

REVISTA DO ICP

INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

VOLUME 2

1ª edição
Belo Horizonte 2007

Autores:

Antonio Baptista Gonçalves
Fernando A. N. Galvão da Rocha
Fernando Pinto Colmenero
Marcellus Polastri Lima
José Arthur di Spirito Kalil
Carlos Henrique Borlido Haddad
Bruno de Moraes Ribeiro
Warley Belo
José Barcelos de Souza
Luciano Santos Lopes

REVISTA DO ICP

INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

JOSÉ ANCHIETA DA SILVA ADVOCACIA S/C	
BIBLIOTECA	
Nº DO REGISTRO	DATA
2605	02 / 04 / 2014

VOLUME 2

1	VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	13
2	TRIBUNAL DO JÚRI NA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL.....	31
3	PRINCÍPIO DA LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA E PROVA PERICIAL, UMA QUESTÃO DE ÂNGULO(BRASIL E PORTUGAL).	39
4	AS CONSEQÜÊNCIAS PROCESSUAIS PENAIS DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS.....	75
5	INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90 RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 82.959/SP): UM DEBATE SOBRE OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO INCIDENTAL	91
6	A IDADE PENAL DO CONSENTIMENTO VÁLIDO.....	115
7	REVALORIZAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS CURTAS	131
8	PUNCTUM DIABOLICUM: A NOVA LEI DE DROGAS.....	149
9	OS RECURSOS CABÍVEIS	161
10	A CRIMINOLOGIA CRÍTICA	175

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Até quando durará a violação aos direitos humanos fundamentais?

Antonio Baptista Gonçalves

Membro da Association Internationale de Droit Pénal, da Comissão dos Direitos Humanos da OAB/SP e da Associação Brasileira dos Constitucionalistas; mestrando em Filosofia do Direito (PUC/SP); especialista em International Criminal Law: Terrorism's New Wars and Icl's Responses (Istituto Superiore Internazionale Di Scienze Criminali) e em Direito Penal Econômico Europeu (Universidade de Coimbra); pós-graduado em Direito Penal – Teoria dos Delitos (Universidade de Salamanca) e em Direito Penal Econômico (Fundação Getúlio Vargas); bacharel em Direito (Universidade Presbiteriana Mackenzie); advogado.

Pode parecer um tanto antiquado falar sobre violência doméstica. Afinal, tal ocorrência somente existia no campo, e há muito tempo...

A falácia de que as agressões contra a mulher, de uma maneira geral, eram atitudes de pessoas desinformadas, de baixa renda, etc. e que por isso são atividades completamente superadas e deixaram de existir, lamentavelmente são uma grande mentira.

O tempo apenas comprovou que tal prática continua a existir. E, para total desgosto, ainda é deveras freqüente.

Na definição da *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher*, promovida pela OEA, em 1994, em

Belém, estado do Pará, a violência contra a mulher é “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

“A violência contra as mulheres é uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres que conduziram à dominação e à discriminação contra as mulheres pelos homens e impedem o pleno avanço das mulheres [...]”

Declaração sobre a eliminação da violência contra as mulheres
(Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas, dezembro de 1993).

A violência pode acontecer de algumas formas: agressão física ou psicológica, sexual, moral, com objetivo não apenas de punir fisicamente a mulher, mas também de vilipendiar sua autonomia, seus desejos e, até mesmo, sua própria consciência, afastando-a do convívio social, dos amigos, familiares, etc. Difícil é saber qual é a pior. Afinal, o mais impensável não é a agressão em si, mas, sim, o fato de uma pessoa bater em outra com quem convive e que supostamente ama.

O grande problema é que a violência vivida pela mulher no seu cotidiano doméstico, geralmente, ocorre altas horas da noite, quando o agressor julga que a vizinhança não poderá impedir e tampouco testemunhar seus atos atrozés. Restam somente ele, a vítima e os filhos do casal, os quais contemplam as excrescências em um palco que supostamente deveria ser o ambiente propício à unidade familiar, que muitos poderiam chamar de “lar”.

A mulher é a principal figura neste universo da agressão, por encontrar-se diante de dois grandes dilemas: se denuncia o marido, o ser que ela ama, poderá ver a essa união chegar ao fim, sua prole perder o pai e, ainda, perder o suporte financeiro; se não o faz, a violência continuará, de modo, talvez, mais persistente.

Será que um ato pode excluir o outro? É possível salvar o casamento e impedir as agressões? Tal sonho pode se tornar realidade?

Muitas mulheres não esperam as respostas dessas indagações. Preferem submeter-se à violência em prol da unidade familiar, da estabili-

dade financeira. “Afinal, o que são uns machucados de vez em quando?” Muitas se sentem sozinhas, com medo e vergonha. Quando pedem ajuda, em geral, é para outra mulher da família, como a mãe, a irmã, ou, então, para alguma amiga próxima, uma vizinha ou uma colega de trabalho. Jamais à delegacia.

Esse pensamento preponderou por muitos anos na sociedade brasileira, o que criou uma falsa imagem de que a violência doméstica não se constituía em problema grave. Todavia, por detrás dessa falsa estatística, as agressões aumentavam.

Em artigo publicado no *Boletim da Agência Carta Maior*, em 21/06/05, a doutrinadora Flavia Piovesan já alertava: “Estudo recente realizado por pesquisadores da Universidade Federal de São Paulo indica que apenas 10% das vítimas de violência sexual prestam queixa à polícia”. A autora aponta que este reduzido universo revela, de um lado, o desconhecimento da existência de delegacias especializadas e, de outro, o temor de humilhação e maus-tratos.

Diversamente de dezessete países da América Latina, o Brasil ainda não dispõe de legislação específica a respeito da violência contra a mulher.

Em 1985, a mulher teve um alento, e a realidade em torno da violência doméstica experimentou uma grande reviravolta.

A primeira Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher (DDM) foi criada, pelo Decreto n. 23.769, de 6 de agosto de 1985, cuja atribuição era investigar e apurar os delitos contra pessoas do sexo feminino, sem limitações de idade, referentes a lesões corporais, crimes contra a liberdade pessoal e crimes contra os costumes.

O objetivo da criação de delegacias especializadas no atendimento às mulheres consiste em possibilitar um espaço institucional de denúncia e repressão à violência contra a mulher, visando prestar um atendimento diferenciado às mulheres vítimas de violências físicas, estimulando-as a denunciarem seus agressores.

As Delegacias de Defesa da Mulher foram idealizadas como espaço institucional de prevenção da violência contra a mulher, com quadros

formados apenas por policiais femininas (delegadas, escrivãs, investigadoras), apoiadas por uma equipe de assistentes sociais e de psicólogas.

A criação da Delegacia da Mulher demonstrava que a violência não deixara de existir e que a partir daquele momento seria combatida. Outros benefícios de fundamental importância: propiciou o conhecimento dos agressores e das agredidas; esclareceu o contexto em que ocorrem os delitos; e, o visceral, serviu de incentivo ao combate à violência doméstica.

Seria o caso de se perguntar: Mas a mulher precisa de uma delegacia própria? Por que não dar queixa numa delegacia comum?

Marlise Vinagre Silva, in *Violência contra a mulher: quem mete a colher?* (São Paulo: Cortez, 1992) tem a resposta para tal questionamento:

Em relação à violência contra a mulher, verifica-se nas delegacias convencionais uma postura de banalização e omissão, na medida em que esta problemática é considerada como elemento "natural" presente nas relações entre os sexos que se efetivam na instituição familiar. Não obstante este fenômeno esteja previsto na legislação enquanto crime, reina a cumplicidade e a impunidade, que se expressam principalmente através da prática discricionária da polícia de desmobilização da capacidade da mulher quanto ao enfrentamento jurídico da violência, da exposição da mulher a constrangimentos e cantadas e da culpabilização da mulher pela violência vivenciada.

O grande problema enfrentado na época era o preconceito da própria mulher em ir a uma delegacia feminina para prestar queixa contra seu próprio marido. O que, felizmente, foi diminuindo com o transcorrer do tempo.

Atualmente, as mulheres que sofrem violência podem procurar qualquer delegacia, mas é preferível que elas se dirijam às Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAM), também chamadas de "Delegacias da Mulher" (DDM). Há também os serviços que funcionam em hospitais e universidades, os quais oferecem atendimento médico, assistência psicossocial e orientação jurídica.

Nas ocorrências registradas na delegacia, é feito um relatório baseado no depoimento da própria mulher. Sendo assim, é importante que ela conte tudo em detalhes e leve testemunhas, se houver, ou indique nomes e ende-

reços de pessoas que possam confirmar suas alegações. Se a mulher achar que a sua vida ou a de seus familiares está em risco, pode também procurar ajuda em serviços que mantêm casas-abrigo, que são moradias em local secreto, onde poderá ficar com os filhos.

Entretanto, muitas vezes, a mulher se arrepende e deixa de levar a ação adiante. Na maioria dos casos de violência doméstica contra a mulher, constata-se o uso de “adicionais”, quais sejam: o álcool e a droga. Embriagado ou, mesmo, drogado, o marido usa de força física para exigir da mulher a satisfação de seus prazeres, tornando-se ainda mais agressivo quando se vê impotente para consumir o ato. Há, também, os casos de violência gratuita, sem qualquer tipo de motivação.

O custo econômico da violência doméstica

Estudos realizados pelo Banco Mundial e pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento revelam:

- Um em cada cinco dias de falta ao trabalho no mundo é causado pela violência sofrida pelas mulheres dentro de suas casas.

- A cada cinco anos, a mulher perde um ano de vida saudável se ela sofre violência doméstica.

- O estupro e a violência doméstica são causas importantes de incapacidade e morte de mulheres em idade produtiva.

- Na América Latina e Caribe, a violência doméstica atinge entre 25% a 50% das mulheres.

- Uma mulher que sofre violência doméstica geralmente ganha menos do que aquela que não vive em situação de violência.

Como as penas variam de três meses a um ano, podem ser substituídas por pena alternativa ou multa (o já malfadado pagamento de cesta básica). O agressor vê-se livre para continuar a cometer violência doméstica, só que desta vez com o “consentimento” da Justiça.

Essa lei admite a transação penal, que é realizada em face da manifestação da vontade do Ministério Público e do infrator (art. 76), além

da suspensão condicional do processo, que é proposta pelo Ministério Público (art. 89).

Tanto a transação penal como a suspensão condicional do processo podem importar na vedação ao agressor quanto à frequência a certos lugares, no comparecimento pessoal e mensal do agressor no cartório do juízo competente para informar e justificar suas atividades ou, mesmo, em outras condições, como a prestação de serviços forçados à comunidade ou mesmo a entrega de cestas básicas.

Com tal prática, os juízes, ainda que de forma involuntária, ao invés de coibir a prática da violência doméstica, acabam por incentiva-la, por uma razão simplista: para evitar a condenação, o réu aceita a transação penal, e a pena é convertida em multa. O valor pago será, então, revertido em cestas básicas para entidades assistenciais, a critérios do juiz, com sérias conseqüências para o sustento da família. Com tal feito, o homem se conscientiza de que bater na esposa não é crime, visto que os Juizados dificilmente o punem com prisão em caso de reincidência.

Concorda com esse posicionamento a autora Wania Pasinato Izumino para quem, além de não se reverter em benefícios para a vítima – seja em termos materiais ou assegurando seu direito de viver sem violência –, este tipo de penalização reforça o sentimento de não-gravidade da violência cometida e resulta num processo de sobrevivitização da mulher, uma vez que ela tem suas expectativas ignoradas e é excluída da decisão judicial (campos, 2001).

A violência doméstica deve acabar, e para tanto não será a Lei n. 9.099/95 sua maior incentivadora. Uma reforma se faz urgente, não apenas para reparar uma injustiça, mas para manter a integridade da própria mulher.

Bárbara Musumeci Soares retrata o quadro atual: ao recorrerem ao Judiciário como alternativa de resolver o conflito vivido e com a esperança de romper o ciclo da violência em que estão inseridas, essas mulheres, desrespeitadas e castigadas por seus maridos ou companheiros, deparam-se com a ineficiência do sistema jurídico e com a ausência de medidas eficazes que coíbam e previnam a violência.

Quando chegam a procurar ajuda, já é um sinal de que estão cansadas de que se sentem impotentes diante de tantas agressões. A esta realidade deve atentar a Justiça, que não pode quedar-se omissa, achando que elas gostam de apanhar. Pelo contrário, a submissão a que são impostas e a falta de auto-estima é que as deixam cheias de medo e vergonha.

Lenio Luiz Streck critica veementemente tal situação, afirmando que, com o Juizado Especial Criminal, o Estado exime-se cada vez mais das relações sociais. No fundo, institucionalizou-se a “surra doméstica”, com a transformação do delito de lesões corporais de ação pública incondicionada para ação pública condicionada. Mais do que isso, a nova Lei dos Juizados permite agora o duelo nos limites das lesões, eis que não interfere na contenda entre as pessoas, desde que os ferimentos não ultrapassem as lesões leves (que, como se sabe pelas exigências do art. 129 e seus parágrafos, podem não ser tão leves assim). É o neoliberalismo no Direito agravando a própria crise da denominada “Teoria do bem Jurídico”, própria do modelo liberal individualista do Direito (In *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 94).

Alguns membros do Judiciário brasileiro promoveram uma iniciativa louvável com a criação de enunciados específicos no que tange à violência doméstica. Citaremos os mais recentes, para abordá-los na seqüência:

Íntegra dos enunciados do Fórum Permanente de Juízes Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil - Até junho de 2001.

Enunciado 29 - Nos casos de violência doméstica a transação penal e a suspensão do processo deverão conter, preferencialmente, medidas socioeducativas, entre elas acompanhamento psicossocial e palestras, visando à reeducação do infrator.

Enunciado 30 - Havendo situação de perigo para a vítima mulher ou criança, poderá o juiz do Juizado Especial Criminal determinar o afastamento do agressor, com base nos arts. 6º ou 89, II, da Lei n. 9.099/95.

Enunciado 40 - Nas situações de violência doméstica, recomenda-se que as partes sejam encaminhadas a atendimento por grupo de trabalho habilitado, inclusive como medida preparatória na audiência preliminar,

visando à solução do conflito subjacente à questão penal e a eficácia da solução pactuada.

Enunciado 41 - Nos casos de violência doméstica, deve-se evitar a aplicação da pena de multa ou prestação pecuniária.

Enunciados Criminais - Minas Gerais

Enunciado 37 - O acordo civil de que trata o enunciado 36 poderá versar sobre qualquer valor ou matéria.

Enunciado 38 - A renúncia ou retratação colhida em sede policial será encaminhada ao Juizado Especial Criminal e, nos casos de violência doméstica, deve ser designada audiência para sua ratificação (**aprovado em substituição do enunciado 4**).

Enunciado 39 - O Juiz ou o conciliador, nos casos de manifestação de renúncia ou desistência da representação que envolvam violência doméstica, deverá ouvir, separadamente, os envolvidos.

Os enunciados elencados acima procuraram, ainda que minimamente, fornecer uma proteção um pouco melhor à mulher. Entretanto, são apenas indicativos, e não uma solução adequada para o assunto. Direcionar os envolvidos para tratamento não vai dirimir o conflito. A aplicação mais benéfica que se observa nesses enunciados é a orientação no sentido da utilização de uma medida diversa da multa convertida em cesta básica.

Alguns magistrados indicam um tratamento nos Alcoólicos Anônimos para os casos de violência doméstica por atos oriundos da bebida. Apesar de serem contrários à filosofia da própria Instituição, que prevê a adesão de livre e desimpedida vontade, alguns AAs têm aceitado esses agressores para tratamento.

O que não se pode é banalizar a legislação. Recomendar a aplicação de cestas básicas para todas as ocasiões é muito benéfico para quem as recebe, mas cabe ao aplicador da sanção verificar se tal medida será a mais adequada.

Por fim, uma última questão deve ser enfrentada: a Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 significou um marco em relação aos direitos humanos das mulheres e ao reconhecimento de sua cidadania plena. Isso foi consequência, principalmente, da articulação das próprias mulheres, mediante com ações direcionadas para o Congresso Nacional, apresentando emendas populares e organizando mobilizações que tiveram como resultado a inclusão da igualdade de direitos sob uma perspectiva étnico-racial e de gênero.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XI, deixa claro que a casa é asilo inviolável, nela podendo entrar apenas com autorização do morador. Portanto, a não ser que a vítima ou o agressor permita nossa entrada, nada se pode fazer. A lei que ora protege, neste caso desampara totalmente a vítima.

A mesma Constituição Federal de 1988, no parágrafo 8º do art. 226, passa a admitir a violência doméstica, além de agregar ao Estado a responsabilidade de coibi-la: “*O Estado assegurará assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito privado de suas relações*”.

Aqui, tem-se uma questão muito delicada: a Carta Magna prevê a inviolabilidade de domicílio ainda que este esteja falido e viciado, com uma violência doméstica reiterada e continua, em total contraponto a outro dispositivo que abraça a questão da violência doméstica na Carta Magna.

No Brasil, não existe legislação específica que ampare de maneira abrangente o combate à violência praticada contra a mulher, inclusive a violência doméstica. O Código Penal, que é um conjunto de leis, não levou em conta a situação específica da violência contra a mulher.

A violência contra a mulher compreende qualquer ato ou conduta baseada no gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada (art. 1º da *Convenção de Belém*). Esta *Convenção* reconhece expressamente que a violência é um fenômeno que afeta todas as esferas da vida da mulher: família, escola, trabalho, saúde e comunidade.

Essa definição assume maior importância ao preocupar-se com a violência na esfera privada, isto é, a violência doméstica, pois os

agressores das mulheres geralmente são parentes ou pessoas próximas. A violação dos direitos humanos das mulheres, ainda que ocorra no âmbito da família ou da unidade doméstica, diz respeito a toda sociedade, inclusive ao Poder Público.

A violência doméstica não é uma “questão menor” ou apenas de ordem privada. Segundo Leila Linhares, o indivíduo, ao agredir ou matar sua mulher,

[...] porque ela deixou de fazer a comida, não chegou cedo em casa, enfim, resolveu desobedecê-lo, está difundindo um modelo perigoso à ordem pública. A pouca importância dada aos crimes cometidos no espaço doméstico pode levar ao entendimento de que existe uma lei privada, uma lei interna às famílias que permite que pais castiguem filhos até à brutalidade e que maridos e companheiros castiguem suas mulheres porque elas não corresponderam ao papel de esposas ou de mães tradicionais (In Violência e Direitos Humanos. Acesso em 05/01/2006).

Citam-se a seguir alguns exemplos que servem para alertar sobre a gravidade do problema extraídos do *Jornal do Advogado* (OAB/SP, maio de 2000, p. 28):

[...] certa noite, após uma série de ameaças, meu marido, completamente embriagado, diante de minha filha de 8 anos, atacou-me e causou-me lesões que deixaram estupefato o médico legista. Ele me machucou tão profundamente quanto jamais poderia supor. Demorei a tomar uma decisão, por vários, fatores, principalmente por me sentir humilhada perante a família e a sociedade, e também porque custei a acreditar que uma pessoa em quem eu havia confiado tivesse sido capaz de tamanha violência. Resolvi, porém, denunciá-lo e compareci à Delegacia de Defesa da Mulher, fiz exame de Corpo de Delito, fui fotografada e ouvida em declarações.

Meu marido, autor do crime de lesões corporais, por ocasião da audiência, aceitou a proposta de suspensão do processo por dois anos, sob as condições relacionadas no parágrafo 1º do art. 89 da Lei 9.099/95, ou seja, ele não poderia frequentar determinados lugares, nem ausentar-se de [...] sem autorização do Juiz, na presença do qual deveria comparecer mensalmente, informando e justificando suas atividades.

Ao cabo de dois meses, aproximadamente, da data da audiência, meu marido solicitou, por meio de petição dirigida ao Juiz, que fosse liberado do compromisso de pedir autorização para ausentar-se do Município, o que lhe foi concedido.

Diante de todos esses fatos, eu comecei a me questionar sobre a legislação em vigor [...] permitir que um marido agrida uma esposa de maneira como eu o fui e saia desobrigado do pouco que a Lei impõe é demais. Não estou a exigir a Lei de Talião, mas sim que, no mínimo, seja cumprida a sanção imposta. [...].

Como é que eu vou explicar às minhas filhas que não é direito bater, pois além do aspecto moral, há o aspecto jurídico. Falar sobre a educação recebida de respeitar os amigos, os professores, a natureza, se os fatos são contrários a tudo isso?

Elas sabem que o pai fez uma coisa errada, mas que ele segue sua vida de passeios e muito riso. Tenho também de ensiná-las que existe uma lei e que serve para nos proteger, se somos pessoas de bem. [...]

Agredir fisicamente a esposa ou companheira deveria ser um fator agravante; a presunção de confiança no marido ou companheiro, por parte da vítima, também uma agravante, e cometer o ato na presença de filhos menores, pior ainda. Nada disso é levado em consideração, e a Lei trata o caso nos mesmos moldes de uma briga de esquina. [...].

A deterioração dos valores familiares, a insignificante proteção às pessoas vítimas da violência doméstica, a facilidade que o criminoso encontra em subtrair-se aos mandamentos legais, os quais acabam por ampará-lo, tudo isso me amedronta. Ora, não existe poder intimidativo maior, pois quem vive com medo agora sou eu, pois sei que nem justiça, nem polícia, nem ninguém é capaz de despertar-lhe qualquer sentimento parecido com respeito. [...].

Denunciar para quê, se o próprio Estado não oferece o respaldo que acompanha a denúncia, pois esse é apenas o primeiro passo. [...].

No meu caso, eu tenho a sorte de pertencer a uma parcela da população que teve a oportunidade de educação e de

trabalho. E quanto às pessoas menos esclarecidas, com baixo poder aquisitivo, cuja própria condição social serve como empecilho à busca de ajuda?

A prestação de serviços à comunidade que, além da multa, é também aplicada na maioria das vezes por meio da entrega de cestas básicas a entidades assistenciais é inócua. O que acontece é que acaba sendo benefício ao réu esse tipo de punição, pois ele se sente “quite” com a justiça e agraciado com a oportunidade de fazer uma “caridade”. [...].

É emergencial deter a violência doméstica, que mata, que machuca, e fere tanto ou muito mais que qualquer outro tipo de violência.....ainda há a sensação de que não valeu a pena a denúncia e a exposição, pois estamos completamente desprotegidas e à mercê do agressor.[...].

[...] busco respostas às quais não sou capaz obter sozinha, procurando talvez, proporcionar um debate maior sobre o assunto com o intuito de se modificar uma legislação tão falha. Penso que a proteção à família é um dever do Estado e um direito do cidadão [...]” (Dezembro de 1999).

Outro caso, proveniente de relato das profissionais da Equipe Técnica da Casa Eliane de Grammont, um serviço da Prefeitura Municipal de São Paulo que atende mulheres em situação de violência, também sugere vários questionamentos acerca da problemática aplicação dessa Lei aos casos de violência doméstica:

A Casa Eliane de Grammont, pertencente à Prefeitura do Município de São Paulo, há 10 anos vêm prestando atendimento social, psicológico e orientação jurídica a mulheres em situação de violência.

Em 12 de janeiro deste ano, a senhora que chamaremos de ‘M’ procurou este serviço especializado, relatando que há dezoito anos vêm sofrendo violência física e emocional por parte do ex-companheiro e que mesmo estando separada há dois anos, continua recebendo ameaças de morte e sofrendo outras formas de violência, como danos materiais, conforme registros policiais realizados.

Após ter sido seguida inúmeras vezes e sua casa ter sido invadida pelo ex-companheiro que não aceita a separação, vive com medo e insegura. Reforçou todas as fechaduras

da casa, vivendo como prisioneira, sobressaltada, temendo por sua vida e de seus filhos. Essa situação tem se refletido na sua saúde física e mental, tendo sido necessário receber atendimento social e psicológico sistematicamente. Seu filho, de 11 anos, tem apresentado distúrbios de comportamento na escola e também está sendo encaminhado para avaliação psicológica.

Segundo relato da usuária, em 7 de novembro último, foi realizada audiência perante outros casais, cujos processos também se referiam à violência doméstica, o que trouxe grande constrangimento. Além disso, seu depoimento foi colhido perante o agressor, que a olhava de modo a intimidá-la, acarretando mais medo e insegurança.

A sentença atribuída ao réu em relação ao T.C. efetuado sobre as ameaças de morte que vem recebendo foi o pagamento de três cestas básicas. Neste mesmo dia, após sair do fórum, “M” recebeu nova ameaça por parte do ex-companheiro, por telefone.

Por nossa experiência nesta década de existência e pelos estudos teóricos pesquisados, temos conhecimento que a violência contra a mulher, cotidiana e cronicada, se processa em escala, começando por ofensas verbais, podendo chegar ao homicídio. Nesse sentido, tememos pela vida desta usuária, tendo em vista que seu ex-companheiro demonstra um comportamento obsessivo e que vem cada vez mais rompendo com os limites do respeito, demonstrando não temer nem autoridade, nem legislação, nem os direitos da usuária, colocando-a em situação de risco de vida”

(Valéria Pandjarian, Juizado Especial Criminal – Lei 9099/95).

