

CONSTITUIÇÃO E POLÍTICA CRIMINAL

Sebastião Augusto de Camargo Pujoll

A teoria geral do direito constitucional e o direito constitucional comparado apresentam diversas classificações para as constituições contemporâneas, dentre as quais avulta a *constituição suave (ou constituição dúctil)* de *Gustavo Zagrebelsky*, jurista italiano que integrou e presidiu a Corte Constitucional daquele país e que defendia a tese de que a constituição não contém exageros e exprime o pluralismo social, político e econômico da sociedade não consagrando preceitos impossíveis de serem concretizados^{1 2}.

Sobre o caráter das Constituições modernas diz *Gustavo Zagrebelsky* em tradução livre feita pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes em citação de determinado voto de julgado do Supremo Tribunal Federal :

(...) As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma” (Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil : ley, derechos, justitia. Traducción de Marina Gascón. 9.º Edição. Editorial Trotta S.A., Madrid, 2009, p.13).

O citado publicista italiano explica que o pluralismo constitui uma exigência constitucional de toda sociedade pluralista que quer preservar-se como tal. Disso decorre a não prevalência de um só valor e de um só princípio, mas sim a salvaguarda de vários simultaneamente. Nesse diapasão convém pôr de ressalto que no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 o constituinte fez expressa referência a uma sociedade pluralista. E mais ainda. O constituinte inseriu no artigo 1.º, inciso V, da CF/88 o pluralismo político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

¹ Professor Mestre do Curso de Direito, no Centro Universitário Padre Anchieta (UNIANCHIETA)

² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional* Editora Saraiva.2008, p.35.

Por outro lado o constitucionalista José Afonso da Silva anota no seu clássico curso de direito constitucional positivo, nas primeiras páginas, na informação ao leitor, que o constituinte fez uma opção muito clara por uma *Constituição abrangente*, assumindo a característica de *constituição-dirigente*, enquanto define fins e programa de ação futura, numa verdadeira orientação social democrática e dinâmica.

Feita essa introdução da teoria geral do direito constitucional, destaca-se que a respeito da Política Criminal o constituinte fez uma opção pluralista, assimilando tanto os preceitos do direito penal máximo ou direito penal da lei e da ordem (orientado pela expansão das medidas repressivas) quanto as concepções do direito penal mínimo (pautado pela mínima intervenção, em que a Constituição figura como limite intransponível à atuação punitiva do Estado).

Senão vejamos.

A Constituição da República de 1988 no Título II (*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*), capítulo 1 (*Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*), estipula, no artigo 5.º, inciso XLII, que *a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*; e no inciso XLIII, que *a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*. Com Gilmar Ferreira Mendes²³ considera-se que tais disposições legais configuram verdadeiros **mandados constitucionais de criminalização** e, destarte, manifestações constituintes do denominado **direito penal máximo**.

E paradoxalmente a isso, a mesma Constituição Federal de 1988 estipulou, no artigo 98, inciso I, a previsão da criação de Juizados Especiais Criminais para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, o que caracteriza manifestação do denominado **direito penal mínimo**.

³ MENDES, Gilmar Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. Editora Saraiva. 8.º Edição. 2013, p.474.

Levando-se em conta as disposições constitucionais suso-citadas tem-se que o constituinte deferiu ao legislador ordinário liberdade de escolher a política legislativa criminal que entender mais adequada em busca da reta razão para enfrentamento da criminalidade.

E assim é que logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 o legislador ordinário promoveu tratamento diferenciado às diversas formas de criminalidade com base nas premissas constitucionais do direito penal mínimo e do direito penal máximo.

Bem por isso, tendo como ponto focal as premissas do direito penal mínimo, o legislador infra-constitucional promulgou a Lei Federal 9.099 de 26 de setembro de 1995, conhecida como Lei dos Juizados Especiais Criminais – *JECRIMs*, introduzindo no ordenamento jurídico quatro institutos denominados pela doutrina de despenalizadores, quais sejam : o acordo civil, a transação penal, a suspensão condicional do processo e a necessidade de representação criminal como condição específica de procedibilidade para os delitos de lesões corporais leves dolosas ou culposas. E logo depois disso, sob a mesma batuta do direito penal mínimo, foi promulgada a Lei Federal 9.714 de 25 de novembro de 1998 ampliando as denominadas penas alternativas no direito penal brasileiro.

