

2. DOUTRINA NACIONAL

2.3

CRISE (S) PARADIGMÁTICA (S) NO DIREITO E NA DOGMÁTICA JURÍDICA: DOS CONFLITOS INTERINDIVIDUAIS AOS CONFLITOS TRANSINDIVIDUAIS

A encruzilhada do direito penal e as possibilidades da justiça consensual

LENIO LUIZ STRECK

Resumo: O autor trata da inadequação do Direito para solucionar os problemas existentes na sociedade, especialmente frente aos novos tipos conflitos, os transindividuais. Neste sentido, no âmbito do direito penal, é feita uma análise do direito penal mínimo e da justiça consensual como soluções frente a essa nova realidade.

Palavras-chave: Direito penal mínimo – Justiça consensual – Direito penal constitucional – Conflitos transindividuais – Dogmática jurídica.

1. Algumas questões aparecem hoje como consensuais no plano dos debates acadêmicos em nosso país: a de que o Direito e sua instrumentalização passam por uma profunda crise, ao ponto de o Congresso Nacional, acodadamente, tentar aprovar uma reforma do Judiciário, cujos reflexos certamente ainda não foram bem avaliados pelos juristas brasileiros (súmulas vinculantes, ação de interpretação de lei, extinção do controle difuso de constitucionalidade, etc).

2. A crise se estabelece no hiato existente entre uma Constituição Federal que coloca à disposição da comunidade jurídica um conjunto de direitos e os mecanismos para a sua implementação, e uma sociedade carente de tais direitos, no interior da qual o acesso à justiça tem sido (só) negado à imensa maioria da população. A *inefeti-*

vidade do aparelho judiciário coloca a lume uma das funções específicas da função do Estado: a jurisdição. Mais do que isto, é necessário que se questione a função do Direito nesse (novo) modelo instituído pela CF/88, que é o Estado Democrático de Direito, levando em conta a relevante circunstância de que *a Constituição é principiológica, dirigente e vinculativa.*

3. Em nosso país, não há dúvida de que, sob a ótica do Estado Democrático de Direito – *em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social* –, ocorre uma desfuncionalidade (que para o *establishment* é a sua própria funcionalidade) do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei. A dogmática jurídica brasileira está assentada em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa desfuncionalidade. Ou seja, *não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem desse Direito produto de um modo (modelo) liberal-individualista-normativista de produção de direito.*

4. Assim, a partir disso, pode-se dizer que, no Brasil, predomina/prevalece (ainda) o modelo liberal-individualista-normativista de Direito instituído para resolver disputas interindividuais, ou, como se pode perceber nos *manuals* de Direito, disputas entre Caio (*sic*) e Tício (*sic*): se Caio inva-

dir a propriedade de Tício, é fácil para o operador do Direito resolver o problema. Neste caso, a dogmática jurídica coloca à disposição desse operador um *prêt-à-porter significativo*, contendo uma resposta pronta e rápida (ou seja, é um esbulho!). Mas, quando Caio e milhares de pessoas sem teto ou sem terra ocupam a propriedade de Tício, ou quando ocorrem desfalques provocados pela quebra de bancos, evasão de divisas, sonegações de impostos e contribuições sociais (vide o presente natalino concedido aos sonegadores proporcionado pelo art. 34 da Lei 9.249/95), os juristas – inseridos nessa crise paradigmática – só conseguem “pensar” o problema a partir da ótica liberal – individualista.

5. Como respondem os juristas a esses problemas, produtos de uma sociedade complexa, em que os conflitos (cada vez mais) assumem uma dimensão *transindividual*? Na primeira hipótese, se a justiça tratar da invasão/ocupação de terras do mesmo modo que trata os conflitos de vizinhança (Caio *versus* Tício, ou A *versus* B), as consequências são gravíssimas (e de todos conhecidas...!). Na segunda hipótese (crimes de colarinho branco e similares), os resultados são assustadores, bastando, para tanto, examinar a pesquisa realizada pela Procuradora da República Ela Castilho,¹ 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!* Enquanto isso, enfrento, cotidianamente, na Câmara Criminal em

que atuo, processos nos quais pessoas são condenadas – em primeira instância – por furtar um tubo de cola Superbonder (usado), avaliado em R\$ 1,25; ou dois indivíduos que foram condenados a 2 anos de reclusão por terem furtado (*sic*) 9 peixes tipo “traíra” de um açude; ou um *habeas corpus* a favor de um jovem de 19 anos, preso há mais de 11 meses, por ter furtado alguns passarinhos; ou, ainda, duas mulheres condenadas por terem tentado furtar, em um supermercado, mercadorias avaliadas em R\$ 7,71...