Com a citação de Bárbara Musumeci Soares (*Mulheres invisíveis: violência conjugal e as novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999), conclui-se este trabalho, a pretexto de oferecer uma oportunidade de reflexão sobre o tema da violência contra a mulher

A violência doméstica é invisível não apenas porque é pouco divulgada, não provoca comoções nacionais [...] ou não é objeto privilegiado de políticas públicas. Ela é invisível,

também, por não ter um nome, não se constituir num problema político, não gerar polêmica, não ser objeto de disputas e estar confinada basicamente ao domínio de ações e dos debates feministas [...].

Todos temos uma só voz. Não podemos ficar silentes somente porque o problema não bateu à nossa porta. Enquanto for a vizinha que estiver apanhando do marido, por que eu devo me mover? Raciocínio como esse é que manterá o nosso sistema jurídico totalmente ineficaz.

É chegado o momento de fazer prevalecer a voz, não única e solitária, mas a voz social que deve e pode pôr fim às injustiças praticadas por uma sociedade machista, que ainda tem o ranço de que a mulher tem de sofrer calada.

A frase mais emblemática sobre a cultura brasileira a respeito desta questão é a polularasca: “Em briga de marido e mulher, não se mete a colher”.

A sociedade tem a oportunidade de reconhecer o valor da mãe, que gera os filhos desta pátria, nossos futuros governantes. Modifiquemos a lei. Mas antes devemos modificar nossas consciências.

Primeiro, valorizar a família e, segundo, punir os abusos podem ser os passos mais importantes que podemos dar se quisermos, de fato, resolver os problemas sociais tão graves do nosso País.

Referências Bibliográficas

- ARAÚJO, Leticia Franco de. *Violência contra a Mulher – A Ineficácia da Justiça Penal Consensuada*. São Paulo: Lex, 2003.
- CAMPOS, Carmem Hein de. *Violência doméstica no espaço da lei. In Tempos e Lugares de Gênero*. BRUSCHINI, Cristina. São Paulo: FCC, 2001.
- CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *A violência doméstica como violação dos direitos humanos*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 901, 21 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7753>>. Acesso em: 5 jan. 2006.
- CERVINI, RAUL. *Acerca de la cifra negra de la criminalidad oculta*, *Revista do Ministério Público*, vol. 36, Rio Grande do Sul, Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, Parte Geral, São Paulo, Editora Saraiva, 1997. vol. I.
- DIAS, Sandra Pereira Aparecida. *Da violência contra a mulher e a Lei dos juizados especiais*, in www.direitonet.com.br, acesso em 05/01/2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FOUCAULT, Michael. *História da Sexualidade – a vontade de saber*. São Paulo: Graal, 2001, 14. ed.
- HASSEMER, Winfried. *Segurança Pública no Estado de Direito*. *Revista a juris*, nº62, 1994.
- HERMANN, Leda. *Violência Doméstica: a dor que a lei esqueceu*. Campinas: Servanda, 2002.
- HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1977.
- IZUMINO, Wania Pasinato. *Justiça e violencia contra a mulher. O papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de genero*. São Paulo: Annablume, 1998.

- JESUS, Damasio Evangelista. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. São Paulo, 1997, Editora Saraiva.
- MASSULA, Leticia. *Os Juizados Especiais Criminas*. Lei 9.099/95, S/D.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais: Princípios e Critérios*. Revista *ajuris* nº68, 1996.
- NIETZSCHE, Friederich. *Para a Genealogia da Moral, Os Pensadores, Obras Incompletas*, Editora Abril, 1993.
- Pandjjarjian, Valéria. *Juizado Especial Criminal - LEI 9.099/95*, artigo extraído do Ministério da Justiça /Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, acesso em 05/01/2006.
- PORTAL VIOLENCIA CONTRA A MULHER: <http://copodeleite.rits.org.br>.
- ROSA, Fabio Bittencourt da. *Suspensão Condicional do Processo*. Revista *ajuris*, nº72, 1998.
- SERRATH, Flávia Oller Mont. *A Justiça impõe o Silêncio*, in www.sobreelas.com.nr, acesso em 05/01/2006.
- SILVA, Marco Aurélio Dias da. *Todo poder às mulheres*. São Paulo: Best Seller, 2001.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Violência doméstica: projeto de lei que pretende incentivá-la*, in *Ultima Instancia*. www.ultimainstancia.com.br, acesso em 05/01/2006.
- SOARES, Bárbara Musumeci. *Violência e Política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 1996.
- SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres invisíveis. Violência conjugal e novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- SOUZA-LOBO, Elizabeth. *A Classe operária tem dois sexos. Trabalho, resistência e resignação*. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- STRASSMANN, Karin. *Violência doméstica de gênero*, Rio de Janeiro: Forense, in www.Forense.br, acesso em 5/01/2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Direito Penal, Criminologia e Paradigma Dogmático: Um Debate Necessário*, Revista do Ministério Público, Rio Grande do Sul, 1995. vol. 36.

TELES, Maria Amélia de Almeida e Mônica de Melo. *O que é Violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2003.

VIOLENCIA, SAUDE E DIREITOS HUMANOS, in www.mulheres.org.br

TRIBUNAL DO JÚRI NA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

Fernando A. N. Galvão da Rocha

Professor adjunto da Faculdade de Direito da UFMG;
juiz civil do Tribunal de Justiça Militar-MG.

1. Introdução

Dentre as diversas instituições do Processo Penal, o Tribunal do Júri é a que sofreu as maiores transformações ao longo dos anos. Desde os seus primeiros julgados, o Tribunal Popular foi alvo de críticas que concentram atenções nas questões relativas à representatividade dos jurados e a sua capacidade para decidir questões consideradas juridicamente complexas. A justiça das decisões é o ponto de maior destaque nos debates. Casos concretos em que se verifica a absolvição de culpados e outros em que inocentes são condenados alimentam as discussões. Contudo, protegido pela soberania dos veredictos e pelo juízo íntimo de convicção, o Tribunal do Júri segue cumprindo a sua missão.

No Brasil, o Tribunal do Júri foi criado, em 1822 com competência para julgar apenas os crimes *de opinião* ou *de imprensa*. Com a nossa primeira Constituição, de 1824, o Tribunal do Júri passou a julgar um número maior de crimes. Submetido a várias reformulações, o Tribunal chegou a ser dirigido pela polícia, posteriormente retornando à órbita do Poder Judiciário. A Constituição de 1934 deixou de tratar do Júri no capítulo dos *Direitos e Garantias Individuais*, passando a inseri-lo no contexto de previsão para o Poder Judiciário. A Constituição de 1937 não mencionou

o Tribunal do Júri. Com a Constituição de 1946, o Júri voltou ao capítulo dos *Direitos e Garantias Individuais*, com competência específica para julgar os crimes dolosos contra a vida. Tal competência foi mantida pela Constituição de 1967 e pela Emenda de 1969, a qual, entretanto, não preservou a soberania dos veredictos. Com a Constituição de 1988, o Tribunal do Júri se consolidou como garantia fundamental, assegurada a sua competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida – art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *d* –, recuperando a sua soberania.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 renovou a polêmica em torno do Júri, agora com a previsão de sua competência para julgar crimes militares dolosos contra a vida cometidos contra civis.

2. Incompetência da Justiça Comum para julgar crimes militares

Como reação ao aumento da incidência de crimes praticados por policiais militares contra civis no exercício das funções de policiamento, a Lei n. 9.299/96 introduziu alterações no art. 9º do Código Penal Militar e no art. 82 do Código de Processo Penal Militar para deslocar o julgamento dos crimes dolosos contra a vida para a Justiça Comum.

Com a entrada em vigor da referida lei, o art. 9º do Código Penal Militar passou a ter um parágrafo único com a seguinte redação:

“Art. 9º. Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
[...]

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão de competência da justiça comum.”

O §2º do art. 82 do Código de Processo Penal Militar, por sua vez, passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 82. O foro militar é especial e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a eles estão sujeitos, em tempo de paz:
[...]

§º 2 Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum.”

A alteração da competência para o julgamento dos crimes militares dolosos contra a vida introduzida pela Lei n. 9.299/96 violou frontalmente a previsão constitucional então existente para a competência da Justiça Militar.

No momento em que entrou em vigor a Lei n. 9.299/96, a Constituição Federal já previa a competência da Justiça Militar Federal, em seu art. 124, que dispunha o seguinte:

“Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.”

Na mesma ocasião, a Carta Magna dispunha sobre a competência da Justiça Militar Estadual, no § 4º de seu art. 125, que possuía a seguinte redação:

“Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[...]

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.”

A análise das disposições constitucionais permite concluir que a competência da Justiça Militar somente poderia ter sido modificada em decorrência de Emenda Constitucional que atribuísse à Justiça Comum o julgamento dos crimes militares dolosos contra a vida ou de lei ordinária que alterasse a definição de crime militar, para excluir os crimes dolosos contra a vida de civis.

A lei ordinária poderia alterar a definição de crime militar, mas não o fez. A alteração introduzida no art. 9º do CPM não afastou a incidência do tipo penal previsto no art. 205 do CPM quando o *homicídio* for praticado contra civil e o crime continua sendo de natureza militar.

A Lei n. 9.299/96, entretanto, pretendeu alterar a regra de competência para que o crime militar de homicídio fosse julgado pela Justiça Comum. Tal pretensão é manifestamente inconstitucional, posto que a competência da Justiça Militar é definida na Constituição Federal e não pode ser alterada por lei ordinária. Nesse sentido, o Superior Tribunal Militar, no Recurso Criminal n. 6.348-5 PE, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade

da Lei n. 9.299/96, no que se refere ao julgamento do crime militar pela Justiça Comum.

Vale observar que a inconstitucionalidade da Lei n. 9.299/96 foi observada na própria Casa Legislativa, que procurou corrigir o erro com o Projeto de Lei n. 2.314/96, alterando o conceito de crime militar. Na exposição de motivos do referido projeto, ficou registrado:

[...]

7. Assim, o projeto de lei que ora encaminho a Vossa Excelência, em suma, corrigir os defeitos evidentes da Lei nº 9.299, de 1996, os quais passarei de maneira breve a apontar.

8. O teor do parágrafo único acrescido ao art. 9º do Código Penal Militar causa espécie ao leitor. Por essa norma, compete à Justiça Comum o processo e julgamento de crimes dolosos contra a vida de civis praticados por militar, delito esse militar, já que se insere esse parágrafo no bojo de artigo que assim considera determinadas condutas.

9. Ora, a Constituição Federal é de clareza cristalina: compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei, nos termos de seu art. 124.

10. Como admitir-se, então, a nova lei, se a inconstitucionalidade é um vício insanável?

11. Ter-se-á que se socorrer o intérprete de regras de hermenêutica para afastar o vício. E encontrará o fato de ser permitido à lei ordinária proceder à conceituação de crime militar, tendo sido suficiente, pois, que, para atingir, com acerto o seu desiderato, o legislador excluísse os crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militar do conceito de crime militar, sem qualquer referência à Justiça Comum porque a ela passará automaticamente a competência do processo e julgamento do crime que não mais integra o conceito de crime militar.

[...]"

Em decorrência de circunstâncias inerentes ao complexo processo legislativo, o Projeto de Lei n. 2.314/96 foi arquivado, e o conceito de crime militar não foi alterado. Sem que se produza alteração no conceito de crime militar, a regra de competência da Justiça Comum proposta pela Lei n. 9.299/96 não poderá ser observada, tendo em vista a sua evidente inconstitucionalidade.

3. Previsão constitucional para a instituição do Tribunal do Júri

A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, conhecida como a “*Reforma do Poder Judiciário*”, produziu importante modificação na estrutura dos órgãos da Justiça Militar. Preservando integralmente a disposição relativa à competência da Justiça Militar Federal, ampliou a competência da Justiça Militar Estadual. Houve significativa alteração nos §§ 3º, 4º e 5º do art. 124 da Constituição Federal, que passaram a ter a seguinte redação:

“Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

...

§ 3º. A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar Estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

§ 4º. Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.”

Pelo que se pode facilmente constatar, não houve qualquer alteração nas regras de competência no que diz respeito ao julgamento dos crimes militares dolosos contra a vida. Pode-se até dizer que a Emenda Constitucional reafirmou a opção política de preservar a competência da Justiça Militar da União e dos Estados para julgar os crimes militares. A Emenda Constitucional também não produziu alteração na definição dos crimes militares: em qualquer hipótese, seja o crime praticado contra civil ou militar, o tipo penal previsto no art. 205 do Código Penal Militar continua sendo de natureza militar.

A nova redação que a Emenda conferiu aos parágrafos do art. 125 determinou mudança apenas na estrutura e no funcionamento dos órgãos jurisdicionais da Justiça Militar. Sem prever qualquer exceção à competência da Justiça Castrense, os referidos parágrafos distribuem-na por seus diversos órgãos jurisdicionais. O juiz de direito do juízo militar passou a ser o único competente para o julgamento dos crimes militares cometidos contra civis, sendo nestes casos afastada a competência do Conselho de Justiça. No entanto, a Constituição fez uma ressalva para preservar a instituição do júri. Quando o crime militar for contra a vida de civis, o juiz de direito do juízo militar não poderá julgar singularmente, mas sim constituir, sob sua presidência, o Tribunal do Júri.

Ao preservar a competência do Tribunal do Júri quando a vítima for civil, a Constituição Federal não estabeleceu uma nova Justiça especializada: uma *justiça do júri*. O Tribunal do Júri não materializa nenhuma Justiça especializada, mas apenas um órgão jurisdicional que compõe a organização judiciária da Justiça competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. A única conclusão a que se pode chegar é que a Emenda Constitucional determinou que se instituísse o Tribunal do Júri na Justiça Militar Estadual, que é a competente para o julgamento dos crimes militares praticados por militares estaduais. Fica muito claro que a finalidade da ressalva foi impedir expressamente que o juiz de direito do juízo militar julgue singularmente os crimes militares dolosos contra a vida cometidos contra civil. Conforme a norma do § 5º do art. 125 da CF/88, a regra geral é que o juiz de direito do juízo militar julgue singularmente os crimes cometidos contra civil. O dispositivo anterior (§ 4º) excepciona esta regra para preservar a garantia fundamental do Tribunal do Júri.

Com a nova redação dos §§ 4º e 5º do art. 125 da CF/88, a inconstitucionalidade da nova redação do parágrafo único do art. 9º do CPM e do art. 82, § 2º, do CPPM ficou ainda mais evidente. Não é juridicamente possível que a Justiça Comum julgue crimes militares, posto que tais crimes são da competência da Justiça Militar, por expressa previsão constitucional.

Não seria mesmo razoável que a Constituição Federal concedesse à Justiça Comum competência para julgar apenas alguns crimes militares, quebrando a harmonia e o tratamento uniforme da competência em razão de matéria que justifique a instituição das justiças especializadas. Muitos

seriam os problemas advindos de uma infeliz repartição de competência. Veja-se, por exemplo, a hipótese de desclassificação do crime doloso para o culposo no plenário do Tribunal do Júri. Tal desclassificação importaria no reconhecimento da incompetência da Justiça Comum para o julgamento do crime militar culposo praticado contra civil. Por outro lado, se à Justiça Comum fosse concedida a competência para julgar crimes dolosos contra a vida do civil, que razão justificaria a preservação da competência da Justiça Militar para o julgamento de outros crimes militares graves igualmente praticados contra civis, como o latrocínio? Estas singelas reflexões permitem perceber que a pretendida repartição da competência viola a harmonia do sistema normativo e coloca em xeque a sua racionalidade.

Com acerto, a Emenda Constitucional preserva a competência da Justiça Militar para julgar todos os crimes militares, dolosos ou culposos, contra vítimas civis ou militares.

4. Considerações finais

De todo o exposto, pode-se concluir que a Emenda Constitucional n. 45 determinou alteração na Organização Judiciária dos Estados para instituir o Tribunal do Júri na Justiça Militar.

No desenvolvimento dos trabalhos do Tribunal do Júri, o juiz de direito assume a presidência, e o julgamento de mérito da pretensão punitiva deve se dar por Conselho de Sentença, integrado por cidadãos escolhidos conforme as regras do Código de Processo Penal comum, aplicável ao caso por previsão do art. 3º, alínea *a*, do CPPM.

A instituição do Tribunal do Júri na Justiça Militar Estadual não constitui nenhuma excepcionalidade, posto que este órgão jurisdicional não é privativo da Justiça Comum Estadual e também existe na Justiça Comum Federal.

Os julgamentos de crimes militares por Tribunal do Júri constituído na Justiça Comum estadual são nulos, tendo em vista a incompetência absoluta do órgão jurisdicional em razão da matéria.

PRINCÍPIO DA LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA E PROVA PERICIAL, UMA QUESTÃO DE ÂNGULO(BRASIL E PORTUGAL).

Fernando Pinto Colmenero

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Pós-graduado em Ciências Jurídico-Criminais e Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

SUMÁRIO:

Apresentação.....
1. Estado de direito
2. Processo penal e suas bases
3. Da prova.....
3.1. Sentido e conceito
3.2. Meios de prova.....
3.3. O objeto(tema) de prova
3.4. Princípios de direito probatório
3.5. Apreciação da prova: legal ou livre
4. Prova pericial
4.1. Natureza jurídica do exame pericial
4.2. Prova pericial e processo penal português
4.3. Prova pericial e processo penal brasileiro.....
5. Conclusão.....
Bibliografia

“Para declarar la existencia o inexistencia de responsabilidad criminal, el órgano jurisdiccional debe hacer una declaración sobre actos realizados por el imputado anteriores al proceso, sobre las circunstancias de que estos actos aparecieron rodeados, y sobre la certeza de estos mismos actos. Para imponer la sanción o sanciones penal y civil, en su caso, debe declarar la certeza de ciertas circunstancias en que puede fundarse las llamadas excusas absolutorias y de unos daños y perjuicios causados por aquellos actos en el patrimonio del perjudicado.

Estas declaraciones, positivas o negativas, se refieren a actos y sucesos acaecidos con anterioridad a la iniciación del proceso, y el proceso mismo sirve para que el titular del órgano jurisdiccional pueda lograr una representación intelectual de la realidad anterior. El proceso tiende a conseguir que esta representación mental de la realidad coincida lo más fielmente posible con la realidad misma, ya que de ello depende el que la sentencia sea **justa o injusta.**”¹(g.n.)

1. Estado de direito

Para que o cidadão possa estar tranqüilo dentro de sua existência e em relação aos demais membros de uma coletividade é fator primordial a existência de um Estado de Direito. Tal Estado, como sendo a obrigação de todos, inclusive do próprio Estado, em obedecer às regras previamente determinadas para que exista uma conduta social, também abrange o processo penal, o qual não é só um instrumento de proteção da sociedade, mas é, igualmente, um instrumento de tutela “*da liberdade substancial e*

¹ ROMERO COLOMA, Aurelia Maria, *Estudios de La Prueba Procesal*, p. 35, Ed. Colex, 1986, España

processual do argüido e da sua dignidade como pessoa; liberdade e dignidade que se tornam assim os valores-a nosso ver universais - indispensáveis à compreensão de um processo penal moderno"². Aliás, a presença do Processo Penal no Estado de Direito é confirmada com a presença de várias disposições processuais na Constituição de um Estado, o que indica, por um lado, "o cuidado vigilante que o Constituinte dedica a um sector tão delicado das relações entre o Estado e o Cidadão", e por outro, "a natureza constitucional - e portanto política - de tais regras fundamentais do processo"³.

2. Processo penal e suas bases

Enquanto a ação é o meio pelo qual se presta a jurisdição, o processo é o caminho pelo qual a ação se desloca para chegar ao seu destino, que é a prestação jurisdicional, com a finalidade, sempre presente, de construir ou recompor a paz social. O direito processual penal "é o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a aplicação do direito penal aos casos concretos pelos Tribunais"⁴. A definição clássica ou tradicional de processo penal apenas nos dá uma visão imediata do direito adjetivo penal, sendo ele "um complexo de actos de várias pessoas (juiz, ministério público, argüido) a fim de se constatar a existência das condições de facto de que deriva o jus puniendi a favor do Estado e o dever de se submeter à pena por parte do réu"⁵. Neste caminho, em busca da prestação da jurisdição em benefício da coletividade e salvaguardando, também, os direitos fundamentais do cidadão ora Argüido/Réu, existem "dois princípios que, dizendo sobretudo respeito à maneira de adquirir para o processo o material probatório, não deixam de condicionar toda a persecução processual: A) de um lado o princípio dispositivo, de contradição ou discussão (expressões que não se

2 BETTIOL, Giuseppe, *Instituições de Direito e Processo Penal*, p. 194, Coimbra Editora, 1974.

3 BETTIOL, Giuseppe, *Instituições de Direito e Processo Penal*, p. 196, Coimbra Editora, 1974

4 FERREIRA, Manuel de Cavaleiro, *Manual de Processo Penal*, vol. I, 1986, Ed. Danúbio, p.9, Portugal

5 BETTIOL, Giuseppe, *Instituições de Direito e Processo Penal*, p. 229, Coimbra Editora, 1974

confundem com o princípio do contraditório. Elas pretendem traduzir antes o chamado VERHANDLUNGSGRUNDSATZ da doutrina germânica) ou da verdade formal; B) do outro o princípio da investigação, instrutório, inquisitório ou da verdade material.”⁶. Entretanto, só existe uma só verdade, a qual pode ter vários lados. Formada a relação processual, ela apresenta-se de forma unitária e progressiva. “Progressiva no sentido de que atravessa fases várias (inquérito, instrução, julgamento, execução e recursos), mas unitária, já que, nessas diversas fases, não mudam nem os sujeitos, nem o objeto do processo”⁷.

O processo penal tanto pode ser inquisitório como acusatório, dependendo da vontade política de cada Estado. Entretanto, pelo que se apresenta e o conteúdo das duas formas, o melhor sistema para o processo penal é o acusatório, pois garante uma melhor e ampla defesa ao Réu, não se duvidando, hoje em dia, de que este sistema (acusatório) “constitui um fator de grande progresso nos juízos criminais. As formas da acusação, da oralidade, do exame imediato das provas, do contraditório entre as partes juridicamente iguais e da publicidade são as que permitem, no melhor modo e grau possível, a viva, direta e sincera reprodução do drama delituoso nas salas dos tribunais. O juiz, que no processo inquisitorial, favorecido pela lei com uma confiança desmensurada, tinha nas próprias mãos as funções de acusador e de defensor, parecia mais oprimido sob o enorme peso de seus poderes que verdadeiramente senhor da matéria com a qual devia construir a sentença”⁸. Assim, “é nesta perspectiva, parece-nos, que freqüentemente se identifica o processo de tipo acusatório com o processo democrático, dado que seria esta estrutura processual a que melhor realizaria a garantia dos direitos fundamentais do argüido e possibilitaria uma defesa eficaz”⁹. Aliás, sobre o processo penal Português, Jorge de

6 DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Vol. I, Coimbra Editora, 1974, p.188, Portugal

7 SILVA, Germano Marques, *Curso de Direito Processual Penal*, p. 29, Ed. Verbo, 1993, Portugal

8 BRUSA, Emílio, prefácio de *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, de MALATESTA, Nicola Framarino Dei, p. 7, Ed. Bookseller, 1996, Tradução da edição de 1912, feita por Paolo Capitanio, Brasil

9 SILVA, Germano Marques, *Curso de Direito Processual Penal*, 1993, Ed. Verbo, pg.35, Portugal

Figueiredo Dias salienta que “a consagração na Constituição Portuguesa da estrutura acusatória do processo representou uma das mais significativas inovações e traduz todo um programa de reforma do processo penal”¹⁰. Entretanto, as leis penais adjetivas do Brasil e de Portugal, não adotam a estrutura acusatória pura. A igualdade das partes só é observada na fase de instrução criminal, tendo em vista que os dois sistemas jurídicos prevêm a fase de inquérito, na qual existe o domínio do Ministério Público e sua natureza é inquisitória. Outra exceção ao sistema acusatório, em ambos os ordenamentos, é a possibilidade de aplicação de medidas processuais com base apenas nas provas carreadas pelo Ministério Público, como é o caso da prisão preventiva. Desta forma, claro está que a estrutura acusatória é utilizada de forma ampla mas não total.

