das prisões do Brasil, ainda que a Lei de Execução Penal de 1984 e a Constituição Federal de 1988 tenham trazido uma série de garantias aos presos. Até hoje o cenário das cadeias do país é deprimente. Vivemos 30 anos de Constituição Federal e a prisão segue sendo um local fétido e de degradação da vida humana.

V. FINAL

Como tentei deixar claro, na minha forma de pensar, o estado do Direito Penal é muitíssimo problemático. Passamos por crises de autoritarismos, o Direito Penal não melhorou o que era esperado pela nossa geração – há frustração de expectativa. O princípio básico da subsidiariedade do Direito Penal previsto nos manuais foi esquecido e hoje experimentamos um Direito Penal de *prima ratio*.

A Constituição Federal revelou-se como um fraco operador de mudanças e que, mesmo após a transição democrática brasileira, em certa medida, ainda que em nova roupagem, permitiu a convivência do novo com o velho ou, em outras palavras, de permanências autoritárias em plena democracia [CUNHA MARTINS, R.].

Ante às patologias não nos resta outra alternativa se não resistir a “*fuorza compulsiva de los hechos, sempre na defesa dos direitos*” [HINKELAMERT, F;

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

HERRERA FLORES, J.] É preciso recuperar a ação política dos seres humanos e formular uma filosofia multicultural dos seus direitos.

Quero terminar, para além de agradecer o honroso convite que me foi formulado pela ESA da OAB/RS, reforçando a necessidade de adesão à proposta do Garantismo Jurídico, que tem base na construção e adoção de um núcleo ético-jurídico-social mínimo de preservação e manutenção dos direitos humanos em nossa sociedade. Este é um caminho que pode responder à complexidade social e salvar o futuro do direito, do direito penal, e também o futuro da própria democracia [**FERRAJOLI, L.**].

No atual cenário brasileiro – promoção do discurso autoritário, em que existe crise de legalidade e déficit de garantias, com ampliação da intervenção penal e a falência carcerária – acredito, muito sinceramente, que é imperioso seguirmos na construção de um sistema rígido de garantias, como premissa de Estado e para a segurança jurídica dos cidadãos.

Muito obrigado pela atenção.