6. Sinteticamente, no plano da avaliação da crise é possível apontar, com Faria,² no âmbito da magistratura – e creio que o raciocínio pode ser estendido às demais instâncias de administração da justiça –, *dois fatores que contribuem para o agravamento dessa problemática*: o excessivo individualismo e o formalismo na visão de mundo. *Este é o cerne da crise de paradigma*. Por isso, o Judiciário e o Ministério Público não podem encarar o Direito sob a ótica de “uma simples administração da lei” (Faria, *op. cit.*), proveniente de um “legislador racional”. O promotor de justiça e o juiz de direito não são “*outsiders*” do “sistema”. Eles fazem parte dele. Neles devem intervir. É a Constituição que determina/autoriza.

7. Lamentavelmente, o jurista tradicional não se dá conta dessa problemática. Resumidamente, com isso se explica a crise de paradigma: o “mercado” brasileiro de direito gerou demandas/expectativas que não têm mais condições de serem atendidas pelo modelo (modo) liberal-individualista-normativista de produção de direito.³

(1) Consultar CASTILHO, Ela Volkmer de. *O controle penal dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

(2) FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995, p. 14 e 15.

(3) Nesse sentido, ver estudo que desenvolvo no livro *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

É necessário uma mudança na postura dos operadores jurídicos. *Romper com este paradigma anti-garantista de dogmática jurídica e/ou ultrapassar os obstáculos que impedem o resgate das promessas da modernidade, é tarefa que se impõe aos juristas* (mormente os que têm poder para isso, como juízes e promotores!). É dizer, em outras palavras, que há, hoje, “uma valorização das categorias jurídicas (soberania) não só para compreender as atribuições básicas do aparato estatal, mas como também para apontar no Direito saídas possíveis para superar a crise de legitimidade atinente ao Estado Providência”⁴. Isto passa pela visão de que a Constituição é um espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade (Ribas Vieira), podendo/devendo ser vista/entendida “precisamente como zona más o menos segura de mediación, aparte de la habitual entre legalidad y legitimación, también – más radicalmente y vinculado a todo ello – entre legitimidad y justicia”⁵. A partir disso, há que se ter claro que *principios valem, regras vigem* (Bonavides), sendo a *violação de um princípio muito mais grave que a transgressão de uma norma* (Bandeira de Mello), tudo porque – *e não deveria haver qualquer novidade nisto* – todas as normas constitucionais são vinculativas e têm eficácia, podendo-se dizer que hoje *não há normas programáticas* (Canotilho). Qualquer norma infraconstitucional deve passar, necessariamente, pelo processo de contaminação constitucional (*validade como questão primária e vigência como questão secundária* – Ferrajoli).

8. É nesse contexto que devemos trabalhar a temática relativa à justiça consensual (e suas possibilidades). Novas formas de resolução de conflitos são bem vindas,

como os Juizados Especiais Criminais. Tais mecanismos devem ser aperfeiçoados, *adequando-os à principiologia da Constituição*, uma vez que – e isto parece evidente – o legislador não possui discricionariedade (carta branca) para incluir e excluir delitos passíveis da barganha ou até mesmo da suspensão do processo.

9. Todas as normas da Constituição têm eficácia,⁶ e as assim denominadas normas “programáticas” como as que estabelecem a busca da igualdade (redução da pobreza, proteção da dignidade etc), *comandam a atividade do legislador*, buscando alcançar o objetivo do constituinte. Esse comando (que é uma ordem de legislar)⁷ traz implícita – por exemplo, no campo do direito penal – *a necessária hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas*.

10. Nesse sentido, vem a magistral lição de Palazzo, para quem, enquanto as

(6) Torna-se despidiendo elencar, aqui, os constitucionalistas cujos posicionamentos apontam para a ampla eficácia de todas as normas da Constituição (Canotilho, Jorge Miranda, Paulo Bonavides, para citar apenas alguns).

(7) Entendo que o direito, no Estado Democrático de Direito, tem uma *função transformadora*, sendo, pois, um *plus* normativo em relação ao Estado Social e ao Estado Liberal. A Constituição estabelece as diretrizes econômico-políticas para o desenvolvimento do Estado. Como bem ressalta Canotilho, o princípio da democracia econômica e social constitui uma autorização constitucional no sentido de o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional *adotarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a ótica de uma “justiça constitucional” nas vestes de uma “justiça social”*. O princípio da democracia econômica e social *impõe tarefas ao Estado* e justifica que elas sejam tarefas de conformação, transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais, de forma a promover a igualdade real entre os cidadãos. Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 468.