O processo penal, durante sua evolução na história, desenvolveu determinados princípios, ou seja, pontos de partida dotados de autoridade para um raciocínio jurídico, os quais podem ser considerados os verdadeiros pilares do sistema processual. A doutrina alemã, a mais adiantada sobre o tema, sempre dedica, quando da elaboração de seus manuais ou tratados, uma vasta redação sobre os princípios processuais, mesmo que não exista acordo com relação a classificação das regras básicas. Roxin¹¹ faz uma classificação dos princípios considerando:

- 1) Do início do processo, que são quatro: oficial, acusatório, da legalidade e do Juiz Natural.
- 2) Da realização e o desenvolvimento do processo, que são: o das averiguações (de instrução, de investigação e de verdade real), da audiência judicial e o da celeridade e concentração (não admite interrupção, salvo exceções).
- 3) Da prova, que se dividem em: averiguação, imediação, livre convicção e *in dubio pro reo*.
- 4) Da forma, que se reparte nos princípios da oralidade e publicidade.

¹⁰ in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 36, I, III, p. 103, citado por SILVA, Germano Marques, *Curso de Direito Processual Penal*, p. 36, Ed. Verbo, 1993

¹¹ *Strafverfahrensrecht*, p. 56, citado por GOMEZ COLOMER, Juan Luiz, *El Proceso Penal Alemán*, Ed. Bosh, 1994, p. 44, España

Dentro dessas categorias podemos destacar os seguintes: o da presunção da inocência, o princípio do *in dubio pro reo* e o princípio da prova livre, entre outros. O primeiro reflete o “reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que, aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia”¹², sendo que tem ele reflexos também no direito penal. O segundo é da própria natureza do processo. Se o processo tem seu início para dirimir qualquer dúvida sobre o fato criminoso e quem seja o seu autor, transformando-se em certeza ao final da prestação jurisdicional, quando não é possível alcançar tal raciocínio através de todos os meios disponíveis e a dúvida sobre o tema persiste, esta tem que ser analisada em favor do argüido, mesmo que isso leve a uma absolvição de um criminoso, “*uma vez que o processo é um instrumento criado para conhecer a verdade dos fatos*”¹³. Na dúvida, o Estado deve agir em favor do individual em detrimento do coletivo. O princípio da livre apreciação da prova é o mais importante do conjunto probatório, tendo em vista que “*a liberdade de que aqui se fala não é, nem deve implicar nunca um arbítrio, ou sequer a decisão irracional, puramente impressionista-emocional que se furte, num incondicional subjetivismo, à fundamentação e à comunicação*”¹⁴. Desta forma, a valoração da prova é uma das funções primordiais do julgador que tem como finalidade prestar a jurisdição com justiça. Sobre esse ponto, já manifestava C.J.A. Mittermaier¹⁵ que a sentença deve espelhar a verdade dos fatos, salientando: “*Fornecer a prova desses fatos é dever do acusador; o acusado só tem que destruir as provas adversas, e produzir as que forem em sua defesa. Uma terceira pessoa, o magistrado preparador, por sua parte, estabelece a prova dos diferentes fatos de importância decisiva para o processo; e os juízes, enfim, baseiam sua decisão sobre aqueles fatos que consideram demonstrados. Já se vê, pois, que é sobre a prova que versam as prescrições mais importantes em matéria de processo criminal*”.(g.n.)

12 SILVA, Germano Marques, *Curso de Direito Processual Penal*, Vol. I, p. 40, Ed. Verbo, 1993, Portugal

13 DIAZ DE LEON, Marco Antonio, *Tratado Sobre Las Pruebas Penales*, p.6, Ed. Porrúa S.A., 1988, México

14 NEVES, Castanheira, *in Seminários de Processo Criminal*, 1967/68, p. 48

15 *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, 3. Ed. 1848, Traduzido por HEINRICH Herbert Wuntzel, 1996, P. 12, Ed. Bookseller, Campinas - SP - Brasil

3. Da prova

3.1. Sentido e conceito

Se a ação é o meio pelo qual se presta a jurisdição, sendo o processo o caminho que tem que ser percorrido para esta prestação, as provas (fatos comprovados, relevantes para o processo) são os componentes desse caminho, que darão aos viajantes (sujeitos processuais), a máxima clareza possível da paisagem (verdade material) que deve ser entendida e assimilada (inclusive pela sociedade), para que seu condutor (o juiz) possa chegar ao destino (sentença justa). Na visão de Miguel Fenech¹⁶, “*provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para a sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo*”.

Prova e processo estão ligados da mesma forma, salvo engano, como os princípios da inocência e do *in dubio pro reo*. Apesar de diferentes, tais assuntos se entrelaçam em uma verdadeira simbiose, de tal forma que a inexistência de um inviabiliza ou obstrui a eficácia do outro. Neste sentido é clara a visão de Marco Antonio Diaz de Leon¹⁷, que assim se pronuncia: “*...en el fondo del derecho, prueba y proceso vienen a coincidir, la prueba como requerimiento racional que implica unir al derecho con el hecho verificado de cierto, y el proceso como instrumento que lo satisface a manera de puente que permite el tránsito justo de lo jurídico hacia lo fáctico. Para el jurista, pero mas bien para el juez, esta necesidad de probar ha sido elevada al rango de deber que se cumple al juzgar con legalidad pero principalmente con justicia; salvo Dios que no necesita de proceso pero sí acaso de prueba para juzgar, al juez para cumplir con su deber de juzgar se le ha dotado de un instrumento para probar elaborado en forma de proceso. Resulta de aquí que el proceso no es otra cosa que una herramienta de la prueba*”.

A prova não se confunde com a probabilidade ou a possibilidade. Esta se traduz em um juízo de *suspeita*. A probabilidade encontra relação com

¹⁶ *El Proceso Penal*, 4. Edição, Madrid, Aagesa, 1982, p. 107, España

¹⁷ *Tratado Sobre Las Pruebas Penales*, p. 6, Ed. Porrúa, 1988 - México

um juízo de *opinião*. Já a prova, como é a demonstração da realidade dos fatos, é um juízo de *certeza*.

A definição de prova traz à tona o pensamento de quase a totalidade dos juristas mundiais e de algumas legislações, que traduzem a complexidade da matéria e sua importância para o mundo jurídico em que vivemos. Para Jeremías Bentham¹⁸, *“toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: uno que se puede llamar el hecho principal, o sea aquel cuya existencia o inexistencia se trata de probar; otro denominado hecho probatorio, que es el que se emplea para demostrar la afirmativa o la negativa del hecho principal”*. A opinião de Francisco Carrara¹⁹ é no sentido de que *“se llama prueba todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición”*. A lei de Registro Civil Espanhola, citada por José de Vicente y Caravantes²⁰ entende que *“por prueba se entiende principalmente la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa”*. Para Eduardo Bonnier²¹, *“descubrimos la verdad cuando hay conformidad entre nuestras ideas y los hechos del orden físico o del orden moral que deseamos conocer. Probar es establecer la existencia de esta conformidad. Las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad”*. Mittermaier²², analisando a prova em sua generalidade afirma que se trata de uma *“base de argumentações que cada uma das partes emprega para ganhar a convicção do juiz”*. No ensinamento de Nicola Framarino Dei Malatesta²³ *“como as faculdades perceptivas são a fonte subjetiva da certeza, as provas são um modo de apreciação da fonte objetiva, que é a verdade.*

18 *Tratado de Las Pruebas Judiciales*, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1972, T. I, p. 21, Argentina

19 *Programa de Derecho Criminal*, Vol II, p. 380, Ed. Temis, Bogota, 1957

20 *Tratado histórico crítico filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil según la Nueva Ley de Enjuiciamiento*, Ed. Gaspar y Roig, Madrid, 1856, T. II, p.133, España

21 *Tratado Teórico y Práctico de Las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal*, Ed. Reus, Madrid, 1928, T. I, p. 9, España

22 *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, tradução de HEINRICH, Herbert Wuntzel, 3a. Edição, 1996, Ed. Bookseller, Campinas, p. 57, Brasil

23 *Lógica das Provas em Matéria criminal*, Tradução de CAPITANIO, Paolo, Ed. Bookseller, 1996, Campinas, p. 81, Brasil

A prova é, portanto, deste ângulo, o meio objetivo com que a verdade atinge o espírito; e o espírito pode, relativamente a um objeto, chegar por meio das provas tanto à simples credibilidade, como à probabilidade e certeza; existirão, assim, provas de credibilidade, de probabilidade e de certeza. A prova, portanto, em geral, é a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza. No juízo criminal só são propriamente provas as de probabilidade e as de certeza”. Enrico Tulio Liebman²⁴ diz que toda a afirmação feita pelas partes em juízo “consiste, em última análise, em deduzir determinadas conseqüências jurídicas de alguns fatos acontecidos no passado”. Eugenio Florian²⁵ afirma que o conceito de prova, em sua forma genérica e lógica é “todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa”. Roxin define a prova como “aquel medio u objeto que proporciona al Juez el convencimiento acerca de la existencia de un hecho”²⁶. Por fim, mesmo existindo outros doutrinadores de porte que desenvolvem o tema em questão, Vincenzo Manzini²⁷, ao meu ver produz a mais simples e objetiva definição de prova, ao se referir que “la prueba penal es la actividad procesal inmediatamente dirigida al objeto de obtener la certeza judicial, según el criterio de la verdad real acerca de la imputación o de otra afirmación o negación que interese a una providencia del juez”. O mesmo autor sintetiza a confusão, principalmente dos legisladores, em matéria de utilização da expressão prova, quando afirma “La ley procesal penal usa por lo demás del termino de prueba, no sólo en el sentido expresado, sino a veces también para indicar los medios de comprobación o los resultados conseguidos com el empleo de esos mismos medios”.

A prova é uma atividade demonstrativa do processo ou, no dizer de Aurelia Maria Romero Coloma²⁸, para se alcançar a finalidade do processo,

24 *Corso di diritto Processuale Civile*, 1952, p. 148

25 *De Las Pruebas Penales*, Ed. Temis, Bogotá, 1968, T.I, p. 3

26 *Strafverfahrensrecht*, p. 127, *El proceso Penal Alemán*, p. 128, GOMEZ COLOMER, J.L., Ed. Bosch, 1984, España

27 *Tratado de Derecho Procesal*, T. III, p.197, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1952, Argentina

28 *Estudios de La Prueba Procesal*, p.23, Ed. Colex, 1986, Madrid, España

“se producen en todo desenvolvimiento procesal distintos periodos que, reducidos sintéticamente a sus líneas fundamentales, se han concretado en las llamadas fases de planteamiento, discusión y decisión, incluyéndose en la fase discusoria una actividad demostrativa que es precisamente la de la prueba”.

“La prueba es un imperativo de la razón; es un juicio que denota la necesidad intelectual de que se confirme todo aquello que se quiera considerar como cierto”²⁹. A prova é assim, “elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações”³⁰.

Enfim, como se pode perceber, o termo “prova” não é unívoco. Pode ele significar os fatos percebidos pelo juiz, quando aí estamos diante de fontes de prova. Pode, também, significar os meios pelos quais se fixam os fatos em juízo, sendo assim meios de prova³¹). Por derradeiro, pode o termo significar o fato a ser provado, que se deduz e se introduz no processo pelo meio de prova, quando recebe a designação de objeto de prova. Ao nosso estudo, que se refere ao exame pericial, interessam, de perto, os meios de prova.

3.2. Meios de prova

Os meios de prova são aqueles que servem para demonstrar, fazer patente, em Juízo, a realidade de um fato, que ocorreu ou está ocorrendo. São, como ensina Pontes de Miranda³², “as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova”. Essa realidade pode ser vista sob o aspecto formal e material. Assim, necessário

29 DIAZ DE LEON, Marco Antonio, *Tratado Sobre Las Pruebas Penales*, p. 5, Ed. Porrúa S.A., 1988, México

30 MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. II, p. 253, Ed. Bookseller, 1997, Campinas - SP - Brasil

31 O Código de Processo Penal Italiano de 1988 distingue entre meios de busca de prova, como são os casos das buscas e interceptações telefônicas e os meios de prova, como são a prova testemunhal e a perícia - conforme os arts. 194 e 244

32 *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1947, V.II, p. 155, Brasil

se faz uma distinção entre verdade formal e verdade material. A verdade formal é oriunda de normas imperativas, definidas pelo sistema legal, suprimindo a liberdade do Julgador em favor de uma valoração legal do fato demonstrado. Já a verdade material é atingida pela certeza histórica do fato demonstrado no processo, cuja apreciação deve ser feita com absoluta liberdade de critério. Meios de prova são os métodos utilizados para a realização da prova enquanto demonstração da realidade.

No que se refere a classificação das provas tem, a doutrina, uma gama inesgotável de possibilidades, tais como: diretas e indiretas; principais e acessórias; subjetivas e objetivas; primárias e secundárias; internas e externas; plenas e semi-plenas; legais e livres; entre outras classificações. Todas elas têm sua importância e sua razão jurídica de existir, dependendo do ponto de vista que se analisa a prova em processo penal. Entretanto, no que se refere à perícia, atendendo a esta variedade de classificações, seria ela direta, semi-plena(não é suficiente para a condenação), podendo ser principal ou acessória, subjetiva ou objetiva(dependendo da perícia)

3.3. O objeto(tema) de prova

O objeto da prova são as realidades que podem ser demonstradas de forma genérica (em sentido abstrato) ou em um caso específico (em sentido concreto), que sejam relevantes para a decisão da causa. Abrange, não só o fato criminoso e sua autoria, "*como todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança*"³³.

Desta forma, considera-se legalmente objeto de prova todos os fatos juridicamente relevantes para a existência do crime, conforme o art. 124 do Código de Processo Penal Português. Aqui cabe, ainda, a clara definição do artigo 341 do Código Civil Português, que dispõe que as provas têm por função a demonstração da realidade dos fatos. Assim, esses fatos correspondem ao objeto (tema) de prova, ou seja, são os fatos que devem ser provados e, em princípio, "*são todos os factos juridicamente relevantes no processo*"³⁴.

33 MIRABETE, Julio Fabbrini, *Processo Penal*, Ed. Atlas, 1991, p. 248, SP - Brasil.

34 FERREIRA, Manuel Cavaleiro, *Direito Processual Penal*, Vol. I, Ed. Danubio, 1986,

Independem de comprovação os fatos notórios. No sistema jurídico Brasileiro os fatos notórios são aqueles cujo conhecimento integra a cultura normal, "a informação dos indivíduos de determinado meio"³⁵. Em Portugal, cabe à doutrina dirimir as dúvidas sobre o tema. Atualmente, segundo alguns doutrinadores³⁶, ela inclina-se para o pensamento de que tais fatos não necessitam ser provados. Este também é o pensamento de Manuel S. Santos, David B. Pinho e Manuel L. Henriques³⁷ quando, analisando o teor do artigo 124 do Código de Processo Penal Português, dizem que "estão excluídos do tema da prova os factos notórios, já que a sua evidência consubstancia a própria prova, não havendo assim que provar o que já se encontra provado pelo conhecimento incontestável ou notoriedade apesar de existirem decisões que determinam que os factos notórios por conhecimento do tribunal só podem ser utilizados quando cumprido o dever legal de juntar aos autos documentos que os comprovem.

3.4. Princípios de direito probatório

A prova, no processo, desenvolve-se conforme as normas jurídicas do direito que a regula e tais normas, em conjunto, formam o direito probatório, o qual tem vários princípios, que são:

A) Responsabilidade das partes - Tem raízes com a teoria do negócio jurídico. A parte tem que suportar as conseqüências de sua atividade ou inatividade no processo;

B) Contradição - é a possibilidade da formulação de provas e as respectivas contestações sobre elas;

C) Veracidade - O processo, no que se refere à prova, tem que reconstruir ou construir o estado real das coisas;

p. 205- Portugal

35 TORNAGHI, Hélio, *Instituições de Processo Penal*, Ed. Forense, 1959, 1. Ed., Vol. I, p. 279, Brasil

36 SILVA, Germano Marques, *Curso de Direito Processual Penal*, Ed. Verbo, 1993, Portugal

37 *Código de Processo Penal Anotado*, 1996, Ed. Rei dos Livros, p.533, Portugal

D) Livre apreciação - O juiz deve decidir com sua convicção livremente formada, diante da valoração das provas existentes;

E) Aquisição processual - significa que a prova produzida pertence a todos os sujeitos do processo, independentemente do desejo ou intenção de quem as produziu;

F) Imediação (proximidade) - Nada mais é do que a integral e direta percepção da prova, por parte do julgador. Este princípio tem a finalidade de construir uma estrutura probatória, necessária para a análise de mérito da demanda.

G) Publicidade - princípio pelo qual a prova deve ser pública para que terceiros alheios ao feito, possam reconstruir e assimilar os motivos determinantes da decisão prolatada em Juízo. Também é ele pilar, coluna ou alicerce de outro princípio de processo penal, que é o da ampla defesa. Pois o argüido, indiciado ou Réu tem o direito de saber quais são as provas que existem sobre o fato que a ele lhe imputam, para poder preparar sua defesa e poder contraditar e até mesmo investigar as provas carreadas aos autos. Incompreensível assim o teor do processo penal português sobre as provas e o argüido na investigação preliminar, conforme veremos adiante.

H) Necessidade - segundo o qual, em processo, existe a necessidade de se provar o alegado, inclusive no processo penal. A meu ver, tal princípio também se aplica às causas de exclusão de crime. Certo é que com a alegação de estado de necessidade, sendo um fato lícito deveria caber ao Réu a sua prova. Entretanto, se cabe ao Estado/Poder Social (Ministério Público) ou ao particular (querelante) a prova da existência do crime, cabe ainda, com mais acerto a prova de que não houve uma causa de justificação, ou melhor, cabe demonstrar um juízo de certeza da não ocorrência de fato lícito.

3.5. Apreciação da prova: legal ou livre

Com a evolução da justiça penal sofreram profundas alterações os sistemas de apreciação das provas. Em primeiro utilizava-se o sistema pagão, onde o magistrado fazia a apreciação das provas ao sabor de suas impressões. Em seguida, vigorou o sistema religioso em que se invocava o

juízo divino (os juízos de Deus). Atualmente, existem três sistemas de apreciação, todos de convicção, que são: o da convicção íntima; o da convicção (verdade) legal e o da livre convicção.

No primeiro sistema, convicção íntima, a lei nada diz sobre o valor das provas e a decisão funda-se na certeza moral do juiz. O segundo sistema é o da fixação legal da prova, da verdade legal, onde o juiz tem apenas a posição de robô, diante da normatização da prova e seu valor para o processo, o que impede a correta determinação do caso concreto. Certo é que tal sistema teve suas vantagens quando foi aplicado, principalmente no passado, tendo em vista que diante da incompetência ou da falta de experiência dos magistrados, livrava as decisões de qualquer suspeita de arbitrariedade. O terceiro sistema é o da livre apreciação da prova, que nasceu do pensamento de que a arbitrariedade dos juízes não se impede com regras legais de prova, mas com uma sólida formação do profissional do direito combinado com o dever de fundamentar suas decisões, teve aceitação na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos. Entretanto, tal princípio só deve ser utilizado para os fins do processo, *“no sólo se puede y hasta se debe indicar en la ley medios de prueba (aunque sin hacer una enumeración taxativa) y trazar las formas de esos medios, sin que esto contraste con el método del libre convencimiento, sino que igualmente puede afirmarse que no repugna a este método el que en la ley se señalen algunos criterios orientadores, el que se suministre al juez algunas pruebas, y el que se indique la importancia que algunas pruebas tienen para el cumplimiento y el mínimo de prueba que se requiere, para ciertos actos”*³⁸. A livre apreciação da prova tem as maiores e melhores garantias de que, no processo, será aplicada a verdadeira justiça, pois o julgador é livre para decidir, fundamentadamente, na conformidade de suas convicções, até mesmo contra a apreciação pericial existente nos autos. Tal linha de pensamento nos é oferecida por Rafael de Pina³⁹, para o qual *“El sistema de la prueba libre constituye un progreso con relación al de la prueba tasada y no se puede volver atrás sustituyéndola por ésta, sino*

38 CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Ed. Reus, Madrid, T. II, p.315, España

39 *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editora Reus S.A., Madrid, 1934, p. 113, España

buscar la solución de las garantías de la apreciación del Juez, procurando que en su formación entre el conocimiento de aquellas especialidades que se estimen convenientes. Pero, además, hay que tener en cuenta que en caso de contradicción entre los dictámenes de los peritos, frecuentísima en la práctica del Foro, el sistema de la prueba tasada no resolvería nada. La aspiración de los técnicos, especialmente por lo que se refiere a la prueba pericial médica de que sus dictámenes obliguen al Juez, no podría lograrse sin plantear problemas más graves, afortunadamente resueltos con el sistema de la prueba libre. Evidentemente, apesar da prova ter a sua livre apreciação por parte do Juiz essa regra sofre uma limitação e esta ocorre quando o Juiz fica vinculado por “las leyes del pensamiento y de la experiencia”⁴⁰. Desta forma, não pode ele desprezar ou raciocinar ao contrário de alguns dados carreados ao processo, tais como a determinação da paternidade por DNA ou nível de álcool no sangue, pois “no es posible sustituir el dato objetivo proporcionado por la ciencia, por el convencimiento subjetivo de Juez”⁴¹. O livre convencimento “leva o juiz a pesar o valor das provas segundo o que lhe pareça mais acertado, dentro, porém, de motivação lógica que ele deve expor na decisão”⁴². Assim, a apreciação da prova no sistema que adota a sua livre apreciação é também vinculada. “Não consiste na afirmação do arbítrio na apreciação das provas. Não o é em função de regras legais prefixadas em abstracto, mas é vinculada directamente a apreciação judicial aos princípios em que se consubstancia o direito probatório, e às normas de experiência, de lógica, regras incontestáveis de natureza científica, que se devem incluir no direito probatório. O princípio da livre convicção do juiz também não pode ofender princípios básicos do direito penal,....”⁴³

40 GOMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso Penal Alemán*, Ed. Bosch, 1984, p. 52, España

41 ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, p. 76, aplicaciones prácticas - citado por GOMEZ COLOMER, Juan Luis, *El Proceso Penal Alemán*, Ed. Bosch, 1984, p. 52, España

42 MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, Ed. Bookseller, 1997, p. 275, Campinas - SP - Brasil

43 FERREIRA, Manuel Cavaleiro, *Curso de Processo Penal*, V. I, Ed. Danubio, 1986, p.211/212, Portugal

Jorge de Figueiredo Dias⁴⁴, bem salienta o problema da apreciação da prova, dizendo que *“Com a produção da prova em julgamento visa-se oferecer ao tribunal as condições necessárias para que forme este a sua convicção sobre a existência ou inexistência dos factos e situações que relevam para a sentença. Surge, porém aqui a questão de saber se a apreciação da prova deve ter lugar na base de regras legais predeterminantes do valor a atribuir-lhe (sistema da prova legal), ou antes, na base da livre valoração do juiz e da sua convicção pessoal (sistema da prova livre). Esta questão encerra um problema jurídico-político de primeira grandeza, que tem recebido soluções divergentes tanto nos diferentes estádios de evolução do direito processual penal, como nos diversos sistemas em certo momento vigentes”*.

4. Prova pericial

No desenrolar do processo penal, em busca da verdade dos fatos ocorridos e que originaram a perseguição criminal do Réu/Arguido, existem fatos que só podem ser provados e demonstrados a sua ocorrência, passo a passo, através de pessoas especiais, ou seja, de indivíduos com capacitação profissional específica em determinada área ou matéria, como médicos, engenheiros, biólogos, físicos, entre outros, que possuem uma formação superior ao comum dos homens e que devem prestar sua contribuição para o esclarecimento da verdade sobre o fato criminoso. Tal análise, ou apuração técnica do fato se dá o nome de perícia. Carnelutti⁴⁵ explica a prova pericial com uma frase muito expressiva: *“Así como el juez no puede verlo todo, con igual y aún mayor razón no puede saberlo todo”*. A valoração do resultado da perícia *“constitui forte fator de convencimento do julgador (incluindo-se aqui os jurados, os quais também são juizes, mesmo que leigos), que apesar de não estar vinculado às conclusões da perícia toma normalmente a prova técnico-científica como base de sua fundamentação, por não ser dotado de conhecimentos apropriados”*⁴⁶.

44 *Direito Processual Penal*, Volume I, p. 198/199, Ed. Coimbra Ltda., 1974, Portugal

45 citado por COLOMA, Aurelia, *Estudios de La Prueba Procesal*, p. 62, Ed. Colex, 1986, España

46 GRINOVER, Ada Pellegrini/FERNANDES, Antonio Scarance/GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Nulidades no Processo Penal*, 4. Edição, 1995, p. 127, Malheiros

“La peritación es una actividad procesal desarrollada por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de las personas. Se trata, necesariamente, de una actividad humana, mediante la cual se verifican hechos y se determinan sus características y modalidades, sus calidades, sus relaciones con otros hechos, las causas que lo produjeron y sus efectos”⁴⁷.

Diz o artigo 151 do Código de Processo Penal Português que a prova pericial tem lugar quando a percepção ou apreciação dos factos exigirem determinados conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos.