E sob a vertente do direito penal máximo, após a edição da Constituição Federal de 1988, foram promulgadas diversos diplomas repressivos, tais como a Lei 8.072 de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos) e a Lei 9.034 de 03 de maio de 1995 (Lei do Crime Organizado), posteriormente revogada pela recente Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013, conferindo tratamento mais severo para a criminalidade grave. A prudência da filosofia aristotélica já apontava no mundo antigo que a verdade encontra-se no meio termo. *Virtus in medium est*. Nem direito penal mínimo e tampouco direito penal máximo. Nesse sentido merece citação a lição da dogmática alemã acerca do princípio da proporcionalidade em sua dupla vertente de *proibição de excesso* e *proibição de proteção deficiente ou insuficiente*. Se de um lado é necessária a prevalência dos axiomas do garantismo penal, lado outro a defesa social não pode ser colocada num segundo plano sob pena da população ser desprotegida face à expansão da macrocriminalidade da sociedade de risco deste novo milênio.

E esse é o desafio do legislador penal de identificar a justa medida para proteção suficiente dos bens jurídicos penais sem excessos e sem proteção deficiente. O pêndulo da história do direito penal brasileiro vem demonstrando que este oscila entre o direito penal máximo como se viu na doutrina da segurança nacional e o direito penal mínimo das cestas básicas.

O sempre lembrado criminalista Manoel Pedro Pimentel já assentava que o crime não tem causas, mas sim fatores. O crime seria um fenômeno social inexplicável pela lei da causalidade, podendo ser avaliado pelas leis estatísticas com o escopo de formular-se um quadro de sua fatoraçoão criminógena.

Citando *Walter Reckless*, que foi conceituado professor de sociologia da *Ohio State University*, Manoel Pedro Pimentel assinala que são três as principais teorias criminológicas que procuram explicar a gênese dos delitos, a dizer : 1) *teoria biológica e constitucional* – também chamada escola de biologia criminal : defende a tese de que os móveis principais do desvio de conduta se encontram na estrutura hereditária física e mental do indivíduo; 2) *teoria psicogenética* segundo a qual a formação do caráter antissocial depende dos defeituosos relacionamentos familiares nos primeiros anos de vida; 3) *teoria sociológica* que entende que as pressões e as influências do ambiente social geram o comportamento delinquente.

Como já se disse alhures, se o preço da liberdade é o crime, há que se lembrar que o direito é liberdade, mas é liberdade limitada pela presença da liberdade dos outros. Na definição clássica de Immanuel Kant Direito é o *conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode acordar-se com o arbítrio de um outro segundo uma lei universal da liberdade*. Assim, a lei universal do direito recomenda: “*age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal*”.

Espera-se, pois, do legislador penal a prudência necessária para eleger a adequada política criminal ao editar normas penais incriminadoras seguindo a concepção de que a Constituição representa limite positivo ao Direito Penal, condicionando a proteção penal à natureza de direito fundamental do bem jurídico a ser tutelado, localizando o justo equilíbrio entre liberdade e segurança.

E mais ainda. Espera-se do legislador penal que siga as regras editadas pela Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998 que *dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.*

Alfim, espera-se do legislador penal que também siga as disposições do Decreto Federal n. 4.176, de 28 de março de 2002, que *estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências, notadamente sob a rubrica da Lei Penal, que dispõe : Art. 11. O projeto de lei penal manterá a harmonia da legislação em vigor sobre a matéria, mediante: I - a compatibilização das novas penas com aquelas já existentes, tendo em vista os bens jurídicos protegidos e a semelhança dos tipos penais descritos; e II - a definição clara e objetiva de crimes. Parágrafo único. A formulação de normas penais em branco deverá ser evitada.*

Assim agindo, seguindo essas premissas o legislador penal estabelecerá a Política Criminal em consonância com os preceitos constitucionais.

BIBLIOGRAFIA PESQUISADA

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional* Editora Saraiva. 2008.

ESTEFAM André e Victor Eduardo Rios Gonçalves. *Direito penal esquematizado : parte geral*. Coordenador Pedro Lenza. Editora Saraiva. 2.º Edição. 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. Editora Revista dos Tribunais. 6.º Edição. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. Editora Saraiva. 8.º Edição. 2013.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. Edita Revista dos Tribunais. 1983.

SILVA, José Afonso de. *Curso de direito constitucional positivo*. Editora Malheiros. 28.º Edição. 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil : ley, derechos, justitia*. Traducción de Marina Gascón. 9.º Edição. Editorial Trotta S.A., Madrid, 2009.