(4) VIEIRA, José Ribas. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p. 41.

(5) Cf. DIAZ, Elias. *Ética contra política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 34.

indicações constitucionais de fundo (que atuam no sentido da *descriminalização*) são, ainda, expressão de um quadro constitucional característico do Estado Liberal de Direito, pressupondo, outrossim, uma implícita relação de “tensão” entre política criminal e direito penal, *as vertentes orientadas no sentido da criminalização traduzem a expressão de uma visão bem diversa do papel da Constituição no sistema penal*: as obrigações de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos, não infreqüentemente característicos do novo quadro de valores constitucionais e, seja como for, sempre de relevância constitucional, *contribuem para oferecer a imagem de um Estado empenhado e ativo (inclusive penalmente)* na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultra-individual e coletivas, exaltando, continuamente, *o papel instrumental do direito penal com respeito à política criminal*, ainda quando sob os auspícios – por assim dizer – da Constituição.⁸

11. O jurista italiano afirma, ainda, que junto às expressas cláusulas de penalização – não esqueçamos que, no Brasil, há o comando expresso de penalizar com rigor os crimes hediondos, da tortura, do racismo etc – *existem outras que, tacitamente, obrigam o legislador a estabelecer penalizações*. Isto porque o que se acha no bojo da ordem constitucional e impõe a proteção penalística dos valores, mesmo não sendo objeto de uma cláusula expressa de penalização, *há, de qualquer modo, de ser entendido como parte integrante do que foi expressamente afirmado pelo constituinte*.⁹

12. Assim, de um lado temos a Constituição apontando para uma descriminali-

zação de condutas,¹⁰ e para uma justiça consensual (art. 98),¹¹ *destinada justamente para os delitos que não colocam em xeque os objetivos do Estado Democrático de Direito*, é dizer, os bens jurídicos de âmbito coletivo, e, de outro, a mesma Constituição apontando para uma necessária criminalização de condutas que se contrapõem aos objetivos previstos no texto constitucional (redução da pobreza, saúde para todos etc). *É neste meio-fio que deve andar o legislador e o operador do Direito*.

13. Dito de outro modo, não há dúvida, pois, que as baterias do Direito Penal, no plano do Estado Democrático de Direito, *devem ser direcionadas preferentemente para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado*. Ou seja, no Estado Democrático de Direito – instituído no art. 1.º da CF/88 – devem ser combatidos *os crimes que fomentam a injustiça social*, o que significa afirmar que o direito penal deve ser reforçado naquilo que diz respeito aos crimes que promovem e/ou sustentam as desigualdades sociais. Nessa linha, nada melhor que a lição de Ferrajoli,¹² quando trata da

(10) Incluem-se nesse rol os delitos ligados à moral e ao comportamentalismo da sociedade, como a casa de prostituição, rufianismo etc, bem como as contravenções penais, incompatíveis com os ditames do Estado Democrático de Direito. Sobre o crime de casa de prostituição, ver acórdão 698383932, da 5.ª Cam. Crim. do TJRS, que, acatando parecer de minha lavra, julgou não recepcionado pela CF/88 o art. 229 do CP, com base no argumento da secularização do Direito no Estado Democrático de Direito, questão bem definida na obra de Ferrajoli.

(11) Despiciendo registrar que as presentes reflexões dizem respeito somente ao campo penal, ficando de lado, à evidência, análises acerca dos juizados especiais cíveis e à lei da arbitragem, importantes mecanismos de justiça consensual.

(12) Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón-teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1989, p. 477.

(8) Cf. PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*, trad. de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1989, p. 103.

(9) Idem, ibidem, p. 105.

eleição dos novos bens jurídicos fundamentais no Estado Democrático de Direito, afirmando que um programa de direito penal mínimo deve apontar para uma massiva deflação dos bens penais e das proibições legais, como condição de sua legitimidade política e jurídica. Alerta, entretanto, que é possível, também, que nesta reelaboração seja necessário, no campo da tutela de bens fundamentais, de uma maior penalização de comportamentos hoje não adequadamente proibidos e castigados, como, por exemplo, a introdução do delito específico de tortura ou a criação de novos delitos ambientais.