4.1. Natureza jurídica do exame pericial

Muito se discute sobre a natureza jurídica da perícia. Alguns entendem que é ela um meio de prova, tendo em vista que guarda semelhança com outros meios de prova, como o testemunho e a inspeção judicial, que também não deixam de ser atividades, além de ser assim tratada pelo direito positivo. Outros asseveram que se trata de um elemento de juízo que irá ser utilizado pelo Magistrado na valoração dos acontecimentos que deram origem ao processo, com a finalidade de uma prestação jurisdicional correta e justa.

“En realidad la pericia viene sólo a subsidiar la cultura y conocimientos del Juez para fallar con justicia; se trata de un auxilio que utiliza el Juez para inferir algunas cuestiones...”⁴⁸. “Consiste en la declaración de conocimiento que emite una persona que no sea sujeto necesario del proceso acerca de los hechos, circunstancias o condiciones personales inherentes ao hecho punible, conocidos dentro del proceso, y

Editores - Brasil

47 ECHANDIA, Devis, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Buenos Aires, 1981, p. 287 - citado por COLOMA, Aurelia, *Estudios de La Prueba Procesal*, p. 61, Ed. Colex, 1986, España.

48 DIAZ DE LEON, Marco Antonio, *Tratado sobre Las Pruebas Penales*, p.202, Ed. Porrúa, 1988, México

dirigida ao fim de la prueba, para la que es necesario poseer determinados conocimientos científicos, artísticos o prácticos”.⁴⁹

A perícia, enfim, é uma manifestação pessoal que não é meio de prova, pois produz convicção por dedução, como parte da elaboração do conteúdo lógico da sentença. A perícia examina, avalia, emite um juízo de valor sobre fatos pretéritos, presentes ou futuros, que lhe servem de antecedentes, sendo eles conhecidos ou não do esperto na data do encargo assumido. Ao final, o perito emite um juízo sobre a realidade que lhe foi apresentada, na conformidade de seus conhecimentos específicos sobre a matéria, sendo um meio especial de produção de convicção. Desta forma, poderia se dizer que a perícia é a análise técnica, específica e valorativa da prova (fato) existente no processo. O perito, segundo Garraud⁵⁰, avaliando as diferenças com a testemunha, afirma que a resposta do expert “no constituye en modo alguno una prueba sino la apreciación, el esclarecimiento o la interpretación de otra prueba.”

Tal pensamento, salvo engano, é seguido por Manuel Cavaleiro de Ferreira⁵¹, quando se refere que “a apreciação dos factos é função jurisdicional. Para essa apreciação carece o julgador de conhecimentos jurídicos e da experiência comum, técnicos ou científicos. Como nem sempre todos estes fazem parte da cultura geral do julgador e eles se mostram indispensáveis à apreciação da prova, permite a lei o **auxílio de terceiros** no esclarecimento de pressupostos de apreciação da prova. É este **auxílio** que constitui a perícia... Destina-se a **auxiliar** o julgador ou o instrutor do processo na função que lhe é peculiar de **desvendar o significado de provas pré-existentes ou de apreciar o seu valor**”.(g.n.)

49 FENECH, Miguel , *El Proceso Penal*, 4 Edición, p. 140, Ageda Madrid, 1982, España

50 *Précis de droit criminel*, p. 748, 1921, citado por PINA, Rafael de, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 1. Edição, Editorial Reus S.A., 1934, p. 112, España

51 *Curso de Processo Penal*, II, p. 345 - cfr GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal Anotado*, 1987, p. 20

4.2. Prova pericial e processo penal português

Em Portugal, como salienta Eduardo Correia⁵², o sistema da “prova livre fez o seu aparecimento nas Reformas Judiciárias da primeira metade do século XIX saídas da revolução liberal, paralelamente ao do júri que deveria pronunciar-se sobre as provas, como afirmava ainda o artigo 489 do CPP”, “não escutando senão os ditames da... consciência e íntima convicção”.(Era o que então a doutrina portuguesa apelidava de princípio da prova moral)

Mas, antes de tecer maiores comentários sobre o tema, necessário se faz a reprodução do artigo 32, Ns. 1 e 5 da Constituição da República Portuguesa, sobre as garantias de processo criminal, para se poder fazer uma análise do sistema jurídico-processual.

“Art. 32...

N. 1 - O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.

...

N. 5 - O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”.

O artigo 127 do CPP Português é claro em relação à adoção do princípio da livre apreciação:

“Art. 127 - Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”.

⁵² RDES 14(1967) 27s

Certo é que o art. 655 do Código de Processo Civil também dispõe sobre a livre apreciação da prova⁵³ e que tal dispositivo era utilizado subsidiariamente pelo processo penal, vez que, no regime anterior⁵⁴ não havia qualquer dispositivo semelhante ao atual artigo 127. Entretanto o teor deste artigo sobre a livre apreciação da prova não vinculativa “obedeceu mais ao intuito de autonomizar o CPP em relação ao CPC do que ao de introduzir qualquer alteração significativa - que não existe - em relação ao regime de livre apreciação da prova não vinculativa do art. 655 do CPC”⁵⁵.

Conforme afirma António Augusto Tolda Pinto⁵⁶, o sistema processual Português admite e salvaguarda o princípio processual do livre convencimento do magistrado com relação à prova “e, se ganha relevo em primeira linha para a decisão da causa que se segue à audiência de discussão e julgamento, não deixa de valer para todo o decurso do processo penal e para todos os órgãos de administração da justiça penal, mesmo, portanto para o Ministério Público⁵⁷ ou outras entidades instrutórias e para os órgãos seus auxiliares.”⁵⁸

53 “o tribunal colectivo aprecia livremente as provas e responde segundo a convicção que tenha formado acerca de cada facto suscitado; mas quando a lei exija, para a existência ou prova do facto jurídico, qualquer formalidade especial, não pode esta ser dispensada”

54 Código de Processo Penal de 1929

55 GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal Anotado*, Ed. Almedina, 1996, p. 262, Portugal

56 *Novo Processo Penal*, Ed. Rei dos Livros, 1998, ítem 57, Portugal

57 Cumpre aqui salientar, apenas a título de esclarecimento que em Portugal o MP apesar de ter atribuições parecidas com o MP no Brasil, não detém ele alguns avanços por nós incorporados, como é o caso das curadorias, principalmente a do cidadão e o fato de que o MP Português ainda exerce a função de representar o Estado, o que lhe retira, ao meu ver, a sua primordial função de Poder Social do Estado. Entretanto, no direito Português o MP é magistratura, estruturada também em carreira independente e autônoma como no Brasil, que preside, efetivamente o inquérito policial, comandando os Delegados de Polícia, chamados de Delegados do Ministério Público, e as polícias na elucidação do fato sob apuração, existindo apenas a interferência do Poder Judiciário quando é necessária a realização de procedimento que dependa de autorização judicial, tais como a prisão preventiva ou a busca e apreensão, recebendo o Promotor de Justiça a denominação de Magistrado do Ministério Público. Assim, em Portugal existem duas Magistraturas, a do Poder Judiciário e a do Ministério Público.

58 DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Volume I, p. 201/202, Coimbra

Mas a livre apreciação da prova não é arbitrária, pois o julgador tem que, sempre, fundamentar sua decisão, conforme nos informa o artigo 374, n. 2, do CPP, que diz, verbis:

“Art. 374 - (Requisitos da sentença)

N. 1 - A sentença começará...

N. 2 - Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição, tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal.

N. 3 - A sentença termina pelo dispositivo...”

Assim, como bem assinala Marques Ferreira⁵⁹, “a mais importante inovação introduzida pelo Código nesta matéria (livre apreciação da prova) consiste, precisamente, na consagração de um sistema que obriga a uma correcta fundamentação fáctica das decisões que conheçam a final do objecto do processo de modo a permitir-se o efectivo controlo da sua motivação”. Tal pensamento, com acerto é seguido por várias decisões do Tribunal Constitucional Português, de maneira clara⁶⁰. Com esse raciocínio, se afasta, de forma eficaz, qualquer tentativa de alegar a inconstitucionalidade do artigo 127 do CPP em face do artigo 32 da Constituição.

Como exceção ao referido princípio surge a perícia, pois é “ela um juízo técnico, científico ou artístico, na conformidade do que dispõe o art. 163, n. 1 do Código de Processo Penal Português”⁶¹.

Editora Ltda, 1981, Portugal

59 *in Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra, 1988, p. 227 e segs., Portugal

60 Acórdão n. 1164/96 - Processo n. 666/95 e n. 1165/96 - Processo n. 142/96

61 PINTO, António Augusto Tolda, *Novo Processo Penal*, Ed. Rei dos Livros, item 57, Portugal

“Art. 163 do CPP Português:

1. O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação da prova.

2. Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência”.

Caso o julgador venha a discordar do conteúdo do laudo, deverá fundamentar a divergência, segundo preconiza o mesmo artigo, em seu número 2. Sobre o assunto é clara a explicação Jorge de Figueiredo Dias: “o juízo científico ou parecer propriamente dito só é susceptível de uma crítica igualmente material ou científica... . Quanto ao juízo Científico a apreciação há de ser científica também e estará, por conseguinte, subtraída à competência do tribunal, salvo nos casos de manifestos erros, mas nos quais o juiz terá então de motivar a sua divergência”⁶².

Desse modo, o princípio da livre apreciação da prova (art. 127 do Código de Processo Penal de Portugal), encontra exceção⁶³ no exame pericial (art. 163 do mesmo Diploma) entre outros⁶⁴. Todavia, uma parte da doutrina portuguesa defende, com relação à perícia, a idéia da *absoluta liberdade da sua apreciação pelo juiz*⁶⁵. E isso ocorre tendo em vista que admitir o contrário, não havendo livre apreciação da prova, os laudos já seriam decisões as quais os juízes teriam que se sujeitar, só por recurso

62 *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 1981, p. 209

63 Conforme salienta Manuel Lopes Maia Gonçalves, em seu *Código de Processo Penal Anotado*, 9 Edição, 1998, p. 322 “*integra-se no princípio da prova legal ou tarifada, que é usualmente baseado na segurança e certeza das decisões, consagração de regras de experiência comum e facilidade e celeridade das decisões. Tem grande importância a distinção a nível processual, pois que pelo desrespeito pelas regras próprias da valoração legal ou tarifada implica a violação de normas de direito, com as consequentes implicações, maxime em matéria de recursos*”

64 como são os casos: do artigo 84 sobre o caso julgado; do artigo 169 do Código de Processo Penal que dispõe sobre estarem provados os fatos materiais dos documentos autêncios ou autenticados, salvo comprovação de falsidade e o artigo 344 sobre a confissão integral e sem reservas no julgamento

65 conforme Eduardo Correia, RDES 14(1967)32s

é que poderia a perícia ser invalidada e estaria vedada a possibilidade de novos exames periciais, como permitia o antigo art. 197 e atual artigo 158 do CPP. Parece que a serenidade jurídica, mais uma vez, se encontra com Jorge de Figueiredo Dias que, em sua obra de Direito Processual Penal⁶⁶, salienta que o exame pericial contém dados do fato que servem de base para o parecer e estão sujeitos a livre apreciação do juiz e juízos científicos provados, estes sim fora do alcance e da competência de apreciação do juiz. Cumpre salientar, apenas por curiosidade, que este pensamento já era ventilado, em 1848, por C.J.A. Mittermaier, em seu Tratado da Prova em Matéria Criminal⁶⁷. Seguindo esse entendimento, os Tribunais Portugueses já decidiram que o princípio da livre apreciação da prova não é absoluto e tem como uma das exceções a perícia (Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 5 de maio de 1993; 327,441), não podendo os peritos se manifestar sobre a intenção subjetiva do agente, por não ser este um juízo técnico (Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 12 de dezembro de 1990, Proc. 41283/3).

Aliado a isso, salvo engano, tanto a doutrina como a jurisprudência tratam a perícia, em regra, como uma exceção ao princípio da livre apreciação, não só por seu caráter de especificidade, mas também, por entender tratar-se de um auxílio, de um raciocínio técnico específico e não de um meio de prova, apesar de estar ela inserida no Título II (Dos Meios de Prova), do Livro III (Da Prova), da Parte I, do Código de Processo Penal Português. Aliás, esta também é a opinião de Marques Ferreira, citado por Manuel S. Santos e Outros⁶⁸, para o qual “*seria preferível que o Código qualificasse a intervenção dos peritos na produção e valoração da prova como verdadeiros elementos auxiliares ou colaboradores do Tribunal, sendo desejável a sua funcionalização em estreita colaboração e,*

66 Volume I, p. 209, Ed. Coimbra, 1974, Portugal

67 Tradução da terceira edição de 1848, feita em 1996 por Herbert Wuntzel Heinrich, Ed. Bookseller, Campinas - SP - Brasil, p. 177: “Quando quiser o juiz apreciar os resultados de um exame por peritos, tem que indagar primeiro, se os fatos, que esse exame verifica, devem ser tidos como verdadeiros e depois, se as conclusões deduzidas destes mesmos fatos podem produzir a convicção”. Tal pensamento surgiu quando, na Alemanha, ocorriam movimentos políticos e sociais com a finalidade de modificar a legislação sobre a prova, com o desaparecimento da prova legal, como ocorreu na França depois de 1789.

68 *Código de Processo Penal Anotado*, 1996, Ed. Rei dos Livros, análise ao art. 151

eventual, dependência das autoridades judiciárias". Tal assertiva encontra resistência, no meu entendimento sem razão, em autores como Germano Marques da Silva, que qualifica a perícia, no novo Código como um "meio de prova pessoal"⁶⁹.

Outro aspecto que deve ser analisado é o que ocorre com os artigos 154, n.3, "A" e 155, n. 3 do Código de Processo Penal Português à luz dos princípios constitucionais do Processo Penal. Como já foi salientado no início, o processo penal contém seus pilares fincados na Carta Magna para a garantia das relações do Estado e o Cidadão e nesse sentido é incoerente o princípio com os ordenamentos aqui ventilados. No primeiro artigo mencionado fica claro que, existindo fortes indícios de prejuízo, pode o juiz deixar de comunicar ao argüido a realização da perícia e a segunda norma legal proíbe o conhecimento do relatório do perito, por parte do consultor ou assistente técnico designado pelo argüido em tal caso. Ora, com tal solução normativa não podemos concordar. Realizar um exame pericial, sem o conhecimento do argüido, por causa de possível obstrução da verdade é aceitável diante da busca da verdade real e a possibilidade da existência de um contraditório diferido durante o curso processual, como ocorre nas perícias realizadas de imediato em face da deterioração do objeto do exame. Entretanto, nesses casos, negar a possibilidade do indiciado, através de seu assistente/consultor, de ter acesso ao resultado de tal exame, que como já vimos é peça fundamental de toda e qualquer investigação e apuração criminal é, literalmente, mitigar o princípio da ampla defesa e estabelecer uma superioridade de ação por parte do Estado contra o indivíduo, sem contar com a afronta direta e mortal do núcleo de dignidade humana deste, o que coloca por terra todo e qualquer argumento de um Estado de Direito.

4. 3. Prova pericial e processo penal brasileiro

O processo penal brasileiro tem estrutura acusatória, onde a ampla defesa e o contraditório são garantidos em matéria Constitucional, como se depreende do teor do art. 5, LV, da Constituição Federal:

⁶⁹ *Código de Processo Penal Anotado*, SANTOS, Manuel S. Santos e Outros, 1996, Ed. Rei dos Livros, análise do art. 151

“Art. 5 - Todos são iguais perante a lei,...., nos termos seguintes:

I.-...

LV.- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Salvo os casos de competência do Tribunal do Júri⁷⁰, a instrução encontra-se na fase de conhecimento do processo penal condenatório, como um de seus momentos, constituindo-se, assim, “*como parte procedimental integrante da instância que se desenrola durante a cognição*”⁷¹. É bom salientar, logo de início, que a instrução não se pode confundir com a prova. Entre elas existe “*afinidade de conceitos, mas não identidade. São noções vizinhas. Instrução e prova não são uma coisa só: a instrução está para a prova assim como o instrumento está para a obra que por meio dele se consegue*”⁷².

Encontra-se em vigor o princípio da verdade real, no que se refere a produção de provas, como se visualiza do disposto do art. 155 do Código de Processo Penal, verbis:

“Art. 155. - No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.”

Verifica-se, assim, que o direito à produção da prova, mesmo sendo direito Constitucional incluído na ampla defesa e na obrigatoriedade do contraditório, não é ele absoluto, encontra limites como no artigo acima mencionado e também nos casos de depoimento de pessoa que, em razão de

⁷⁰ julgamento dos crimes dolosos contra a vida, onde prevalece o princípio da *convicção íntima* em matéria de apreciação de prova), não existe o juízo de instrução como procedimento preparatório do juízo da causa (*judicium causae*)

⁷¹ MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. II, p. 250, Ed. Bookseller, 1997, Campinas, Brasil

⁷² CUNHA, Paulo, *Processo Comum de Declaração*, 1944, Vol. II, p. 63, Brasil.

profissão, deva guardar segredo⁷³. “É exatamente no processo penal, onde se avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social - direitos de liberdade assume freqüentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas”⁷⁴.

Ao mesmo tempo, a prova é apreciada de forma livre, conforme se vê do disposto do artigo 157 do mesmo diploma legal⁷⁵:

“Art. 157 - O Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.

Desta forma, é clara a explicação constante na exposição de motivos do referido Código⁷⁶, quando o então Ministro Francisco Campos esclarece que: “Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma hierarquia de provas: na livre apreciação desta, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas: nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O Juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião

73 como é exemplo o disposto no art. 207 do Código de Processo Penal Brasileiro

74 GRINOVER, Ada Pellegrini/FERNANDES, Antonio Scarance/GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *As Nulidades do Processo Penal*, 4. Edição, 1995, p. 112, Ed. Malheiros, Brasil

75 como também é no processo civil, no art. 131, verbis: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegado pelas partes: mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formam o convencimento”.

76 Decreto-Lei n. 3689/41, tendo como autores do projeto os Drs. Vieira Braga, Nélson Hungria, Narcélio de Queiroz, Roberto Lyra, Florêncio de Abreu e Cândido Mendes de Almeida

ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social”⁷⁷. “É exatamente nisso que consiste o método do livre convencimento ou persuasão racional, o qual se cumpre pela valoração de todo o material probatório existente nos autos, e somente deste. Por ele o juiz forma livremente o seu convencimento, mas sem despotismo, porque a decisão há de ser fundamentada e só pode alicerçar-se sobre as provas existentes nos autos”⁷⁸. Aliás, é este o teor do artigo 93, IX da Constituição Federal e o do art. 381 do Código de Processo Penal Brasileiro:

“Art.93 da CF - Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I.- ...

IX.- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade,...

Art. 381 do CPP - A sentença conterá:

I.- ...

II.- ...

III.-...a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

IV.-...”.

Deve ser salientado, que a presença do juiz é condição de validade

⁷⁷ cumpre salientar que apesar da idade, os motivos deste diploma continuam atuais e em conformidade com o nosso tempo, diferente de outras legislações, que não utilizam o princípio da livre apreciação da prova em sentido amplo

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini/FERNANDES, Antonio Scarance/GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *As Nulidades do Processo Penal*, 4. Edição, 1995, p.110, Malheiros Editores, Brasil

das provas carreadas ao feito. No processo penal, as provas constantes do inquérito só se prestam para a formação da *opinio delicti* para efeito de oferecimento da denúncia, sendo certo que “*prova suficiente para a condenação é aquela colhida em juízo*”⁷⁹. Nem de outra forma poderia ser, pois se uma condenação pudesse ter como suporte probatório apenas elementos retirados do inquérito policial, “*ficaria o Ministério Público, no limiar da própria ação penal, exonerado de comprovar a acusação, dando por provado o que pretendia provar, e a instrução criminal se transformaria numa atividade incosequente*”⁸⁰.

Diante da livre apreciação da prova delimitada⁸¹ pela motivação da decisão judicial, aparece a perícia que se destina a levar ao julgador os elementos instrutórios sobre normas técnicas e sobre fatos que dependam de conhecimento especial. A perícia é realizada pelo perito, o qual é órgão auxiliar do juízo e está sujeito à disciplina judiciária, conforme dispõe o art. 275 do Código de Processo Penal Brasileiro. No sistema processual Brasileiro, a perícia pode ser com relação ao corpo de delito e com relação aos demais elementos de prova. O exame de corpo de delito, quando o crime deixa vestígios, é condição de validade do processo e da sentença, não podendo ele ser superado nem mesmo pela confissão do acusado, sendo a sua falta causa de nulidade do feito⁸², caso não possa ser suprida pela prova testemunhal⁸³.

A doutrina insurge-se sobre o dispositivo em exame com o argumento de que é ele um retorno ao já superado sistema da prova legal. Entretanto, entendo, s.m.j., tratar-se de uma condição de procedibilidade do fato em exame no processo. Como se poderia, por exemplo, ter como certo um homicídio (o fato) sem o laudo cadavérico? mesmo que indireto? O que, ao meu ver, é necessário, é a reformulação do preceito em questão com

79 Acórdão do Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Soarez Muñoz, in Revista dos Tribunais 540/412

80 Voto do Exmo. Sr. Dr. Juiz Alberto Silva Franco, do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, na decisão publicada in Revista de Julgados 66/454

81 no sentido de contorno e não de limitação

82 art. 564, III, “b”, Código de Processo Penal Brasileiro

83 Art. 167 do mesmo diploma legal

o fim de se admitir a substituição de um exame por vezes impossível (corpo de delito) por outros ditados pelo avanço da ciência (indiretos), como por exemplo, o de DNA obrigatório do acusado, o que poderia servir para estabelecer com mais precisão a participação ou não de determinada pessoa em um fato delituoso em concreto⁸⁴. No que se referem às demais perícias, não constituem requisito de validade do processo.

Como o processo penal Brasileiro se desenvolve em duas fases, uma anterior a formação da relação processual que é o inquérito e outra posterior que é o processo propriamente dito, as partes podem requerer para a autoridade competente (Delegado, Ministério Público e Juiz, respectivamente) a realização de perícia. Caso o Delegado de Polícia não realize a perícia requerida, o indiciado ou seu defensor podem solicitar ao Ministério Público que requirite o exame ou podem requer a diligência ao Juiz. E isso só ocorre porque, apesar de o inquérito policial ser eminentemente inquisitório, o indiciado e seu defensor têm acesso as provas produzidas, principalmente de natureza técnica, sob pena de quebra dos princípios da ampla defesa e da igualdade de armas. Ocorre, porém, que algumas perícias são realizadas logo no início do inquérito policial sob o argumento do perecimento rápido dos vestígios, de material de difícil conservação ou ainda não existir qualquer indiciado no caso. Nestes casos, a perícia é prova antecipada, de natureza cautelar⁸⁵, exigindo-se sua antecipação *ad perpetuam rei memoriam*. Nestes casos, “o contraditório fica diferido para momentos sucessivos”⁸⁶.

5. Conclusão

Diante das observações acima fica patente que o futuro do processo penal se inclina para uma utilização cada vez maior do sistema acusatório, salvaguardando ao indiciado ou ao réu a maior possibilidade de ter conhecimento de todas as provas apresentadas pelo Ministério Público, seja no inquérito ou no processo, só deixando de ser aplicado tal procedimento quando ainda não existir sequer indiciado do fato ou nos casos em que a

⁸⁴ passando os exames chamados indiretos à categoria de diretos

⁸⁵ onde devem estar presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini/CINTRA, Antonio Carlos de Araujo/DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 8 Edição, 1991, Editora Revista dos Tribunais, p.312

prova tenha natureza cautelar, presentes em sua realização a fumaça do bom direito e o perigo na demora.

Outra observação que aqui deve ser feita é com relação ao juízo de censurabilidade do magistrado na decisão penal condenatória em face de resultado de prova pericial e a possibilidade de apreciação constitucional de seus critérios pelo Tribunal de última instância. Mesmo fazendo uma análise perfunctória do tema, que por si só já é base para um estudo acadêmico profundo, é claro que o princípio da livre apreciação da prova deve estar vinculado ao processo e seu conteúdo e, por consequência, ao dever de fundamentar a decisão proferida. Nesse sentido, se entrelaça o princípio da legalidade, o qual junto com o da ampla defesa, constituem o alicerce de todo o Estado de Direito e suas relações com os indivíduos. Existindo, em determinado caso concreto, a possibilidade de ocorrência de violação desses princípios quando da apreciação de mérito feita pelo magistrado em seara penal, não se pode negar ao Réu ou Argüido a possibilidade de ver o seu processo revisto por quem tem a competência legal de manter em vigor e salvaguardar as normas Constitucionais, ressalvado, é claro, o juízo formal de admissibilidade de tal recurso, na conformidade com a lei interna de tal órgão jurisdicional colegiado. Em assim não se admitindo seria o mesmo que estabelecer que os princípios que norteiam as normas têm apenas uma função estática, formal e simbólica, em detrimento da função dinâmica, estrutural e de salvaguarda do processo penal.