14. Dito de outro modo, como bem lembra Ela de Castilho, citando Baratta, *trata-se de dirigir os mecanismos da reação institucional para a criminalidade econômica, para os desvios criminais dos organismos estatais e para o crime organizado*.¹³ Para reforçar a tese, Araujo Jr.¹⁴ diz que a sanção penal deve ser reservada para *garantir a consecução dos objetivos do Estado de realizar a justiça social*: tais são os limites dentro dos quais deverá atuar o legislador penal, ou seja, *“a repressão à criminalidade econômica deverá ser instrumentalizada no sentido de, regulando o mercado e protegendo os menos favorecidos pela fortuna, promover o desenvolvimento nacional e a justiça social”*.

15. Ou seja, à toda evidência, há uma vinculação do “legislador” (penal) aos princípios constitucionais, como registra Marcia Dometila de Carvalho, em relevante estudo sobre o tema “direito penal e a Constituição”, onde sustenta a necessidade da observação das normas constitucionais — e princípios são normas — *como elemento fundamental na determinação do conteúdo da lei penal*. Denuncia a autora que,

com sua ação, os legisladores brasileiros põem em risco a concretização dos valores e princípios constitucionais, tornando-os mera retórica. *Na feitura das leis, ignoram os direitos econômicos, sociais e culturais, como direitos de segunda geração que possibilitam o gozo dos direitos e garantias individuais, denominados de primeira geração, e reduzem a liberdade e a dignidade humana a uma simples questão de estupro ou sequestro*.¹⁵

16. Com acerto, sustenta a doutrinadora que o delito, em face do paradigma constitucional, de cunho principiológico, necessariamente passa a ser *fruto de uma visão político-normativa, de cunho eminentemente constitucional*. Nesse sentido, critica a falta de critérios na elaboração das leis, que vai desde a Lei dos Crimes Hediondos até à Lei dos Juizados Especiais Criminais, que estabeleceu, sem qualquer critério constitucional, o que sejam delitos de menor potencial ofensivo. Nesse sentido, cabe a pergunta: prevaricação é delito de menor potencial ofensivo? Difamação também? E a desobediência à ordem judicial? Ou seja, *o Poder Legislativo, ao estabelecer novos tipos penais ou (re)classificar delitos para enquadrá-los em pressupostos de novas leis, deve, obrigatoriamente, efetuar um balanço dos bens jurídicos dignos de proteção, devendo ganhar mais força os pertinentes à defesa da ordem econômico-social, cultural e ambiental, hierarquicamente superiores, pela Constituição, aos clássicos crimes contra o patrimônio, por exemplo*.¹⁶

(13) Cf. CASTILHO, op. cit, p. 75.

(14) Cf. ARAUJO JR., João Marcelo & SANTOS, Marino Barbedo. *A reforma penal: ilícitos penais econômicos*. Rio de Janeiro : Forense, 1987, p. 80.

(15) Consultar CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1996, p. 44 e 45.

(16) Concorde com Dometila quando diz que, *ao lado de uma política de despenalização, deve haver um processo de penalização, devendo ser tipificado todo fato que fomenta a injustiça social, que a Constituição pretende eliminar*. Também concordo com Baratta no sentido de que não se

17. Por isto, no campo penal, devemos pugnar por um direito penal mínimo para condutas (bagatelares, de mera conduta etc) que não lesam à comunidade e os objetivos do Estado Democrático de Direito, e por um direito penal interventivo naquilo que diz respeito à criminalidade econômico-social, estes sim, lesivos aos propalados objetivos desse novo modelo de Direito (como a igualdade, justiça social etc.). Como bem assevera Ferrajoli (ibidem), *somente um direito penal reconduzido unicamente às funções de tutela de bens e direitos fundamentais pode, de fato, conjugar garantismo, eficiência e certeza jurídica!* É isto que podemos chamar de relegitimação do direito penal.

18. Nessa linha, de pronto, tendo por base as premissas até aqui delineadas, vários aspectos (pontuais) do direito penal devem ser questionados e colocados sob forte atrito doutrinário, como por exemplo:

a) a necessária transformação dos delitos contra o patrimônio (furto, estelionato, apropriação indébita, etc) e os demais crimes classificados como de menor potencial ofensivo, de cunho interindividual – obedecida, à toda evidência, a principiologia constitucional –, em crimes de ação penal pública condicionada, trazendo tais delitos também para o âmbito dos Juiza-

dos Especiais Criminais¹⁷, ampliando-se, desse modo, o leque de delitos passíveis de composição; com isto, a vítima é trazida ao processo como sujeito, com o fito de compor a lide, se assim desejar; se antes a vítima é substituída *in totum* pelo Estado, agora a vítima partilha com o Estado a titularidade da lide;