De forma específica, em que pese a autoridade jurídica de Jorge de Figueiredo Dias que, salvo engano, melhor solucionou o problema do exame pericial diante da legislação portuguesa, não podemos com ele concordar quando faz uma dicotomia do laudo pericial, uma parte sobre o fato e outra sobre o raciocínio, esta fora do alcance da livre apreciação da prova, pois o laudo é um só e toda a questão de fato acaba por vincular uma questão de direito. Melhor seria a mudança da legislação para incluir toda e qualquer prova no sistema do livre convencimento do magistrado.

Já no caso Brasileiro, importante seria uma reformulação do Código de Processo Penal no sentido de abandonar-se o sistema da prova legal com relação ao exame de corpo de delito, pois atualmente é ele indispensável para a validade do processo, não podendo ser substituído nem mesmo pela confissão do acusado, tendo em vista que outros meios de prova,

principalmente no campo científico⁸⁷, podem levar a certeza da existência do fato delituoso e quem foi o seu autor, fornecendo ao Ministério Público e ao Poder Judiciário o devido e necessário juízo de valor, com a finalidade de se ter a prolação de uma sentença justa. Entretanto, tal medida deve ser tomada em conformidade com os princípios constitucionais do processo penal que garantem ao indivíduo e não só ao cidadão a existência e a observância de regras pré-estabelecidas de um verdadeiro Estado de Direito, que defende em primeira e última análise a dignidade humana de seus habitantes.

87 Como ocorre atualmente na Espanha, que a Polícia Científica, através dos mais variados exames concebidos pela ciência, consegue obter a certeza necessária sobre a evolução do fato criminoso e seu autor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BETTIOL, Guisepe, *Instituições de Direito e Processo Penal*, Coimbra Editora, 1974, Portugal.

BENTHAM, Jeremías, *Tratado de Las Pruebas Judiciales*, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1972, Argentina.

BONNIER, Eduardo, *Tratado Teórico y Práctico de Las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal*, Editora Reus, Madrid, 1928, España.

BRUSA, Emílio, prefácio de *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, de Nicola Framarino Dei Malatesta, Editora Bookseller, 1996, tradução da edição de 1912, feito por Paolo Capitanio, Brasil.

CARRARA, Francisco, *Programa de Derecho Criminal*, Editora Temis, Bogotá, 1957.

CHIOVENDA, Jose, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Editora Reus, Madrid, España.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, *Teoria Geral do Processo*, 8a. Edição, 1991, Editora Revita dos Tribunais, Brasil, em conjunto com GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Candido Rangel.

CUNHA, Paulo, *Processo Comum de Declaração*, 1944, Brasil

DIAS, Jorge de Figueiredo,

- *Direito Processual Penal*, Editora Coimbra, 1974, Portugal.

- *Direito Processual Penal*, Editora Coimbra, 1981, Portugal.

DIAZ DE LEON, Marco Antonio, *Tratado sobre Las Pruebas Penales*, Editora Porrúa S.A., 1988, México.

DINAMARCO, Candido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 8a. Edição, 1991, Editora Revita dos Tribunais, Brasil, em conjunto com CINTRA, Antonio Carlos de Araujo e GRINOVER, Ada Pellegrini.

ECHANDIA, Devis, *Teoria General de La Prueba Judicial*, 1981, Buenos Aires, Argentina

FENECH, Miguel, *El Proceso Penal*, 4a. Edição, Editora Madrid Agesa, 1982, Espanha.

FERNANDES, Antonio Scarance, *Nulidades no Processo Penal*, 4a. Edição, 1995, Editora Malheiros, Brasil, obra conjunta com GRINOVER, Ada Pellegrini e GOMES FILHO, Antonio Magalhães.

FERREIRA, Manuel de Cavaleiro, *Curso de Direito Processual Penal*, Editora Danúbio, 1986, Portugal.

FLORIAN, Eugenio, *De Las Pruebas Penales*, Editora Temis, 1968, Bogotá.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia,

- *Código de Processo Penal Anotado*, 1987, Portugal.

- *Código de Processo Penal Anotado*, 1996, Portugal.

- *Código de Processo Penal Anotado*, Editora Almedina, 1998, Portugal.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Nulidades no Processo Penal*, 4a. Edição, 1995, Editora Malheiros, Brasil, obra conjunta com FERNANDES, Antonio Scarance e GRINOVER, Ada Pellegrini.

GOMEZ COLOMER, Juan Luiz, *El Proceso Penal Alemán*, Editora Bosh, 1984, Espanha.

GRINOVER, Ada Pellegrini,

- *Nulidades no Processo Penal*, 4a. Edição, 1995, Editora Malheiros, Brasil, obra conjunta com FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães.

- *Teoria Geral do Processo*, 8a. Edição, 1991, Editora Revita dos Tribunais, Brasil, em conjunto com CINTRA, Antonio Carlos de Araujo e DINAMARCO, Candido Rangel.

HENRIQUES, Manuel L., *Código de Processo Penal Anotado*, Editora Rei dos Livros, 1996, Portugal, obra em conjunto com PINHO, David B. e SANTOS, Manuel S.

LIEBMAN, Enrico Tulio, *Corso di Diritto Processuale Civile*, 1952.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei, *ALógica das Provas em Matéria Criminal*, Tradução de CAPITANIO, Paolo, Editora Bookseller, 1996, Campinas, Brasil.

- MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal*, Editora Ejea, 1952, Buenos Aires, Argentina.
- MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, Editora Bookseller, 1997, Brasil.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, *Processo Penal*, Editora Atlas, 1991, Brasil.
- MIRANDA, Pontes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1947, Editora Forense, Brasil.
- MITTERMAIER, C. J. A. , *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, 3. Edição de 1848, Traduzido por HEINRICH, Herbert Wuntzel, 1996, Editora Bookseller, Brasil.
- PINA, Rafael, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editora Reus, Madrid, 1934, España.
- PINHO, David B., *Código de Processo Penal Anotado*, Editora Rei dos Livros, 1996, Portugal, obra em conjunto com HENRIQUES, Manuel L e SANTOS, Manuel S.
- PINTO, António Augusto Tolda, *Novo Processo Penal*, Editora Rei dos Livros, 1998, Portugal
- ROMERO COLOMA, Aurélia Maria, *Estudios de La Prueba Procesal*, Editora Colex, 1986, España.
- SANTOS, Manuel S., *Código de Processo Penal Anotado*, Editora Rei dos Livros, 1996, Portugal, obra em conjunto com PINHO, David B. e HENRIQUES, Manuel L.
- SILVA, Germano Marques, *Curso de Direito Processual Penal*, Editora Verbo, 1993, Portugal.
- TORNAGHI, Hélio, *Instituições de Processo Penal*, Editora Forense, 1959, Brasil.
- VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico crítico filosófico de los Procedimientos Judiciales en materia Civil Según La Nueva Ley de Enjuiciamiento*, Editora Gaspar y Roig, Madrid, 1856, España.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 36, I, III, Portugal.

FERREIRA, Marques, *in Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra, 1988, Portugal.

NEVES, Castanheira, *in Seminários de Processo Criminal*, 1967/68, Portugal.

AS CONSEQÜÊNCIAS PROCESSUAIS PENAIS DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS

Marcellus Polastri Lima

Mestre e doutor em Ciências Penais (ênfase em Processo Penal; procurador de justiça; professor em cursos de graduação e pós-graduação; membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto de Ciências Criminais.

A Nova Lei de Falências – Lei n. 11.101, de 09.02. 2005 – entrou em vigor em 9 de junho de 2005, em vista do prazo de *vacatio legis*, lapso este contado nos termos do §1º do art. 8º da LC 95/98.¹

Logo desponta como importante efeito processual penal da referida lei a **revogação expressa do chamado “procedimento especial dos crimes de falência”**, outrora previsto nos arts. 503 a 512 do Código de Processo Penal.

É que estabelece a nova lei, em seu art. 185: “Recebida a denúncia ou a queixa, observar-se-á o rito previsto nos artigos 531 a 540 do Decreto-lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941-Código de Processo Penal”.

E, como se não bastasse, o art. 200 da Nova lei estabelece tal **revogação de forma ainda mais taxativa, ao frisar que “ressalvado o disposto no**

¹ “A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral”.

art. 192, ficam revogados [...] os artigos 503 a 512 do Decreto-lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941-Código de Processo Penal”.

Dá-se aqui uma situação interessante. É que, como é sabido, no processo penal vigora o princípio *tempus regit actum* (art. 2º); ou seja, a lei processual penal se aplica de imediato aos processos já em andamento. Ocorre que a Nova Lei de Falências, em seu art. 192, diz **não se aplicar o novo rito aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-lei n. 7.661 de junho de 1945 (anterior Lei de Falências).**

Ora, assim, ao se colocar a ressalva no art. 200 de que operou a revogação expressa dos arts. 503 a 512 do CPP, **salvo o disposto no art. 192**, quer significar que **os processos anteriores à vigência da Nova Lei de Falências ainda se regerão pelo antigo rito dos arts. 503 a 512**, operando-se, portanto, uma exceção à regra geral do art. 2º do CPP. Destarte, é intuitivo: só se pode aplicar o novo rito após a vigência da Nova Lei, que se deu em 9 de junho de 2005.

Não se pode defender, destarte, que a “irretroatividade” só se daria em relação às normas penais, e não às normas processuais da lei², pois, consoante bem vislumbrou Cezar Roberto Bitencourt:

[...] uma coisa é a (ir) retroatividade penal (material ou processual), e outra, absolutamente distinta, é a ultratividade de alguns dispositivos relativos à matéria procedimental, **expressamente determinada por lei**...Na verdade, o art. 192 atribui ultratividade a alguns dispositivos do Dec.-lei 7.661/45 para as hipóteses de processo de falência que foram ajuizados antes de entrar em vigor a nova lei; é uma espécie de exceção ao princípio *tempus regit actum*...³(grifo nosso).

O que é certo é que, sendo a falência ou concordata ajuizada depois da vigência da Nova Lei de Falências, **aplicar-se-á, agora, aos crimes falimentares o chamado “procedimento sumário”**.

2 Neste sentido GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Breves Anotações sobre o novo processo penal falimentar*. Boletim do IBCCrim, 148, março de 2005.

3 BITENCOURT, Cezar Roberto. *A nova Lei de Falências: aspectos penais e processuais penais*, in *Revista Brasileira de Ciências Penais*, n.58, jan-fev- de 2006, São Paulo:RT, p.229/230.

Entretanto, o procedimento sumário, da forma como foi idealizado pelo legislador do CPP de 1941, de há muito vem sofrendo duros golpes, primeiro com a Constituição de 1988 e, em seguida, ante o advento de leis especiais posteriores.

Na verdade, anteriormente, existiam um procedimento “sumaríssimo” para as contravenções (arts. 531 e segs. do CPP) e um sumário para os crimes punidos com detenção (arts. 538 e 539). Porém, o art. 129, I, da CF de 1988, que atribuiu **exclusividade nas infrações de ação penal pública ao Ministério Público, revogou o procedimento aplicável às contravenções penais**, além dos efeitos da Lei n.4.611/65, que determinava sua aplicação aos delitos de homicídio e lesão corporal culposos que tivessem autoria conhecida dentro dos primeiros quinze dias.

Assim, não mais se autorizava o procedimento de ofício por parte do delegado de polícia ou do juiz, resquício de um sistema inquisitivo que tornava o nosso Código de Processo Penal tipicamente um Código misto: parte inquisitivo, parte acusatório.

Revogado o art. 531, destinado às contravenções penais, passaram a ser utilizados os arts. 538 e 539 do CPP também para estas e para os crimes culposos de homicídio e lesão corporal com imediata autoria conhecida, sempre se exigindo a denúncia do Ministério Público.

Em relação às leis ordinárias posteriores ao CPP, o maior golpe se deu com o advento da Lei n. 9.099/95, pois esta se aplica justamente para a grande maioria dos delitos antes processados pelo rito sumário, rito este previsto para os delitos punidos com pena de detenção e para as contravenções penais em geral, o que se vê com pequeno esforço interpretativo, já que a Lei n. 9.099/95 abrange tanto as contravenções como os delitos punidos com detenção, que são precisamente o objeto maior desta lei (arts. 61 e 88), que se destina às infrações de pequeno potencial ofensivo.

Por outro lado, ressalvou o legislador da Lei n. 9.099/95, no art. 97 a **revogação da Lei n. 4.611/65**, justamente a responsável pela introdução das normas do rito sumaríssimo dos arts. 531 a 538 para os crimes de lesões e homicídios culposos, sendo que no seu art. 88 a Lei n. 9.099/95 se refere expressamente às lesões dolosas leves e às lesões culposas.

Com efeito, a menção à revogação da Lei n. 4611/65 poderia parecer dispensável, ante o advento da CF de 1988, mas o motivo de o legislador da Lei n. 9.099/95 estabelecer **expressamente** a revogação desta lei foi exatamente em razão do rito especial sumário do art. 531, então estabelecido para os delitos de homicídio e de lesões corporais culposas com autoria imediatamente conhecida. Assim, esta lei, que já estava com autoria pela Constituição Federal, não tendo sido recepcionada, no que tange à instauração da ação penal por portaria da autoridade policial ou judiciária, com o advento da Lei n. 9.099/95, foi agora totalmente ab-rogada, dando-se a revogação de seu último efeito no ordenamento processual penal, ou seja, a imposição do rito sumário para aqueles casos.

Restavam em nosso ordenamento jurídico para julgamento no rito sumário as infrações que saíssem, em vista de declinação de competência, por previsão legal, dos Juizados Especiais Criminais.

Era o caso do disposto no §2º do art. 77 da Lei n. 9099/95, que faz menção às hipóteses de quando a **complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, sendo que o Ministério Público poderá requerer ao juiz o encaminhamento das peças existentes ao "Juízo", na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei, ou, ainda, quando se tratasse de autor do fato a ser citado por edital.**

Nessas duas hipóteses, portanto, dando-se a remessa para o Juízo Comum, o rito a ser seguido só poderia ser o sumário, por se tratar de infrações com multa ou pena de detenção.

Porém, com o advento do Código de Trânsito Brasileiro, o rito sumário teve mais uma "sobrevida", pois os delitos de homicídio e lesões corporais culposas não seriam mais julgados no Juizado Especial Criminal, só se aplicando ao último as medidas despenalizadoras da Lei n. 9.099/95, em vista da exceção expressa do parágrafo primeiro do art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro.⁴

Assim, os delitos dos art. 302 (homicídio culposo) e 303 (lesões corporais no trânsito), novos delitos regidos por lei especial,

4 Cf. LIMA, Marcellus Polastri. *O Processo Penal dos Crimes de Trânsito*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2001.

seriam julgados na forma do art. 539 do Código de Processo Penal, pois aos mesmos não eram cominadas penas de reclusão, ao menos alternativamente. Assim, seria caso de aplicação do rito sumário (na hipótese do art. 303, após a tentativa infrutífera da conciliação e transação penal, na forma da Lei n. 9.099/95).

Não havia dúvida, portanto, que tais delitos seguiriam o rito sumário do art. 539 do CPP e, igualmente, também desafiavam aquele rito os delitos de embriaguez ao volante e de competição não autorizada, ou "racha", no trânsito, quando também seria aplicado o rito do art. 539 do Código de Processo Penal, pois aos mesmos, como no caso do homicídio culposo e das lesões corporais culposas, não eram cominadas penas de reclusão, ao menos alternativamente, e as penas máximas eram superiores a um ano, sendo hipótese, assim, de aplicação do rito sumário.

Porém, com o advento da Lei n. 10.259/2001 (Juizados Especiais Criminais), que aumentou o patamar de admissibilidade dos Juizados Estaduais para pena máxima de dois anos no âmbito federal, passou-se a entender que tal patamar se estenderia aos Juizados Estaduais. Portanto, os delitos de lesão corporal culposa e de racha no trânsito passariam a ser julgados pelos Juizados Especiais Criminais. Somente seriam julgados pelo rito sumário o homicídio no trânsito e o delito de embriaguez no trânsito, por terem pena máxima superior a dois anos, posição, aliás, que acabou ratificada pelo legislador na Lei n. 11.313/2006.

De qualquer maneira, como visto, só se utilizava, na prática, o rito sumário para alguns poucos delitos, como o homicídio culposo, do Código Penal e do Código Brasileiro de Trânsito, o delito de embriaguez no trânsito, também previsto nesta última codificação, além daqueles processos que vinham do Juizado, por ocorrência de complexidade ou não localização do autor do fato.

Agora, portanto, assume o procedimento sumário maior importância, pois o procedimento dos crimes de falência, previsto nos arts. 503 a 512, **foi revogado pela Lei 11.101, de 2005, a Nova Lei de Falências, que manda aplicar para estes delitos o rito sumário.**

Mas existe uma evidente impropriedade na nova legislação, pois seu

art. 185 determina que “observar-se-á o rito previsto nos arts. 531 a 540 do Decreto-lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941- Código de Processo Penal”.

Ora, como já visto, evidentemente, não há que se falar em aplicação do art. 531 do CPP, que foi revogado pela Constituição de 1988 e expressamente pela Lei n. 9.099/95.

Não se restaurou (ou se repristinou, como se isso fosse possível) o malfado procedimento de ofício pelo delegado ou juiz, pois em vista do impedimento constitucional a denúncia será sempre do promotor. Assim, na verdade, em se tratando do procedimento dos crimes falimentares, aplicar-se-ão os arts. 538 a 540 do CPP.⁵

Interessante a observação feita por Cezar Roberto Bitencourt de que, agora, em relação aos crimes falimentares, “mesmo punidos com reclusão (todos, com exceção do previsto no art. 178 da Lei de Falências), o procedimento deverá ser o previsto pelo CPP para os crimes punidos com detenção, pois esse é o procedimento previsto pela lei para os crimes falimentares”.⁶ Com efeito, apesar de o procedimento sumário ser previsto no CPP para os delitos punidos com detenção, por expressa determinação da lei especial, passará a ser sempre o rito destinado aos delitos falimentares, em regra, punidos com reclusão.

Os denominados “crimes falimentares” estão previstos, hoje, nos arts. 168 a 178 da Lei n. 11.101/2005. Já o seu procedimento criminal, em confronto com o rito anterior, trará, em síntese, as seguintes novidades

a) A competência será a do local da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial (art. 183 da Lei n. 11.101).

b) Todos os crimes são de ação penal pública incondicionada, admitindo-se, entretanto, a ação penal privada subsidiária da pública (art. 184), o que era dispensável dizer, ante os termos do art. 5º, inciso LIX, da CF.

c) Uma vez intimado o promotor da sentença que decreta a falência, e

⁵ A referida impropriedade da lei também foi vislumbrada por Antonio Magalhães Gomes Filho, obra citada, p. 12, e Cezar Roberto Bitencourt, obra citada, p. 226.

⁶ Obra citada, p. 227.

verificando ocorrência de crime falimentar, será oferecida a denúncia, no prazo do art. 46 do CPP, ou, se assim pedir o Ministério Público, a diligência de apresentação de exposição circunstanciada do administrador judicial, em 15 dias após tal apresentação. Poderá o promotor, ainda, determinar a abertura de inquérito policial, passando o prazo para a denúncia, obviamente, neste caso, a se contar da conclusão deste. Possível, ainda o arquivamento, como é intuitivo, se não demonstrada a probabilidade do crime ou faltar justa causa (arts. 186 a 188).

d) Recebida a denúncia ou a queixa subsidiária, segue-se, como visto, o rito do procedimento sumário, previsto nos arts. 531 a 540 do CPP, consoante o art. 185 da Nova Lei.

e) A prescrição se regerá na forma dos arts. 109 e segs. do CP, não havendo mais prazo prescricional próprio para os crimes falimentares, com a particularidade de que sua contagem começa a correr da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial (art. 182), sendo que a posterior decretação de falência é causa interruptiva, nos casos da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial (parágrafo único).

Como se vê, foi revogado o antigo inquérito judicial, em que o juiz “apurava” o crime falimentar, o que se amolda ao art. 129, I, da CF, sendo consentâneo com o sistema acusatório, pois não cabe ao juiz praticar atos de investigação.

De acordo com Luiz Flávio Gomes:

Não mais existe o inquérito judicial. O juiz, sempre que vislumbrar indícios de crime mandará cópia de tudo ao MP (art. 187, §2º, da Lei 11.101/05). O sistema acusatório vigente no nosso País desde 1988, como se vê, foi reforçado pela nova lei de falências. De acordo com as regras deste sistema, as funções de acusar, defender e julgar devem ser exercidas por pessoas distintas. É certo que ao juiz compete a tarefa de julgar, de dirimir conflitos e de preservar os direitos fundamentais. Não lhe cabe investigar crimes. Era uma anomalia muito estranha o juiz presidir a investigação

preliminar nos crimes falimentares.⁷

Cezar Roberto Bitencourt critica o fim do inquérito judicial:

Neste ponto, a nova lei comete outro pecado capital: ao contrário da lei revogada que consagrava o inquérito judicial, o novo diploma legal, em verdadeiro retrocesso, prevê a requisição de “inquérito policial, para uma atividade que a polícia brasileira nunca esteve, não está e nunca estará preparada e aparelhada para exercê-la.”⁸

Arthur Migliari Júnior defende que o inquérito judicial não foi sepultado de vez, em vista do §1º do art. 192 da nova lei.⁹ Porém, tratando-se de um parágrafo do art. 192, e o *caput* fazendo referência ao direito intertemporal, ou seja, que os procedimentos dos crimes praticados anteriormente à lei continuam seguindo a antiga lei, só se poderá falar nesta modalidade de inquérito, e isso com muita “boa vontade”, em vista de sua incompatibilidade com a Constituição, nos procedimentos já em curso quando da entrada em vigor da lei. Mas, após sua vigência, este foi completamente abolido, não se podendo mais se discutir a respeito.

Não há nenhuma razão de se defender o antigo sistema, que estava em descompasso com o sistema acusatório, sendo resquício do caráter misto do Código de Processo Penal de 1941. Não há que se cogitar se a polícia estaria ou não aparelhada para tais investigações, uma vez que, como visto, o antigo inquérito judicial afrontava a Constituição. A questão do aparelhamento técnico policial é questão prática e deverá se resolver com o tempo, com a devida especialização investigativa da polícia.

Reger-se-á a investigação policial na forma do CPP (art. 4º e segs.), não havendo que se falar em exercício de contraditório e de ampla defesa, como defende Cezar Roberto Bitencourt¹⁰, já que o inquérito é procedimento inquisitorial, sendo incompatível com aqueles princípios constitucionais,

7 GOMES, Luiz Flávio. *Nova lei e Falências e suas repercussões criminais*. in *Síntese, Doutrinas e Comentários*. Porto Alegre, Março de 2005, p. 7/8.

8 Obra citada, p. 215.

9 Cf. MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. Os Crimes Falimentares no Direito Intertemporal, in *Revista da EMERJ*, vol. 8, n. 31, RJ-TJ, 2005, p. 325.

10 Obra citada, p. 217.

que se aplicam somente ao processo.

Agora, portanto, a investigação, quando necessária, será feita mediante inquérito policial, investigação própria do Ministério Público ou, mesmo, de inquérito civil, presidido pelo *parquet*, hipótese última esta defendida pelo autor supracitado, em face do art. 22, III, "e", da Lei 7.437/85.¹¹

Ainda, consoante Luiz Flávio Gomes,

[...] tendo sido abolido, pela nova lei de falências (Lei 11.101/05), o inquérito judicial, que incumbia ao juiz da falência a investigação do crime falimentar, não há dúvida de que, nessa fase preliminar, ganhou proeminência o Ministério Público. Logo que intimado da sentença de falência ou que concede a recuperação judicial, cabe-lhe a promoção da ação penal respectiva (caso algum delito a ser punido) ou a requisição da abertura de inquérito policial [...]¹²

Aliás, como bem observa Cezar Roberto Bitencourt, não mais tem o síndico da falência a prerrogativa de requisitar a investigação¹³, pois "agora, pelo novo texto legal, somente o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime falimentar, se "entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial"(art.187). Ninguém mais detém essa prerrogativa, ao contrário do que ocorria no texto revogado".¹⁴

Neste ponto, observamos, o legislador também se ajusta ao sistema acusatório e à nova Constituição ao não contemplar a possibilidade de o juiz requisitar o inquérito policial, conforme, indevidamente, se fazia no art. 13, II, do CPP, prerrogativa que a melhor doutrina vem considerando, neste aspecto, inconstitucional.¹⁵

Outrossim, segundo entendemos, não há mais que se cogitar da

11 Autor e obra citados, p. 325.

12 Obra citada, p. 8.

13 Antigo art. 103, §1º do Dec.-lei 7.661/45.

14 Obra citada, p. 214.

15 Cf. nossos Curso de Processo Penal, vol. I, Rio de Janeiro :*Lumen Juris* e Ministério Público e Persecução Criminal, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*.

atribuição do curador de falência para os processos criminais dos crimes falimentares, conforme dispunha o art. 504 do CPP, pois, agora, dando-se o advento da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial, deve se dar o envio de peças ao promotor da vara criminal, preservando-se, assim, o princípio do promotor natural, ante a revogação expressa do art. 504 do CPP.