b) no mesmo diapasão, nos delitos de cunho interindividual passíveis de inclusão no rol dos crimes que dependam de representação, seja possibilitada a conciliação em audiência específica, mediante mediação do magistrado, do Ministério Público e do(s) defensor(es);

c) nessa mesma linha, na esteira do que vem sendo permitido, desde há muito, para o crime de estelionato por emissão de cheque sem fundos (Súmula 554 do STF) e para a sonegação de impostos (art. 34 da Lei 9.249),¹⁸ seja admitida, nos delitos contra o patrimônio em que não tenha restado prejuízo (por restituição *sponte sua* ou não), a extinção da punibilidade.¹⁹

d) a necessária recepção doutrinária-jurisprudencial dos tratados e acordos in-

caia na armadilha de uma política reformista e ao mesmo tempo “panpenalista”. Para tanto, Baratta fala de dois perfis que derivam de uma crítica do direito penal como direito desigual. *O primeiro deles é justamente o que trata de dirigir os mecanismos da reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, dos grandes desvios criminais dos órgãos e do corpo do Estado, da grande criminalidade organizada.* Trata-se, ao mesmo tempo, acentua o mestre, de assegurar uma maior representação processual em favor dos interesses coletivos. Consultar, nesse sentido, BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro : Revan, 1996, p. 202.

(17) Esta providência se justifica em homenagem ao princípio da isonomia constitucional, uma vez que, se para o crime de lesões corporais se exige representação, para um crime menos grave (contra o patrimônio) o tratamento deve ser igualitário. Não se olvide que a integridade corporal, sob a égide do Estado Democrático de Direito, *deve ter uma proteção mais efetiva do que o patrimônio individual.* No mesmo sentido, a honra é um bem jurídico que se sobrepõe ao patrimônio.

(18) Ressalve-se, aqui, minha posição no sentido da incompatibilidade do art. 34 da Lei 9.249/95 com a perspectiva de Estado-Fiscal – Interventivo próprio do Estado Democrático de Direito, devidamente delineada no artigo *A nova lei do Imposto de Renda e a proteção das elites: Questão de “coerência”*. *Revista Doutrina*, n. 1, ID-Instituto de Direito, 1996.

(19) Nessa linha, ver Acórdãos 296026750 e 297019937, da 6.ª Cam. Crim. TJRS.

ternacionais, mormente o Pacto de San José da Costa Rica (observe-se, como exemplo, que o art. 414 do CPP, originário da década de 40, é mais avançado que o art. 366 do CPP, introduzido após a vigência do Pacto de San José);²⁰

e) a discussão da (in)constitucionalidade da reincidência ou a sua relativização, por constituir-se em um *bis in idem*²¹ (observe-se os obstáculos que a reincidência representa para a concessão de *sursis*, a suspensão condicional do processo, e outros benefícios);

f) a rediscussão dos limites para o *sursis*,²² possibilitando-se a concessão do benefício para penas acima de 2 anos;

g) possibilidade do apenamento ficar abaixo do mínimo legal, sob os auspícios do princípio da proporcionalidade;

h) o exame das qualificadoras à luz do princípio da proporcionalidade (não é crível, por exemplo, que o simples fato de um furto ser cometido por duas pessoas tenha o condão de dobrar a pena);

i) sob os auspícios da teoria garantista,²³ torna-se necessário realizar uma fil-

tragem das normas penais-processuais — em sua expressiva maioria anteriores à Constituição, adequando-as ao novo fundamento de validade. Nesse sentido, adquirir especial relevo a *secularização do Direito* promovida pelo Estado Democrático de Direito, com o que boa parcela das

garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do Direito. É evidente que o garantismo não se constitui em uma panacéia para a cura dos “males” decorrentes de um Estado Social que não houve no Brasil, cujos reflexos arrasadores deve(ria)m indignar os lidadores do Direito. *O que ocorre é que, em face da aguda crise do positivismo jurídico-normativista, não se pode desprezar um contributo para a operacionalidade do Direito do porte do garantismo, que prega, entre outras coisas, que a Constituição (em sua totalidade) deve ser o paradigma hermenêutico de definição do que seja uma norma válida ou inválida (e isto, embora seja óbvio, não tem, ainda, a necessária repercussão no imaginário dos juristas brasileiros), propiciando toda uma filtragem das normas infraconstitucionais que, embora vigentes, perdem sua validade em face da Lei Maior.* Dito de outro modo, o garantismo não significa um retorno a um “Estado bom” que já houve. Nos países avançados da Europa, beneficiários do *welfare state*, isso até seria possível. *No Brasil, ao contrário, onde o Estado Social foi um simulacro, o garantismo pode servir de importante mecanismo de construção das condições de possibilidades para o resgate das promessas da modernidade.* Sobre garantismo, consultar: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995, p. 851-903 e O Direito como sistema de garantias. *O novo em direito*. José Alcebíades de Oliveira Jr. (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 89-109; CADEMARTORI, Sérgio. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Florianópolis: UFSC, 1997, Tese de Doutorado; STRECK, Lenio Luiz. O trabalho dos juristas na perspectiva do Estado democrático de Direito: da utilidade de uma crítica garantista. *Doutrina n. 5*. James Tubenschlack (org). Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1998, p. 41-48.

(20) A nova redação do art. 366 do CPP estabeleceu um paradoxo no sistema: em processo de crime de júri, a fuga do réu não acarreta qualquer prejuízo ao mesmo, na medida em que a prescrição continua fluindo; já com a nova Lei que alterou o art. 386, o autor de um pequeno delito terá contra si, no caso de ser revel, a suspensão do prazo prescritivo, o que acarreta flagrante violação do Pacto de San José.

(21) Em recente julgamento, a 5.ª Cam. Crim. do TJRS julgou improcedente apelação do Ministério Público de primeiro grau, inconformado com a não aplicação da reincidência pelo juiz de direito Mauro Evelyn de Borba (Ac. 699291050 – Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho).

(22) Nesse sentido, ver acórdão 698145109, rel. Des. Alfredo Foerster, 6.ª Cam. Crim. TJRS.

(23) Entendo o garantismo como uma maneira de fazer democracia dentro do Direito e a partir do Direito. Como “tipo ideal”, o

contravenções penais, embora vigentes, perdem a sua validade.²⁴

Tais questões, em sua maioria, registrem-se, independem de providências legislativas, porque solúveis no plano da hermenêutica (filtragem hermenêutico constitucional).

19. A (in)adequação do conjunto de leis infraconstitucionais ao novo modelo estabelecido pelo novo texto constitucional é tarefa que angustia os juristas preocupados com uma dogmática jurídica crítica e construtivista. Gimezes de Asúa chegou a sugerir que, a cada nova Constituição, todos os Códigos deveriam ser refeitos. Como isto é impossível, resta-nos implementar o novo texto constitucional, entendido como *topos* hermenêutico, expungindo-se do ordenamento todas as normas incompatíveis com os preceitos e com os princípios constitucionais; outras normas podem ser mantidas em sua literalidade, mas relidas em conformidade com a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*), ou mediante a técnica da nulidade sem redução de texto, além da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, conquistas insofismáveis do moderno constitucionalismo.

20. É nessa linha que proponho o encaminhamento da discussão para uma relegitimação do direito penal, adaptando-o aos ditames do novo modelo de Direito estabelecido pelo Estado Democrático de Direi-

to: direito penal mínimo e *justiça consensual* ampla para os delitos que firam *bens jurídicos de índole interindividual*, além da necessária descriminalização de condutas incompatíveis com esse novo modelo (*massiva deflação dos bens penais e das proibições legais*, como condição de sua legitimidade política e jurídica, como ensina Ferrajoli), reservando os rigores do direito penal para os delitos que colocam em xeque os valores que o Estado Democrático de Direito objetiva implementar (a busca de uma sociedade justa, com a redução das desigualdades sociais e saúde como direito de todos, isto para dizer o mínimo). Ou isto, ou teremos que dar razão ao dito do camponês salvadorenho, de que "*la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzados*".

21. Enfim, o operador do Direito não pode se comportar como o sujeito que está à beira do Vesúvio prestes a entrar em erupção. As lavas (da crise social, jurídica e política) cobrirão – de forma inexorável – a tudo e a todos, e, ao invés de construir barreiras para evitar que as lavas cubram sua casa e a cidade, o jurista fica tranqüilo tratando de arrumar o quadro de Van Gogh na parede... Ou, nas belas palavras do contista mexicano Eráclio Zepeda, *quando as águas da enchente derrubam as casas, e o rio transborda arrasando tudo, quer dizer que há muitos dias começou a chover na serra, ainda que não nos déssemos conta!*

(24) Nesse sentido, ver nota n. 10, retro.