Não impressiona o fato de o art. 187 da Lei estabelecer que “**intimado** da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta lei, **promoverá imediatamente a competente ação penal [...]**”

Evidente que o curador de massa falida será intimado da sentença para ciência e eventual recurso, mas não se pode afirmar que este deve ser “intimado para imediatamente propor a ação penal”, tirando-se daí a conclusão de que será aquele membro do *parquet* que terá a atribuição criminal, a uma, porque o art. 504 que deferia ao mesmo tal atribuição foi revogado e, a duas, porque não cabe ao juiz “intimar” o promotor para que exerça tal função, pois a *opinio* é exclusiva do Ministério Público.

Aliás, a Lei, impropriamente, utiliza a expressão “imediatamente” para que o Ministério Público tome as providências de denunciar ou requisitar inquérito policial, mas, obviamente, o *parquet* deverá fazê-lo no prazo previsto no CPP, ou seja: 5 dias para suspeito preso¹⁶ e 15 dias para suspeito solto. Tal foi observado e criticado por Cezar Roberto Bitencourt:

A expressão “imediatamente” impondo ao Ministério Público a obrigação de denunciar, havendo crimes, é absolutamente imprópria, inadequada e revela o elevado grau de desconhecimento dos princípios mais comezinhos de processo penal, particularmente da teoria prazal adotada pelos diplomas processuais brasileiros.¹⁷

De se notar, ainda, que, evidentemente, apesar de a Lei só prever

¹⁶ Obviamente que, em se tratando de preso em flagrante ou preventivamente, caso o promotor entenda necessárias outras diligências ou requisição de inquérito, deverá este procedimento terminar em 10 dias, na forma do art. 10 do CPP.

¹⁷ Obra. citada, p. 219.

a propositura da ação penal e a requisição de inquérito policial por parte do Ministério Público (art. 187), este poderá, ainda, requisitar diligências ou fazer investigações próprias, na forma das Leis Orgânicas da Instituição e da Constituição Federal. Assim, ao apreciar a sentença que decreta a falência ou recuperação do devedor, poderá o membro do *parquet* com atribuição, ao formar *opinio*, denunciar, requisitar diligências, solicitar a instauração de inquérito, providenciar diligências investigatórias próprias e, se for o caso, arquivar as peças de informação ou investigativas.

A melhor interpretação do dispositivo, assim, será que o juiz da Vara Empresarial intimará o curador de falências para ciência da sentença e, **concomitantemente**, entendendo configurar em tese crime falimentar, na forma do art. 40 do CPP, deverá encaminhar peças ao promotor criminal. E mesmo que assim não proceda, nada impede que o promotor da Vara Empresarial, vislumbrando prática de crime, encaminhe cópias ao promotor com atribuição.¹⁸

Alguns estados, como São Paulo, em sua organização judiciária, estabeleciam a competência para o processo criminal do próprio juiz da Vara Empresarial. Neste caso, a atribuição seria do curador de massas falidas. Porém, em que pese a defesa deste sistema por Migliari Júnior¹⁹, entendemos que, em face da nova lei, a competência deve ser da Vara Criminal, sistema já adotado no Rio de Janeiro e na maioria dos estados, sendo que, agora, a atribuição para o inquérito e processo será do promotor criminal.

Esta também parece ser a opinião de Cezar Roberto Bitencourt:

Silencia o novo estatuto legal, por outro lado, quanto ao Ministério Público que officará na ação penal: será o mesmo do procedimento falimentar ou, a exemplo do juiz criminal, deverá ser um agente que atue na área criminal? ...A solução natural, contudo, será conferir essa atribuição ao Ministério Público que atua junto ao juiz criminal a quem couber conhecer e processar a ação penal, como normalmente ocorre

¹⁸ No Rio de Janeiro, o promotor da Central de Inquéritos, com atribuição criminal.

¹⁹ Obra. citada, p. 331.

em todos os processos desta seara.²⁰

Mas, ao contrário do notável penalista, não achamos necessária previsão neste sentido na Lei de Organização Judiciária, como defende o autor²¹, pois houve total revogação do procedimento especial dos crimes falimentares (arts. 503 e segs. do CPP. E, assim, foi revogado o art. 504 do CPP, que previa a atuação do curador de massas falidas no processo criminal. Ora, havendo a revogação, aplica-se a regra geral: nos processos criminais, a atribuição para funcionar será do promotor de justiça criminal.

Por fim, espancou-se qualquer dúvida quanto à natureza da sentença que decreta a falência no juízo empresarial, pois dispõe o art. 180 que “a sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a homologação do plano de recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é **condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei**”.

Consoante Migliari Júnior:

Sem a sentença declaratória de falência ou da concessão da recuperação, em qualquer de suas modalidades, todos os fatos *antefalenciais*, em regra, que a lei enumera como crimes falenciais são indiferentes penalmente, posto que é a sentença declaratória o marco divisório da existência ou não de crimes falimentares. É, pois, a sentença declaratória o elemento integrante da injuridicidade, passando a ser fato integrativo do crime. Desta forma é elemento constitutivo e específico desse delito, inteiramente peculiar ao mesmo.²²

Assim, se antes havia discussão a respeito na doutrina, com alguns doutrinadores defendendo tratar-se a sentença declaratória de falência de condição objetiva de punibilidade e outros de procedibilidade, agora o legislador assumiu posição²³ estabelecendo que as decisões que decretam a

20 Obra citada, p. 209.

21 Obra citada, p. 209.

22 Obra. citada., p. 317.

23 Para Cezar Roberto Bitencourt, o “Senado Federal invadiu o campo da ciência, indo além de sua função legislativa, para definir a natureza jurídica de um instituto processual, que poderia ser melhor trabalhado pela doutrina e jurisprudência” (ob, citada, p. 212/213).

falência, concedem a recuperação judicial ou concedem a homologação do plano de recuperação extrajudicial são, efetivamente, **condições objetivas de punibilidade**.

Ainda, segundo o magistério de Luiz Flávio Gomes,

[...] por força do art. 180 da nova lei de falências, a sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial mudou sua natureza jurídica: agora é condição objetiva de punibilidade. Sem ela o fato não é punível. Condição objetiva de punibilidade é uma condição criada pelo legislador, por razões de política criminal, que está coligada não com o merecimento da pena, e sim com sua necessidade. Ela não interfere no injusto penal (fato materialmente típico+antijuridicidade), nem na culpabilidade do agente. Integra, isso sim, o fato punível (a punibilidade abstrata)...antes da sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial, não há sequer fato punível. Pode já estar configurado um injusto penal (fato materialmente típico+antijuridicidade. Pode o agente se culpável (se podia agir de modo diverso e não agiu) Mas não existe fato ameaçado com pena [...]²⁴

Mas, na verdade, o efeito prático, na área processual penal, muito se aproxima de uma verdadeira condição de objetiva de procedibilidade, como reconhece Francisco de Assis Toledo²⁵ e, também, é observado por Cezar Roberto Bitencourt, em face da nova lei:

[...] **com boa dose de razão**, como dizia Assis Toledo, pode-se admitir a natureza mista da sentença declaratória de falência ou de recuperação de empresa, isto é, se pode considerá-la como condição objetiva de punibilidade, como determina o texto legal, e, ao mesmo tempo, condição objetiva de procedibilidade, em razão dos efeitos práticos que produz.²⁶

Assim, tal significa dizer que só poderá ser oferecida a denúncia após

²⁴ Obra. citada, p. 8.

²⁵ TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, p. 157.

²⁶ Obra citada, p. 213.

o advento da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial. Caso seja oferecida antes, deverá se dar sua rejeição (art. 43, III, do CPP).

Dúvida poderá existir: se acaso interposto recurso das referidas decisões, o *parquet* deveria aguardar o seu deslinde para a propositura da ação ou oferecer desde já a denúncia? Certo é que, se iniciado o processo, antes da apreciação do recurso, a posterior procedência do mesmo, trancará ou anulará a ação penal.

A questão passa pela indagação se o prazo prescricional começa fluir a partir do **trânsito em julgado** da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial, da homologação do plano de recuperação extrajudicial ou da prolação de tais decisões, independentemente de ocorrência do trânsito em julgado.

Quer nos parecer que a redação do art. 182 da Lei, ao se referir ao **dia da decretação de falência**, estabelece que a prescrição começa a correr da prolação da sentença, com sua publicação (da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial). Assim, deve o promotor oferecer desde já a denúncia e, ocorrendo posterior procedência do recurso, dar-se-ia a anulação da ação, com seu trancamento, por falta da condição objetiva de punibilidade.

Assumindo o legislador que a hipótese é de **condição objetiva de punibilidade**, o prazo inicial da prescrição só começa a correr a partir do seu implemento, ou seja, da prolação e publicação da sentença de decretação de falência ou daquelas outras providências, devendo, a partir daí, ser oferecida a denúncia, dando-se interrupção do lapso prescricional, na forma do art. 117, I, do CP, com seu recebimento pelo juiz. Havendo recurso, e sendo este provido, tranca-se a ação penal, por falta da condição objetiva de punibilidade, ou seja: a sentença de declaração de falência ou referentes àqueles outros atos.

Tal nos parece insofismável, na medida em que a condição objetiva de punibilidade foi adotada, de maneira expressa, pelo legislador, não só no art. 180 da Lei, quando trata da prescrição, como se vê do art. 182 da Lei de Falências, *verbis*: “182 - A prescrição dos crimes previstos nesta Lei

reger-se-á pelas disposições do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de - Código Penal, **começando a correr** do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial.”

Assim, enquanto não implementadas tais condições objetivas de punibilidade (decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial), a prescrição não começará a fluir, mas somente depois de implementadas já se autoriza o início da ação penal.

Em relação à prescrição, deve se ater que, em relação à nova forma de contagem do lapso prescricional, agora mais longa do que na antiga lei, pois passa a ser regida pelo Código Penal, tal norma (a do art. 182 da nova lei) é irretroativa, sendo que os delitos falimentares ocorridos antes de 9 de junho de 2005 são regidos, no que diz respeito à prescrição, pela antiga lei, que estabelecia o prazo único de dois anos, pois se trata aqui de norma de natureza penal, e não processual penal, vigorando a regra da irretroatividade da *lex gravior*.

**INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 2º DA
LEI 8.072/90 RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL (HC 82.959/SP): UM DEBATE SOBRE OS EFEITOS
DA DECLARAÇÃO INCIDENTAL**

José Arthur Di Spirito Kalil

Mestre e Doutorando em Ciências Penais pela UFMG.
Professor Universitário de Direito Penal.
Advogado em Belo Horizonte.

SUMÁRIO

I. Introdução.....
II. Controle de Constitucionalidade Concentrado.....
III. Controle de Constitucionalidade Difuso.....
III.1. A reserva de plenário perante os tribunais
III.1.1. Desnecessidade
III.2. A suspensão de eficácia por parte do Senado (art. 52, X, da CR).....
III.2.1. Origem
III.2.2. Obrigatoriedade ou faculdade?
III.2.3. Problematização da omissão do Senado
IV. A Decisão do STF no HC 82.959/SP.....
IV.1. Circunstâncias do julgamento
IV.2. A ementa do acórdão
IV.3. Efeitos erga omnes com a dispensa da atuação do Senado (art. 52, X, da CR).....
IV.4. A inovação: aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 no controle difuso
IV.5. Interpretação conforme a Constituição, Princípio da Proporcionalidade e a adequação do julgamento
V. Progressão de regime em crime hediondos: uma realidade legislativa.....

VI. Efeitos retroativos da Lei 11.464/07?

VII- Considerações Conclusivas.....

Palavras-Chave: controle de constitucionalidade, inconstitucionalidade, efeitos, suspensão de executoriedade, Supremo Tribunal Federal, Princípio da Proporcionalidade, Princípio da Individualização da Pena, Interpretação, Estado Democrático de Direito, reserva de plenário.

I. Introdução

Mesmo após a promulgação da Lei 11.464, de 28/03/07, que, dentre outras disposições, veio alterar a Lei 8.072/90 para permitir, expressamente, a progressão de regime em crime hediondo, o debate acerca dos efeitos da famosa decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 82.959/SP não se esmaeceu.

A polêmica ainda permanece: efeitos *erga omnes* ou apenas inter-partes no julgamento histórico do STF? Veja-se: considerando-se o efeito apenas para as partes, então a novel Lei 11.464/07 inovou em benefício do réu e, por isso, deve ser aplicada retroativamente, na forma do art. 2º do CP. De outro lado, a considerar-se que o efeito do julgamento do mencionado *writ* estendeu-se a todo condenado por crime hediondo que ainda não havia atingido o requisito temporal necessário ao benefício em foco, então a legislação recente não representou inovação no mundo jurídico. Conforme este segundo entendimento, a possibilidade de progredir de regime já estava prevista pelo Código Penal, e não foi afetada pela Lei dos Crimes Hediondos nessa parte, considerada inconstitucional. Sob a ótica dessa última orientação, a Lei 11.464/07 constitui-se inovação que agrava o tratamento dispensado ao condenado por crime hediondo, pois eleva para 2/5 (condenado primário) e 3/5 (condenado reincidente) o período de mínimo de cumprimento da pena para o fim de se pleitear a progressão.

Faz-se necessário, pois, compreender os mecanismos do controle de constitucionalidade difuso, na tentativa de oferecer adequado tratamento a essa situação de insegurança jurídica, que promete perdurar.

II. Controle de Constitucionalidade Concentrado

O controle de constitucionalidade concentrado é feito pelo Supremo Tribunal Federal quando julga ações diretas de inconstitucionalidade (ADINs), ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) e arguições de descumprimento de preceitos fundamentais. Para as primeiras e para as últimas¹, são legitimados a intentá-las as pessoas mencionadas no art. 103 da Constituição da República; para as ações declaratórias de constitucionalidade, as referidas no §4º do mesmo dispositivo constitucional.

Não se alega a inconstitucionalidade como incidente de um caso concreto, mas a arguição é objeto de ação própria, na qual se aprecia a inconstitucionalidade em tese da lei ou do ato do poder público supostamente inquinados de vício.

Os efeitos obtidos com a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade são válidos para todos (*erga omnes*)², retroativos (*ex tunc*) e vinculantes.

Anote-se que devem ser retroativos os efeitos porque o ato do poder público ou a lei inconstitucional, viciados em sua origem, são destituídos de eficácia jurídica, sendo considerados nulos³.

Com a Emenda Constitucional 03/93, a ação declaratória de constitucionalidade passou a ter efeitos vinculantes, na forma do §2º do art. 102 da Constituição da República. A Lei 9.868/99, nesse mesmo sentido,

1 Confira o art. 2º, I, da Lei 9.882/99, que trata do processo e do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

2 Como dispõe o §Único da art. 27 da Lei 9.868/99, “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos Órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”. Como reza o §3º do art. 10 da Lei 9.882/99: “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

3 MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2.000, p. 270.

previu que o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade teria tal efeito. Outrossim, a Lei 9.882/99, que trata da arguição de descumprimento de preceito fundamental, outra coisa não fez⁴.

Explica-se que a vinculação ao decisório do Supremo Tribunal Federal é necessária para que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário não renovem atos ou leis já considerados inconstitucionais pela Corte Suprema, acarretando imensos transtornos ao último, que ficará instado a apreciar atos ou leis já considerados violadores da Constituição⁵.

III. Controle de Constitucionalidade Difuso

O controle de constitucionalidade judicial difuso é o meio pelo qual o Judiciário aprecia a conformação de um ato do Poder Público ou de uma lei à Constituição da República. Pode ser feito por juiz singular ou por órgão colegiado. A alegação de inconstitucionalidade é apreciada no caso concreto como incidente processual.

O efeito do reconhecimento da inconstitucionalidade reserva-se às partes; como a aplicação de preceito apontado como inconstitucional já ocorreu, alcança-se efeitos retroativos com o acolhimento da impugnação. Contudo, pode-se obter efeitos para todos com a manifestação do Senado (art. 52, X, CR), cuja apreciação será feita adiante. Mas, explica José Afonso da Silva que a lei declarada inconstitucional *incidenter tantum*

“continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua exetutoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos”⁶.

4 Confira nota nº 2.

5 MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2.000, p. 272.

6 *Curso de Direito Constitucional*. 11ªed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 57.

No controle de constitucionalidade concentrado não se faz necessária a providência a que se refere o art. 52, X, da Constituição da República – expedição de resolução por parte do Senado para suspender a executoriedade de ato ou de lei julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Tal formalidade é exclusiva do controle difuso⁷.

III.1. A reserva de plenário perante os tribunais

Quando a apreciação da inconstitucionalidade couber a órgão colegiado, é preciso observar a reserva de plenário prevista no art. 97 da Carta Maior, segundo o qual:

“Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Na esteira do art. 97 da CR, o art. 481 do CPC prevê incidente processual para a análise da questão. Se o órgão colegiado, por câmara ou grupo de câmaras, rejeita a argüição de inconstitucionalidade, não se determina a remessa da questão ao órgão superior do tribunal. Mas, se o órgão fracionário entender que existe a inconstitucionalidade, então suspende o julgamento e provoca a manifestação do órgão superior. Veja-se:

“Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno”.

III.1.1. Desnecessidade

Como se sabe, a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90 foi reconhecida pelo Plenário do STF. Sendo assim, deixa de existir a formalidade do art. 97 da CR – a reserva de plenário. É o que prevê o §Único do art. 481 do CPC, aplicável ao processo penal analogicamente (art. 3º, Código de Processo Penal):

⁷ MORAES, *Op. Cit.*, p. 271. No mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 56; VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 54-55.

“Art. 481. §Único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Diante da disposição legal acima, fica claro que os órgãos fracionários dos tribunais estaduais, câmaras ou grupos de câmaras, podem, via controle de constitucionalidade difuso, apreciar livremente o ato do poder público ou a lei supostamente afrontosos à Constituição.

III.2. A suspensão de eficácia por parte do Senado (art. 52, X, CR)

Na forma do que dispõe o art. 52, X, da CR, compete ao Senado suspender, no todo ou em parte, a execução de lei considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Como já se apontou, tal medida é necessária apenas no controle difuso.

III.2.1. Origem

O referido ato do Senado foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1934⁸, que conferiu roupagem política ao controle judicial de constitucionalidade, criando sistema misto; a providência em tela permaneceu nas constituições posteriores⁹.

Interessante notar que, à época, não se tinha uma Corte Constitucional; o controle de constitucionalidade era apenas difuso. A atuação do Senado, conforme previa o então art. 91, IV, da Constituição vigente, dava-se após a declaração de inconstitucionalidade feita pelo *Judiciário*¹⁰.

8 BARROS, Sérgio Resende de. “Simplificação do Controle de Constitucionalidade”, in *As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*, Coord. Ives Gandra da Silva Martins, ed. América Jurídica: Rio de Janeiro, 2002, p. 603. Nesse sentido: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de Inconstitucionalidade*. 5ªed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 94. Também: PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos*. 2ªed. São Paulo: Revista dos tribunais: SP, 2001, p. 124.

9 SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 108.

10 Na forma do art. 91, IV, competia ao Senado, “suspender a execução, no todo ou em

Explica a doutrina que o Senado tinha, naquele tempo, função *moderadora* e buscava equilibrar a clássica tripartição dos poderes. Anota Oswaldo Luiz Palu¹¹ que o Senado, na Constituição de 1934, não se inseria no capítulo destinado ao Poder Legislativo, mas no denominado “Da Coordenação dos Poderes”, Capítulo V. Assim, veja-se algumas de suas atribuições, no cumprimento de tal função, na forma do que dispunha o art. 88: “...promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura das leis e praticar os demais atos de sua competência”.

Na Constituição de 1946, o Senado foi reintroduzido no Poder Legislativo. Mesmo tendo o Senado perdido a função coordenadora dos três poderes, permaneceu a sua competência para suspender as leis declaradas inconstitucionais pelo Judiciário. Tem entendido a doutrina que a modificação no papel atribuído ao Senado não parece adequada à manutenção de sua competência para suspender a execução de leis julgadas inconstitucionais¹².

III.2.2. Obrigatoriedade ou Faculdade?

Verifica-se, na atualidade, que a doutrina diverge sobre a manifestação do Senado ser obrigatória ou facultativa após a declaração da inconstitucionalidade.

Para C. A. Lúcio Bitencourt¹³, o Senado não deve fazer qualquer apreciação a respeito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, restando-lhe apenas a tarefa de dar publicidade à decisão. Conforme Celso Ribeiro Bastos¹⁴, cumpre ao Senado verificar a presença de requisitos

parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.

11 PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos*. 2ªed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, p. 125.

12 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 12ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 339.

13 *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2ªed. Forense: Rio de Janeiro, 1968, p. 145.

14 “Perfil constitucional da ação direta de inconstitucionalidade”, in *Revista de Direito Público*, nº 22, out./dez., 1972, p. 108/106, São Paulo, Revista dos Tribunais. Conforme

formais para a declaração da inconstitucionalidade. Numa terceira orientação, Sérgio Resende de Barros¹⁵ considera que o Senado poderia analisar o mérito da decisão, analisando a conveniência e a oportunidade na extensão dos efeitos a todos; neste caso, teria caráter discricionário o ato de expedir ou não a resolução que suspenderia a eficácia do dispositivo ou do ato considerado inconstitucional.

Há registro no colegiado legislativo federal de que a terceira orientação já foi acolhida por motivos de oportunidade e conveniência; nesse sentido, colhe-se da doutrina um verdadeiro *case* no qual o Senado negou-se a conferir eficácia *erga omnes* à inconstitucionalidade reconhecida pelo STF no julgamento do RE 150.764-PE¹⁶. O Professor Clèmerson Merlin Clève, da Universidade do Paraná, em estudo sobre a ação direta de constitucionalidade, colacionou a justificativa apresentada pelo Senador Amir Lando para deixar de proceder à suspensão de eficácia de determinado dispositivo considerado inconstitucional:

“É incontestável, pois, que a suspensão da eficácia desses artigos de leis pelo Senado Federal, operando *erga omnes*, trará profunda repercussão na vida econômica do país, notadamente em momento de acentuada crise do Tesouro Nacional e de conjugação de esforços no sentido de recuperação da economia nacional. Ademais, a decisão declaratória de inconstitucionalidade do STF, no presente caso, embora configurada em maioria absoluta nos precisos termos do art. 97 da Lei Maior, ocorreu pelo voto de 6 de seus membros contra 5, demonstrado, com isso, que o entendimento sobre a questão não é pacífico”¹⁷.

a manifestação do citado autor: “Ao Senado incumbe justamente a indagar do respeito a todos os requisitos constitucionais. Trata-se, pois, de atividade vinculada de exame dos requisitos formais para a suspensão da lei ou do ato” (p. 106).

15 “Simplificação do Controle de Constitucionalidade”, in *As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*, Coord. Ives Gandra da Silva Martins, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002, p. 604.

16 CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Sobre a ação direta de inconstitucionalidade”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 2, nº 8, p. 28-47, jul./set., 1994, p. 31. O precedente legislativo também foi apontado por: VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 57.

17 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 31, nota nº 15.

III.2.3. Problematização da Omissão do Senado

Percebe-se que posições várias disputam acolhimento quanto à providência do art. 52, X, da CR ser obrigatória ou facultativa. E a dissidência doutrinária a respeito, bem como a demonstração num caso concreto da adoção do caráter discricionário da manifestação do Senado, são fortes indicadores de que a questão é problemática.

Alie-se, ainda, as dificuldades de ordem prática e política que defluem de uma atuação como essa do Senado. Os obstáculos políticos tornam-se maiores em anos eleitorais. É de se pensar o quão delicada afigura-se a manifestação do Senado, levando-se em conta a matéria em análise no presente estudo: progressão de regime em crime hediondo. Atente-se, a esse respeito, às intensas e sucessivas rebeliões em presídios e ataques de organizações criminosas verificados neste ano de 2006, organizações essas que estenderam seus tentáculos para bem perto do Congresso Nacional.

Enquanto isso, os jurisdicionados (os condenados, especialmente) anseiam por justiça; querem ver o restante do Judiciário ratificando a posição do Supremo Tribunal Federal que entendeu como inconstitucional a vedação à progressão de regimes da Lei 8.072/90.

Ainda que haja solicitação por parte do Excelso Pretório¹⁸, provocando a manifestação do Senado, acredita-se que os obstáculos aduzidos acima inviabilizam a suspensão da eficácia do dispositivo considerado inconstitucional. Dessarte, o mais provável é que o Senado silencie a respeito, sobretudo em se considerando facultativa a sua manifestação.

Com a omissão do Senado, haverá insegurança jurídica. Os tribunais podem dar interpretação diversa ao §1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, entendendo-a constitucional nessa parte, ao argumento de que a decisão do Supremo não teria efeitos para todos. E assim sucessivamente até que o Supremo fosse instado a decidir a mesma questão em outros casos.

¹⁸ Registra o Prof. Kildare Gonçalves Carvalho que, regra geral, o Presidente do STF não encaminha uma decisão para o Senado, a não ser que seja pacífica em relação à inconstitucionalidade da lei (*Op. Cit.*, p. 337).

IV. A Decisão do STF no HC 82.959/SP

IV.1. As circunstâncias do julgamento

Em reiteradas oportunidades, incontáveis, desde que se começou a sentir os efeitos da vedação à progressão de regime, em sede de execução da pena, o Supremo era provocado a apreciar a constitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Havia séria controvérsia sobre a matéria, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, como é notório, especialmente após a publicação da Lei 9.455/97, que não vedou a progressão aos condenados por crimes de tortura. A progressão de regime em crime hediondo sempre foi pleito comum de milhares de condenados, obrigando o Judiciário, em todos os Estados, a decidir a questão. Reiteradamente, os tribunais estaduais argumentavam que a questão pendia de definitiva postura por parte do STF, que poderia se concretizar no julgamento do famigerado *Habeas Corpus* 82.959/SP¹⁹. Mas até aí, via de regra, tentava-se fundamentar a constitucionalidade do referido dispositivo legal.

Em poucos casos de controle difuso notou-se tanto interesse público no deslinde da questão, como no precedente em análise.

Importante notar que o STF, diante da pendência do julgamento do mencionado *Writ*, quando arrostava argüições idênticas à que seria decidida pelo Pleno, em algumas oportunidades, sobrestava-as até o deslinde final da questão:

“Lei dos crimes hediondos. Regime de cumprimento. Pendência da matéria no Pleno. Sobrestamento. Liminar. Apendência da matéria no Pleno respalda o sobrestamento do processo que a verse, concedendo-se medida acauteladora. (Medida Cautelar em Recurso Ordinário em HC nº 84.036-1/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/04/04, v.u., DJU de 25/07/04, p. 30, nº 321)”²⁰.

¹⁹ Confira alguns julgados do TJMG, 1ª Câmara Criminal, vinculando a sua posição sobre a matéria à até então manifestada pelo STF, que era ainda de considerar como constitucional a vedação à progressão: Ap. 1.0040.04.026242-6/001, Comarca de Araxá, Rel. Des. Gudesteu Biber, j. 29/11/05; Ap. 1.0024.05.662319-2/001, Rel. Des. Armando Freire, j. 29/11/05; Revisão Criminal 1.0000.04.411113-6/000, Comarca de Ipatinga, Rel. Des. Sérgio Braga, j. 14/03/05.

²⁰ Confira também: HC 84.401/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 18/10/05. Este julgamento, como se pode notar, foi concluído antes do proferido no HC 82.959-7/SP, mas, inicialmente, a turma julgadora sobrestava o seu julgamento até a decisão final do Plenário.

IV.2. A ementa do acórdão

Conforme publicação datada de 1º/09/06, do *Diário do Judiciário*, a ementa do acórdão proferido no *Habeas Corpus* 82.959/SP, é a seguinte:

“PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, §1º, DA LEI 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em deferir o pedido de *habeas corpus* e declarar, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, Presidente. O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental da inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da

Brasília, 23 de fevereiro de 2006.

MARCO AURÉLIO – RELATOR”

IV.3. Efeitos *erga omnes* com a dispensa da atuação do Senado (art. 52, X, da CR)

Como se pode verificar da ementa acima transcrita, o STF conferiu efeitos *erga omnes* em caso de controle difuso de constitucionalidade. Chega-se a tal conclusão a partir da leitura de trecho da ementa do acórdão - que consta também da decisão colegiada - ressaltando que, apesar da declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o juiz competente analisará os demais requisitos da progressão, “caso a caso”²¹.

Ora, se estava em análise um único caso, obviamente, a expressão “caso a caso” é ampla o suficiente a indicar que outros casos também sejam regidos pelo novo entendimento.

A postura do Supremo assim manifestada indica que compartilhou da crítica que a doutrina constitucionalista faz em relação à permanência na Constituição da atuação do Senado em sede de controle de constitucionalidade difuso (art. 52, X).

De acordo com Oswaldo Luiz Palu:

“Atualmente, especialmente após a Constituição de 1988, a exaltar o modo abstrato de controle de constitucionalidade (do qual não participa o Senado Federal), tornando o modo difuso, clássico, apenas auxiliar, bem assim, especialmente, após a edição da Lei 9.868/99, que permite ao STF uma enorme gama de variações sobre a eficácia da decisão de inconstitucionalidade, há que se indagar, com mais veemência ainda, até quando essa anômala função, que mal se insere nas hipóteses de retroatividade ou irretroatividade da decisão judicial, bem assim com a coisa julgada, perdurará no nosso ordenamento constitucional” (*Controle*

²¹ Nesse sentido: Fernanda Teixeira Zanoide de MORAES, “O STF foi além da progressão do regime prisional”, in *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, abr./2006, nº 161, ano 13, p.2-3.

Conforme lição já colacionada²² de Luís Roberto Barroso:

“a verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção”.

(BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 92 – GRIFOU-SE).

Como se vê, emprestando efeitos *erga omnes* à sua decisão proferida no controle de constitucionalidade difuso (apreciação dos demais requisitos da progressão, “*caso a caso*”), o STF dispensou a atuação do Senado, interpretando a Constituição com sabedoria. Afastou, pois, os entraves do art. 52, X; foi real guardião de nossa Carta, preservando a sua unidade.

O Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, no julgamento da Revisão Criminal nº 1.0000.05.428271-0/000, expôs em voto vencido o seu parecer sobre a questão, entendendo também que o STF conferiu efeitos *erga omnes* à decisão e dispensou a medida do art. 52, X, da CR:

“A apreciação pelo plenário do STF da inconstitucionalidade contida no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 não poderá ficar submetida à discricionária atuação do Senado no sentido de emitir a resolução contendo a determinação de suspensão da lei inconstitucional. Constitui entrave inócuo ao controle de constitucionalidade realizado pelo STF pela via difusa. Aguardar a participação senatorial por meio da edição de uma resolução, que é discricionária como reconhece o próprio STF, é descaracterizar o próprio reconhecimento da inconstitucionalidade posto que a lei, já tida como

²² A estudiosa advogada Fernanda Teixeira Zanoide de Moraes colacionou tal lição em seu trabalho referido na nota anterior.

desconforme pela maioria absoluta do Plenário do STF, continuaria sendo aplicada. Retirar o efeito erga omnes da decisão plenária pelo fato de não ter sido a questão suscitada por meio de ação direta de inconstitucionalidade é uma solução que contraria o princípio de primazia dos direitos e garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito, considerando que este foi o alvo da inconstitucionalidade declarada. Obrigar-se-ia, então, que um dos legitimados do art. 103 da Constituição propusesse uma ADIN que, ao final, com o mesmo quorum, declararia a inconstitucionalidade daquele dispositivo”

(Rel. William Silvestrini, Comarca de Belo Horizonte, 2º Grupo de Câmaras Criminais do TJMG, j. 09/05/2006, publicado o acórdão no DJMG em 11/08/2006 – GRIFOU-SE).

Anote-se que a dispensa da providência do Senado no controle de constitucionalidade difuso (art. 52, X, da CR) é medida que se põe de acordo com os ideários do Estado Democrático de Direito, que confere inegável primazia à proteção das garantias fundamentais.

IV.4. A inovação: aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 no controle difuso

A decisão do Supremo inovou com a aplicação de uma das disposições da Lei 9.868/99, art. 27, que regula o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, no controle difuso. De acordo com referido dispositivo legal:

“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Não há dúvida, na histórica decisão, o STF restringiu os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ao negar-lhe efeitos retroativos,

impedindo que pessoas que já cumpriram penas em regime integralmente fechado pudessem acionar o Estado, na busca de indenização.

Veja-se, a propósito, a orientação de Fernanda Teixeira Zanoide de Moraes:

“Em primeiro, flexibilizou-se a regra dos efeitos *ex tunc* em controle difuso, utilizando-se em analogia o dispositivo do art. 27, criado para o controle abstrato, da Lei nº 9.868/99. Esse dispositivo permite ao Pleno, por maioria de dois terços de seus membros, ‘tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado’.

Esse entendimento se extrai do conteúdo do voto do ministro Gilmar Mendes, que prevendo a avalanche de ações extrapenais, caso os efeitos da decisão de inconstitucionalidade fossem dados *ex tunc*, ponderou que ‘reiteradamente, o tribunal reconheceu a constitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, bem como todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil processual e penal, reconheço, que, ante a nova orientação que se desenha, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia *ex nunc*.

(...) Ressalto que esse efeito *ex nunc* deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão”

(“O STF foi além da progressão do regime prisional”, in *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, abr./2006, nº 161, ano 13, p.2).

Ainda observou a articulista acima mencionada que a Excelsa Corte fixou um

“‘outro momento’ a partir do qual a segurança jurídica e o interesse social estariam protegidos. Consta do teor da ementa: ‘o tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em

questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão”

(*Op. Cit.*, p.2-3).

Por fim, pondere-se ainda que, uma vez aplicada regra específica do controle de constitucionalidade concentrado (art. 27, *caput*, da Lei 9.868/99), é de se sustentar que o Pretório Excelso também teve em mente o disposto no § Único desse mesmo dispositivo legal²³, que confere efeito vinculante ao julgado em relação aos Órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública como um todo.

IV.5. Interpretação conforme a Constituição, Princípio da Proporcionalidade e a adequação do julgamento

A opção pela não-aplicação da regra do art. 52, X, da CR, e, em contrapartida, a adoção da regra do art. 27 da Lei 9.868/99 é fruto de necessária hermenêutica constitucional, com o objetivo de viabilizar direitos do condenado.

Sobre interpretação na Constituição, colhe-se da obra do Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho:

“Na interpretação constitucional, convém ser examinado o conteúdo teleológico da Constituição, como instrumento de governo, de restrição de poderes e amparo da liberdade individual”

²³ Art. 27, § Único: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos Órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

A lição de Adriano Sant'Anna Pedra alia Estado Democrático de Direito e interpretação da Constituição:

“Um Estado democrático legitima-se a partir da maneira pela qual ele trata as pessoas que vivem em seu território. Não se pode mais tolerar a contradição cada vez maior entre o sistema normatizado e a realidade social. É necessário investir cada vez mais na obtenção de uma cidadania procedimentalmente ativa, em que o cidadão tenha facilitado o seu acesso aos meios jurídicos de concretização-interpretação da Constituição”

(*A Constituição Viva. Poder Constituinte permanente e Cláusulas Pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 327).

Pondere-se que a exigência da manifestação do Senado como condição para os efeitos *erga omnes* é fruto de apego ao formalismo inútil e que não promove efetivação dos direitos do condenado. A prevalecer tal exigência, o princípio da individualização das penas, apesar de preservado no histórico julgamento do *HC 82.959/SP*, se veria agora tão vulnerado quanto nos tempos em que se entendia constitucional o §1º do art. 2º da Lei 8.072/90.

Para a preservação do princípio da individualização da pena, garantindo efeitos *erga omnes* ao julgado em foco, sem a manifestação senatorial, é preciso que se analise a questão à luz do princípio da proporcionalidade, subprincípio do Estado Democrático de Direito²⁴, caracterizado do seguinte modo:

“O princípio da proporcionalidade é o princípio dos princípios, já que somente através dele os outros encontram a sua condição de aplicabilidade e eficácia. O princípio da proporcionalidade é aquele que constitui a unidade e a coerência da Constituição mediante a exigência de ponderação axiológica em cada caso concreto”.

²⁴ Glauco Barreira Magalhães Filho. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 231.

De um lado, a defesa ao princípio da individualização da pena, consagrando-se a progressão de regime prisional; de outro, a dispensa da exigência de o Senado se manifestar para suspender a exequutoriedade de lei ou de ato considerado ilegal pelo STF. Induvidosamente, o fiel da balança faz prevalecer os direitos do condenado, *in casu*.

O desrespeito ao princípio da individualização das penas, inserido na CR como direito fundamental (art. 5º, XLVI), não deve ser tolerado. Ao contrário, a dispensa da providência do art. 52, X, da CR, pode sê-lo. Já se observou que esta medida remonta a contexto histórico-político bem diverso do que se nos apresenta hoje. Observe-se que a manifestação em apreço é dispensável quando se trata de controle de constitucionalidade concentrado; daí por que não deve ser considerada intransponível.

As circunstâncias do julgamento do HC 82.959/SP instaram os Senhores Ministros que dele participaram a conceder foros de controle concentrado de constitucionalidade à argüição incidental. Em poucos casos de controle difuso se notou tanto interesse público no deslinde da questão.

Pondere-se que a manifestação do Senado é regra obsoleta e uma interpretação progressiva²⁵ recomenda também a sua dispensa.

V. Progressão de regime: uma realidade legislativa

A decisão do Supremo Tribunal Federal em análise refletiu sobre o poder legislativo.

A Lei 11.343/06, publicada no *DOU* em 24/08/06 (institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não

25 Mirabete, explicando a interpretação progressiva da lei penal, sustenta que se deve ter em mente as "novas concepções ditadas pelas transformações sociais, científicas, jurídicas ou morais" (*Manual de Direito Penal*, V. I, 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 52)

autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes), prescreve em seu art. 44 que os delitos de tráfico de drogas e suas figuras assemelhadas (art. 33, *caput*, e seu §1º e arts. 34 a 37 da novel legislação) são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia, liberdade provisória, ficando vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Veja-se:

“Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico”.

Note-se que nada se diz quanto à progressão, ficando tal benefício implicitamente permitido. Fosse a intenção de o legislador vedá-lo, assim o faria de modo expresso, como fez quanto aos demais benefícios mencionados.

Obviamente, houve revogação do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90 referentemente aos crimes de tráfico de entorpecentes, que são assemelhados a hediondos, na forma do art. 2º, *caput*, do referido diploma legal. A Lei 11.343/06, por versar exclusivamente sobre a prevenção e combate aos delitos envolvendo drogas, é mais específica do que a Lei dos Crimes Hediondos, devendo prevalecer sobre esta em homenagem ao princípio da especialidade.

Ainda que dúvida houvesse quanto à mencionada revogação, a novel Lei nº 11.464/07 deixa clara a possibilidade de o condenado por crime hediondo progredir no regime prisional. Assim, o §2º do art. 2º da Lei 8.072/90, com a nova redação que lhe foi dada, prevê o prazo de 2/5 (dois quintos) para a progressão, se o sentenciado for primário, e 3/5 (três quintos), para o apenado reincidente.

Como se vê, houve nova valoração jurídica acerca da progressão de regime e, inegavelmente, as novas disposições legais a respeito encontram-

se em harmonia com a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal.
Novos rumos para a progressão.

VI. Efeitos retroativos da Lei 11.464/07?

Para aqueles que restringem o efeito da decisão do Supremo no HC 82.959/SP apenas às partes, a Lei 11.464/07 representa novidade quanto à permissão da progressão. Disso sucede que, a teor do art. 2º do Código Penal, o mencionado diploma legal deve ser aplicado retroativamente.

Contudo, em face dos efeitos *erga omnes* no multireferido writ, não se pode aplicar o *quantum* de 2/5 (dois quintos), ou o de 3/5 (três quintos), trazidos pela Lei 11.464/07, para a consecução da progressão. É que a mudança legislativa em foco, de acordo com tal posicionamento, veio a tornar mais rigorosa a obtenção do benefício, majorando o prazo anteriormente estabelecido pelo Código Penal em 1/6 (um sexto). Para nós, o caso é de irretroatividade da Lei 11.464/07, que é mais grave ao condenado²⁶.

A resposta à questão colocada neste item é, pois, negativa.

Visando-se à segurança jurídica, tem-se proposto a edição de Súmula Vinculante (art. 103-A, CR) para o fim de se fazer valer a amplitude dos efeitos quanto ao julgamento do HC 82.959/SP (*erga omnes*) e, assim, definir a proibição da retroatividade da Lei 11.464/07, sugestão que se nos afigura simples e recomendável²⁷, para o fim de se evitar futuras discussões sobre a matéria.

26 Nesse sentido, confira: MARCÃO, Flávio. “Lei 11.464, de 28 de março de 2007. Novas Regras para a Liberdade Provisória, regime de cumprimento de pena e progressão de regime em crimes hediondos e assemelhados”, in *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, maio/2007, ano VI, nº 80, p. 4-7; SILVA, Ivan Luís Marques da. “A Problemática criminal do julgamento da Reclamação 4.335 pelo Supremo Tribunal Federal”, in *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano XV, maio/2007, nº 174, p. 4-5.

27 Essa é a orientação de Ivan Luís Marques da SILVA, em seu trabalho “A Problemática criminal do julgamento da Reclamação 4.335 pelo Supremo Tribunal Federal”, in *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano XV, maio/2007, nº 174, p. 4-5. O estudioso em referência registra que a Defensoria Pública da União ajuizou Reclamação, perante o STF, em face de decisão proferida por Juiz de Direito da Comarca de Rio Branco, AC, a fim de adequá-la ao entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgamento do HC 82.959/SP.

V. Considerações Conclusivas

Andou bem o Supremo Tribunal Federal ao conceder efeitos *erga omnes* à sua decisão no HC 82.959/SP. Cumpriu, pois, seu papel de guardião da Constituição da República. Ousou, inovou, dispensando formalidade inócua por parte do Senado (art. 52, X), que, como se sabe, possivelmente nem se verificaria, ainda que fosse instado a fazê-lo.

O julgamento do mencionado *writ* é histórico e foi inspirado nos ideários do Estado Democrática de Direito; optou-se pela efetividade das garantias e dos direitos do cidadão, neles incluindo o direito à individualização da pena, desprestigiando regra obsoleta que permanece ainda em nossa Carta (art. 52, X).

Em termos de controle de constitucionalidade, a aplicação analógica do art. 27 da Lei 9.868/99 no modo difuso, afastando efeitos retroativos no referido julgado, foi medida necessária e que visou à segurança jurídica. De outro lado, deu-se maior amplitude ao controle difuso, garantindo-se-lhe efeitos para todos, atendendo-se ao grande interesse público no deslinde da questão; atentou-se, pois, para o disposto no §Único do referido art. 27 (Lei 9.868/99). O controle difuso de constitucionalidade foi, assim, aperfeiçoado, suprimindo-se lacuna existente na falta de sua regulamentação²⁸.

Não se pode aceitar conclusão em sentido contrário. Aqueles que sustentam que o efeito foi garantido apenas às partes contrariam os termos do julgado em foco, fecham os olhos para as inovações trazidas e, ainda, deixam de fazer interpretação do art. 52, X, da Constituição da República, conforme recomenda a forma de Estado que a própria Lei fundamental assegura.

Constitui verdadeiro contra-senso restringir os efeitos do acórdão às partes, dando azo ao art. 52, X, da CR, após o reconhecimento da inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Tal postura

²⁸ O controle concentrado de constitucionalidade, como se sabe, foi regulamentado por duas leis, a de nº 9.882/99 e a de nº 9.868/99, nas quais existe previsão de manipulação dos seus efeitos do julgado em nome do interesse público e da segurança jurídica, bem como dos seus efeitos vinculantes.

equivale à de *Procasto*, impiedoso personagem da mitologia grega que media as pessoas pelo tamanho de seu leito; as que não tinham a extensão de sua cama eram esticadas até a atingirem, e aquelas que passavam da medida tinham os pés decepados até se conformarem ao tamanho desejado pelo mito.

Anteriormente ao julgamento do *HC 82.959/SP*, os adeptos de *Procasto* sustentavam que o STF considerava constitucional a vedação à progressão de regime, justificando a aplicação do §1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos (com a originária redação). Posteriormente, depois que se reconheceu a inconstitucionalidade, os sequazes do mito grego continuavam a aplicar o dispositivo inconstitucional ao argumento de que o Senado não suspendera a sua executoriedade, na forma do art. 52, X, da CR.

Agora, no cenário legislativo pós Lei 11.464/07, os adeptos de *Procasto* entendem pela retroação da progressão de regime aos casos anteriores à vigência da citada lei, aplicando-se-lhes os prazos de 2/5 (dois quintos) ou 3/5, conforme a hipótese, em nome de vislumbrada *inovação* benéfica.

Para os que, como nós, entendem pelo efeito *erga omnes* do julgamento proferido no *HC 82.959/SP*, a inovação legislativa em referência agravou a situação jurídica dos apenados que ainda não tinham direito à progressão anteriormente à vigência da Lei 11.464/07.

O que se conclui pelas mudanças na legislação que afeta os crimes hediondos e aqueles a eles assemelhados (tráfico de drogas, *e.g.*) é que o Congresso Nacional finalmente absorveu bem a decisão do Supremo e prestigiou o princípio da individualização das penas.

A regra do art. 52, X, da Constituição Federal, nessa história toda, como já era de se esperar frente ao seu caráter obsoleto aqui apreciado, não foi utilizada e, por isso, não experimentou qualquer eficácia. Aliás, eficácia teve, só que às avessas, por apego a odioso formalismo ultrapassado; teve eficácia, pois, apenas virtual, no papel, para o fim de se negar um direito fundamental ao condenado, que é o de poder cumprir a pena de forma progressiva.

Por fim, termina-se este estudo com as palavras manifestadas por Ivan Luís Marques da Silva:

“Vamos aguardar o desfecho do julgamento (Reclamação 4.355) e, enquanto isso, cumprir nossa missão científica e auxiliar os ministros desenvolvendo o tema com argumentos doutrinários e neoconstitucionais, amparados pelos princípios constitucionais, e não pela gélida e inconstitucional letra da norma. Espera-se que o STF continue desempenhando seu papel de forma correta e mantenha-se firme na defesa dos valores constitucionais e da Democracia”²⁹.

²⁹ “A Problemática criminal do julgamento da Reclamação 4.335 pelo Supremo Tribunal Federal”, in *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano XV, maio/2007, nº 174, p. 4.

A IDADE PENAL DO CONSENTIMENTO VÁLIDO

Carlos Henrique Borlido Haddad

Mestre e doutor em Ciências Penais,
pela UFMG; Juiz Federal.

SUMÁRIO

1 - Introdução	
2 - Consentimento e tipicidade	
3 - Consentimento e ilicitude	
4 - Fundamentos do estabelecimento da idade para consentir	
5 - A fonte da idade penal do consentimento válido	
6 - Prolepse	
7 - Considerações finais	

Palavras-chave: Penal. Consentimento. Ofendido. Idade. Tipicidade. Ilicitude. Excludente. Maioridade

1. Introdução

O consentimento do ofendido desempenha dois papéis centrais na dogmática penal: ora funciona como causa excludente da tipicidade; ora atua como justificativa penal de exclusão da ilicitude, a despeito do posicionamento consistente na homogeneização de todo consentimento penalmente relevante, parificado sob a categoria da exclusão da tipicidade.

No primeiro aspecto, quando a figura típica exige a falta de consentimento da vítima para a completa concretização de sua definição legal, a anuência quanto à atuação do sujeito ativo afasta a tipicidade da conduta. Na segunda hipótese, o consentimento posta-se ao lado da legítima defesa, do estado de necessidade, do estrito cumprimento de dever legal e do exercício regular de direito, e faz lícita a conduta típica ao atuar como causa de exclusão da antijuridicidade. A qualificação da manifestação de vontade do ofendido como consentimento excludente da tipicidade ou da ilicitude não é isenta de dificuldades. A par do escasso número de delitos em que a renúncia à tutela penal é consensualmente qualificada como exclusão da ilicitude (dano e lesões corporais) e de outras em que a qualificação é como excludente da tipicidade (violação de domicílio), depara-se com contingente significativo de infrações em que a categorização permanece controversa.

Comparativamente às demais justificativas penais, o consentimento possui a peculiaridade de não estar positivado no Código Penal brasileiro e na legislação extravagante, razão por que se denomina “justificadora supralegal”. No contexto dos ordenamentos de maior continuidade e comunicabilidade, são raros os Códigos Penais que levam à Parte Geral um regime do consentimento integrado na constelação da causas de exclusão do ilícito. A maioria das codificações limita-se a algumas normas esparsas da Parte Especial, regula aspectos parcelares do consentimento e comete-se à elaboração doutrinal e jurisprudencial a construção da disciplina sistemática.¹

Relativamente ao consentimento como causa de exclusão da ilicitude, comumente, são listados os requisitos indispensáveis à sua perfeita realização: manifestação de vontade do titular do direito; idade válida para consentir; disponibilidade do bem jurídico objeto da tutela penal; momento adequado de expressão do consentimento; e conhecimento do consentimento por parte do sujeito ativo.

A exclusão da ilicitude da conduta dependeria da manifestação válida de vontade por quem detém a titularidade do bem jurídico de caráter

¹ ANDRADE, Manoel da Costa. Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 11.

disponível, externada antes ou durante a execução do crime, desde que atinja a esfera de conhecimento do autor do crime. Assim, o consentimento de quem não é titular do bem jurídico, como óbvio, não afasta a ilicitude. A manifestação de vontade viciada é inócua. Bens indisponíveis, tal como a vida, não encontram compatibilidade com o consentimento dado pela vítima, como faz prova a criminalização da eutanásia. A anuência concedida depois de consumado o delito seria incapaz de tornar lícita a conduta. O desconhecimento pelo agente do consentimento externado impediria a legítima produção de efeitos.

Entre todos os elementos acima indicados, a idade para validamente consentir talvez seja aquele que mais controvérsia gere. Como dito, em sendo o consentimento do ofendido causa supralegal de exclusão da ilicitude, o conveniente arrimo da norma positivada não oferece, de maneira peremptória, os básicos contornos do instituto, e o delineamento da justificativa penal passa a depender das construções doutrinárias e da jurisprudência.

A investigação dos fundamentos empregados para fixar a idade penal do consentimento, da distinção feita entre a manifestação de vontade excludente de tipicidade e de ilicitude, e do estabelecimento de visão unitária sobre o instituto configura o tema tratado a seguir.

2. Consentimento e tipicidade

A análise do consentimento excludente da tipicidade parte de uma sistematização dos tipos da Parte Especial, a fim de oferecer resposta aos problemas específicos que cada uma das incriminações suscita. Quatro figuras penais são referências paradigmáticas na determinação da idade mínima para expressão do consentimento válido pelo ofendido, em que a autonomia pessoal emerge como instância de definição e avaliação decisiva da constelação dos interesses e bens individuais: aborto, estupro, atentado violento ao pudor e rapto.

A Parte Especial do Código Penal traz algumas condutas que necessariamente dispensam a anuência da vítima para preencher os requisitos legais definidores do crime. No delito de violação de domicílio

(art. 150), o dissentimento da vítima funciona como circunstância elementar do tipo, assim como no crime de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164). A violação de correspondência (art. 151) igualmente necessita da oposição dos ofendidos – remetente e destinatário – para a perfeita caracterização. Em nenhum dos delitos, porém, há menção expressa à idade do sujeito passivo.

Diversamente, os crimes de aborto provocado por terceiro (art. 125 e 126), estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214) e rapto violento, mediante fraude ou consensual (art. 219 e 220), fazem referência direta à idade mínima de 14 anos, em que pese a ab-rogação destes últimos pela Lei n. 11.106/05.

À prática de aborto sem consentimento da gestante comina-se pena de 3 a 10 anos de reclusão (art. 125), ao passo que, em havendo a anuência, a sanção reduz-se para os limites de 1 a 4 anos (art. 126). O parágrafo único do art. 126 dispõe ser aplicável a pena cominada no art. 125 caso a gestante não seja maior de 14 anos. Da interpretação dos dispositivos legais infere-se a validade do consentimento da gestante que conta com 14 anos de idade, de forma a proporcionar a desclassificação da conduta do terceiro para figura penal cuja apenação é mais branda.

Os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor possuem disposições comuns inculpidas no art. 224. Ao tratar da presunção de violência, supõe-se sua ocorrência na prática de conjunção carnal ou ato libidinoso contra vítima menor de 14 anos (art. 224, “a”). Por antítese, a conjunção carnal ou o ato libidinoso consentidos por quem possui, ao menos, 14 anos de idade são penalmente indiferentes, pois excluída está a tipicidade da conduta.

O rapto era criminalizado sob duas modalidades: mediante violência ou fraude (art. 219); e consensual (art. 220). O rapto consentido de mulher honesta maior de 14 e menor de 21 anos importava na previsão de pena de detenção, de 1 a 3 anos. Se o rapto era realizado com o dissenso da vítima e mediante emprego de violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso, recrudescia-se a pena para os limites de 2 a 4 anos de reclusão. Tal como o aborto, o consentimento da mulher a partir dos 14 anos de idade acarretava a desclassificação do delito para crime cuja sanção era mais suave.

A análise das condutas típicas selecionadas, acauteladoras de bens jurídicos extremamente relevantes (vida, costumes/liberdade sexual), proporciona uma primeira conclusão: a partir dos 14 anos de idade reconhece-se validade ao consentimento da vítima, o qual é capaz de tornar atípica a conduta ou desclassificá-la para delito com punição menos severa. Em referência ao estupro e ao atentado violento ao pudor, a idade mínima para validamente consentir pode descer a patamares menores, porque a presunção contida no art. 224, "a", do Código Penal é *juris tantum* e admite a produção de prova de que a vítima, menor de 14 anos, detinha discernimento e experiência suficiente para expressão volitiva legítima.

Dada a importância dos bens jurídicos tutelados, cuja proteção desaparece em face da manifestação de vontade do ofendido, é correto estender a idade mínima de consentimento válido prevista para os crimes de aborto, estupro, atentado violento ao pudor e rapto aos demais crimes da Parte Especial do Código Penal, tais como a violação de domicílio e de correspondência.

3. Consentimento e ilicitude

O consentimento do ofendido atuará como causa de exclusão da ilicitude sempre que, deixando íntegra a tipicidade, retirar da conduta o caráter antijurídico do fato. O clássico exemplo de manifestação do ofendido de renúncia à proteção penal refere-se ao crime de dano (art. 163). A destruição, inutilização ou deterioração de coisa alheia, conquanto típica, torna-se lícita se, previamente à ação ou durante ela, o titular do bem jurídico autoriza, de maneira válida, a danificação do objeto material. A privação da liberdade do indivíduo, desde que autorizada, não constitui o injusto penal do seqüestro e cárcere privado previsto no art. 148.

A ausência de previsão em lei do consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude aponta para a necessidade de se construir, doutrinária e jurisprudencialmente, o instituto, inclusive, no que diz respeito à idade a partir da qual o consentimento é regular. Em âmbito doutrinário, ecoam de forma praticamente uníssona as vozes favoráveis ao estabelecimento da idade do consenciente em 18 anos. José Henrique Pierangeli, que escreveu o me-

lhor trabalho monográfico sobre o tema², Damásio E. de Jesus³, Guilherme de Souza Nucci⁴ e Enrique Casas Barquero⁵ são partidários da idéia.

O raciocínio atém-se à imputabilidade penal. Se o agente possui capacidade para ser a ele imputada a prática de seus atos, na seara criminal, deveria poder dispor de seus bens, na medida em que tem condições de autodeterminar-se e de comportar-se de acordo com o entendimento lícito ou ilícito de seus atos. Bettiol também considera válido o consentimento a partir da idade em que se adquire a imputabilidade penal – no caso do Direito italiano, aos 14 anos.⁶

Em menor extensão, também se apregoa existir consentimento válido aos 18 anos, na medida em que o Código Civil de 2003 definiu a maioridade a partir dessa idade.⁷ Se a capacidade para os atos da vida civil é adquirida aos 18 anos, a disposição de determinado bem ou a renúncia a ele, como atos jurídicos que são, somente possui validade se o agente é civilmente capaz.

4. Fundamentos do estabelecimento da idade para consentir

O estabelecimento da idade de 18 anos para considerar válido o consentimento excludente da ilicitude em âmbito criminal, seja com

2 PIERANGELI, José Henrique. O consentimento do ofendido (na teoria do delito). 2ª ed. São Paulo: RT, p. 126, 1995.

3 JESUS, Damásio Evangelista de. Código penal anotado. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 105, 2001.

4 NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 4ª ed. São Paulo: RT, p. 164, 2003.

5 BARQUERO, Enrique Casas. La importancia del consentimiento em la teoria general del delito. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 41, p. 222, abr./jun., 1988.

6 BETTIOL, Giuseppe. Direito penal. São Paulo: Saraiva, v. I, p. 399, 1966. O Código Penal italiano assim dispõe: “art. 97. Minore degli anni quattordici – Non è imputabile chi, nel momento in cui há commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni”. Idêntica é a disciplina do Código Penal alemão: “§ 19. Schuldunfähigkeit des Kindes. Schuldunfähig ist, wer bei Begehung der Tat noch nicht vierzehn Jahre alt ist”.

7 REISS, Michel Wencland. Sobre o consentimento do sujeito passivo. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004, p. 96 (Dissertação, Mestrado em Ciências Penais).

fundamento na imputabilidade penal, seja com espeque no Código Civil, carece de justificação aceitável.⁸

São absolutamente distintas a idade para entender o caráter ilícito do fato e comportar-se de acordo com esse entendimento e a idade para renunciar à tutela penal. A capacidade de ser imputável não se confunde com a capacidade de consentir validamente. Mais restrições existem para adquirir a capacidade de ser culpável do que para obter a capacidade de consentimento. A imputabilidade penal apresenta abrangência mais restrita do que a capacidade de ser vítima, e a equiparação pretendida iguala realidades distintas. O alienado mental não pode ser autor de crime, mas pode figurar como vítima. O relativamente incapaz não é sujeito ativo do delito, ao passo que pode ocupar a posição de sujeito passivo. A pessoa jurídica pode ser vítima de crime de difamação, porém não é capaz de cometer crime contra a honra. Conquanto os sujeitos acima mencionados não sejam imputáveis, detêm condições de figurar como vítimas de crimes e, como tais, poderão externar o consentimento para fazer lícita a conduta típica dirigida contra os bens jurídicos de que são titulares.

Acrescente-se existir na legislação brasileira certo descompasso entre a idade para responder criminalmente pelos atos praticados e a idade para realizar os demais atos da vida em sociedade. Permite-se ao jovem, a partir de 16 anos, exercer o direito de votar, mas somente quando atingir 18 anos poderá ser penalmente responsabilizado pela prática de crime eleitoral. Aos 16 anos, o jovem está apto a exercer o comércio e a contrair matrimônio, porém só responderá pelo cometimento de delito falimentar e por infração contra o casamento depois de completados 18 anos. Desde que aufera renda, o menor com 15 anos está obrigado a declarar e a recolher o imposto de renda, contudo apenas será penalmente imputável por delitos contra a ordem tributária e econômica três anos depois. Na condição de aprendiz, o menor com 14 anos pode exercer atividade laboral, entretanto não é possível atribuir a ele o cometimento de crime contra a organização do trabalho. Apesar da redução da maioridade civil para 18 anos, não andam lado a lado a capacidade penal e a capacidade para a prática dos demais atos da vida civil. A pretensão de utilizar-se a idade fixada para a

⁸ ANDRADE, Manoel da Costa. Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 410.

determinação da imputabilidade penal como limite etário para tornar válido o consentimento do ofendido vai de encontro às demais normas do ordenamento jurídico, cuja tendência é permitir cada vez mais a assunção de obrigações, o cumprimento de deveres e o exercício de direitos a indivíduos cada vez mais jovens. Nesse sentido, o limite etário disposto no art. 27 do Código Penal – repetição de similar dispositivo da vetusta legislação de 1940 – tem seu alcance restrito à esfera criminal, a fim de determinar, exclusivamente, a capacidade para responder pelos delitos perpetrados.

Quanto à determinação da idade com base no Código Civil para reputar válido o consentimento, embora a unidade do ordenamento jurídico deva ser procurada, não é correto conferir interpretação sistemática de disposições peculiares a distintos ramos do Direito. Anteriormente à vigência do atual Código Civil, a maioria era alcançada ao se atingir 21 anos de idade. Por conseguinte, deveria ser esse o limite a partir do qual o consentimento concedido pelo sujeito passivo produziria efeitos, a despeito da imputabilidade penal fixada em 18 anos. A noção do justo chegava ao indivíduo mais depressa do que a noção do útil. O indivíduo aos 20 anos de idade seria plenamente responsável por matar, furtar, extorquir, praticar atos libidinosos e lesar a Administração Pública, mas não teria capacidade para dispor de bem pertencente a seu patrimônio. A contradição e as incoerências seriam evidentes.

Por outro lado, atualmente, com a redução da maioria civil para 18 anos e a equiparação etária com a imputabilidade penal, poderia o menor com 14 anos praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mas não estaria apto a doar um par de tênis. Seu consentimento seria válido para fazer o aborto consensual, mas não produziria efeitos para dar bem em locação ou contrair empréstimo bancário.

Afora as contradições existentes na tentativa de se dar disciplina comum, o art. 2043 do Código Civil em vigor reza que “até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código”. É a decisiva pá de cal que inuma o tratamento conjunto de situações jurídicas díspares. A vigência do recente diploma civil é estranha às normas penais atinentes à capacidade de consentimento estatuídas na Parte Especial do Código Penal.

5. A fonte da idade penal do consentimento válido

Se a imputabilidade penal não constitui parâmetro para se definir a idade mínima para o consentimento válido e se as normas de Direito Civil não se aplicam à seara criminal no que toca à definição de idade, outra será a fonte em que se deve beber para encontrar resposta à questão.

Como dito, a Parte Especial do Código Penal traz infrações em que o consentimento da vítima ora exclui a tipicidade do delito, ora o desclassifica para crime cuja pena é menos rigorosa. Entre as infrações penais em que se faz menção à idade mínima para reputar-se válido o consentimento, aponta-se a idade de 14 anos, conforme se verificou na seleção de alguns crimes atentatórios da vida e dos costumes. Se a partir dos 14 anos a vítima detém aptidão para manifestar-se legitimamente acerca de questões extremamente importantes, tal como o aborto e a liberdade sexual, por que precisaria completar 18 anos para deter condições intelectivas e volitivas suficientes à disposição de seu patrimônio?

Uma mirada no direito penal português permite visualizar a regulamentação mais coerente acerca do consentimento como causa de exclusão da ilicitude e extrair conclusões passíveis de serem invocadas no direito pátrio. De acordo com a lei portuguesa, os menores de 16 anos são inimputáveis (art. 19 do Código Penal). Ao tratar da interrupção da gravidez, o art. 142, item 3, “b”, exige o consentimento da mulher grávida, que deve ter, ao menos, 16 anos. A conduta típica descrita no art. 174 – actos sexuais com adolescentes – prevê a necessidade de o sujeito passivo ser menor entre 14 e 16 anos. De ambos os dispositivos legais, depreende-se a ideia de que a vítima, a partir dos 16 anos, possui aptidão para validamente consentir com a interrupção da gravidez e com a prática de atos sexuais, em hipóteses similares às descrições típicas contidas nos arts. 126, 213 e 214, bem como do revogado art. 220 do Código Penal brasileiro. A idade corresponde àquela fixada para a imputabilidade penal, de modo a haver plena equiparação entre o limite etário da capacidade de consentir excludente da tipicidade e da capacidade para penalmente responder pelos atos. Quanto à idade mínima para validamente consentir e excluir a ilicitude, o Código Penal português disciplina, no art. 38, item 3, ser eficaz o consentimento prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. Nessa

vertente, dissocia-se a idade da capacidade penal – 16 anos – da idade da capacidade de consentimento justificante – 14 anos.

No Direito brasileiro, não se vê impedimento à aplicação do limite etário mínimo apto à exclusão da tipicidade ao consentimento excludente da ilicitude. Independentemente do elemento do fato punível a que está vinculado – tipicidade ou ilicitude –, o consentimento exerce idêntica função, porque em ambas as situações atua como excludente do crime.

Ambos os casos de vontade concordante do lesado que aqui juridicamente se distinguem apresentam, do ponto de vista meramente fático, os mesmos elementos: o ofendido concorda com uma conduta que o prejudica de alguma maneira. Surgem como figuras diferenciadas de mediação de respostas de tolerância jurídico-penal e como expressões similares de danosidade social, porque a autonomia pessoal constitui a matriz axiológica e normativa dos dois tipos de consentimento. Na ausência de previsão legal da idade mínima a partir da qual o consentimento justificante é aceitável, ao contrário da legislação portuguesa, a interpretação dos dispositivos da Parte Especial do Código Penal oferece a solução mais precisa na determinação do limite etário mínimo adequado: 14 anos.

Aos 14 anos, defere-se compromisso à testemunha que venha a depor em juízo durante a instrução de processo criminal, consoante dispõe o art. 208 do Código de Processo Penal. Malgrado a capacidade civil e a imputabilidade penal somente se adquiram aos 18 anos e a legislação processual civil reconheça como incapaz para testemunhar o menor de 16 anos (art. 405, § 1º, III, do Código de Processo Civil), o estatuto processual penal mostra-se menos rigoroso na seleção de testemunhas de fatos criminosos e permite a obtenção de duas conclusões: não são todos os atos que dependem da maioridade civil ou da imputabilidade penal para que se repute válidos; e nem é exclusividade da Parte Especial do Código Penal eleger os 14 anos como idade suficiente à prática de atos jurídicos de considerável relevância na vida em sociedade.

Esse entendimento possui, ainda, uma feição garantista dos direitos da defesa. Uma vez que o consentimento do ofendido constitui discriminante supralegal, a redução da idade aquém dos 18 anos representa maior possibilidade de exclusão do crime e restringe a área de atuação do Direito

Penal. Ampliam-se as hipóteses de renúncia à tutela penal e restringe-se o alcance de normas cujo emprego se dá como *ultima ratio*, conquanto a redução do amparo penal dos bens jurídicos possa assumir também uma significatividade própria para o sistema social, como frustração de seu programa de proteção.

6. Prolepse

Poder-se-ia dizer que a eficácia jurídica do consentimento somente tem sentido sobre a punibilidade de um delito patrimonial se quem declara o consentimento tem também a última palavra sobre o objeto do consentimento; ou seja, se o indivíduo pode dispor eficazmente sobre a coisa segundo o direito civil.⁹ De nada adiantaria o civilmente incapaz consentir com a destruição de objeto que lhe pertence e seu representante legal, posteriormente, fazer ilusória sua autorização e converter o dano em ação indenizatória movida contra o agente da suposta infração.

A legitimidade do recurso ao Direito Civil com vista à proteção do menor colheu sempre o aplauso dos adeptos da necessidade da maioria para praticar os atos da vida em sociedade, ao mesmo tempo em que fortaleceu a crença de que, até atingir certo grau de desenvolvimento, indiciado por determinados limites etários, o menor deve ser preservado dos efeitos relacionados com a suposta incapacidade de consentir.

Em verdade, o reconhecimento, no juízo penal, da licitude da conduta por força do consentimento do ofendido constitui impedimento ao manejo de ação indenizatória na esfera cível. A questão seria verificar se o consentimento concedido pelo civilmente incapaz possui validade penal, e somente na hipótese de a resposta ser negativa é que haveria ensejo ao ajuizamento de ação indenizatória. Caso se repute válida a renúncia à tutela penal dada pelo menor de 18 anos, nada mais haveria para ser discutido na área cível, em virtude do efeito vinculante da sentença penal que absolve o acusado com fundamento na exclusão da ilicitude da conduta.

⁹ MAIWALD, Manfred. El consentimiento del lesionado em el derecho y em la dogmática penal alemanes. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, n. 9, p. 351, 1990.

Ademais, se o consentimento do ofendido dependesse sempre da capacidade civil para julgar-se eficaz, sob pena de o representante legal do menor aproveitar-se do defeito na manifestação de vontade quando lhe conviesse, nenhuma das disposições da Parte Especial do Código Penal produziria efeitos no tocante ao consentimento excludente da tipicidade. De nada adiantaria a anuência da vítima menor de 18 anos com a prática de conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, porque seria facultado a seu representante legal promover ação indenizatória contra o suposto ofensor. O mesmo poderia ser dito em relação ao aborto praticado com consentimento da gestante, cuja manifestação de vontade seria ineficaz, na hipótese de contar com apenas 14 anos de idade. O representante legal da gestante poderia opor-se ao pedido indenizatório formulado pelo genitor do feto, sob o argumento de que o consentimento externado era inválido, e atribuir exclusiva responsabilidade ao terceiro executor do aborto.

Posto que a atipicidade da conduta, reconhecida pelo juízo criminal, não vincule o juízo cível, a legalidade do consentimento deve ser verificada em consonância com as normas penais que o admitem como causa excludente do crime ou redutora da pena. É o direito penal que estabelece a partir de qual idade determinadas condutas deixam de ser crimes. A verificação no juízo cível da ilicitude da ação depende da análise das normas penais que dispõem sobre a forma de sua execução.

A constatação da vontade naturalística é suficiente para desencadear a eficácia que o regime do consentimento lhe outorga, à margem de quaisquer requisitos sobre capacidade, liberdade e autenticidade da manifestação de vontade.

A possibilidade de o consentimento ter eficácia justificante é tanto maior quanto mais a valoração subjetiva do ofendido, os seus motivos e fins se aproximarem da valoração objetiva da lei. O fim da ação realizada com base no consentimento pode decidir em muitos casos sobre a eficácia da manifestação volitiva. É uma questão de apurar-se quais valores o ofendido persegue e quais valores sacrifica o agente que tenciona prevalecer-se do consentimento concedido.

É preciso ter em conta que a autonomia da vontade contida no consentimento representa valor protegido pela ordem jurídica. Por

consequente, a invalidade do consentimento e a correspondente limitação da autonomia apenas poderão ser aceitas quando a ação sacrifica valores mais relevantes do que a liberdade de dispor dos próprios bens jurídicos e perseguir, dessa forma, os próprios fins.

Em alguns casos, a lei expressamente estabelece a idade mínima para consentir. A Lei n. 9.434/97 reza, em seu art. 9º, ser permitido à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fins de transplante ou terapêutico. Somente o consentimento externado pelo maior de 18 anos seria apto a afastar as incriminações contidas nos arts. 14, 16 e 17 do diploma legal acima mencionado.

A Lei n. 9.263/96 dispõe ser admissível a esterilização voluntária de homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de 25 anos (art. 10). A capacidade civil não é bastante, pois se faz necessário, ainda, tenha sido alcançada a idade de 25 anos. Caso a esterilização cirúrgica tenha sido realizada em desacordo com o estabelecido no art. 10, apena-se o agente com reclusão, de 2 a 8 anos e multa.

Já está na hora de haver a libertação do direito penal do pensamento civilístico, ao qual se tem reservado ditar pacificamente as normas sobre os vícios da vontade em matéria de consentimento penalmente relevante.

O magistrado deve decidir cada caso concreto, independentemente dos pontos de vista decisivos em direito civil, e ponderar as circunstâncias pertinentes que determinam se o vício de consentimento é penalmente relevante. O consentimento constitui figura específica do direito penal, cujos requisitos de eficácia devem obedecer a apenas um critério: saber se a concordância com a agressão ao objeto material penalmente tutelado é ou não manifestação da liberdade de decisão reconhecida pelo sistema penal.

O que está em jogo no direito civil – para além da preservação de valores do próprio tráfico, *maxime* a celeridade, a segurança e a boa fé no comércio jurídico – é a tutela da autonomia e da liberdade negocial. Que só logram a realização autêntica na relação sinalagmática ideal típica, ou seja quando a declaração de vontade de nenhuma das partes está inquinada por erro na declaração ou sobre os motivos. [...] As coisas reclamam outra aproximação em direito penal

onde, em primeira linha, se não mesmo exclusivamente, se cura da salvaguarda de bens jurídicos fundamentais contra formas contadas de agressão, socialmente intoleráveis e merecedoras de reacção criminal. O que aqui releva não é a protecção da autonomia negocial, 'nem sequer do tráfego jurídico, mas apenas a questão de saber se uma conduta coberta (ou não) pelo consentimento do lesado é, e em que termos, digna e carecida de tutela penal'.¹⁰

Em âmbito penal, o conflito não se estabelece entre duas partes, de modo que o provimento que acolha uma das pretensões importe necessariamente o sacrifício do interesse da outra. A linha de clivagem passa entre o punível e o não-punível, como deferência à esclarecida e livre renúncia à tutela penal do portador concreto do bem jurídico.

A exigência da capacidade negocial vale apenas para a seara cível, pois basta a capacidade natural de avaliação do sentido do ato para a renúncia aos bens jurídicos pessoais.

7. Considerações finais

O Direito Penal, no campo do consentimento válido excludente da tipicidade e da ilicitude, é mais realístico e menos formal do que o Direito Civil. Por consistir o consentimento do ofendido causa justificante supralegal, existe omissão do Código Penal a respeito da determinação de seus caracteres, sobretudo da idade mínima do sujeito consenciente. A adoção da imputabilidade penal como parâmetro etário ou das disposições do Código Civil acerca da capacidade de direito contrasta com muitas normas do ordenamento jurídico, que tendem a reduzir a idade para a assunção de obrigações e o exercício de direitos pelo indivíduo, além de se postarem em confronto com prescrições da Parte Especial do Código Penal. Algumas figuras típicas aí alocadas estatuem em 14 anos a idade a partir da qual o consentimento externado pelo titular do bem jurídico objeto de tutela penal adquire validade e produz efeitos. É possível, portanto, fixar os 14 anos como limite etário mínimo que autoriza ao sujeito passivo renunciar

¹⁰ ANDRADE, Manoel da Costa. Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 570-1.

à tutela penal, porque se trata de idade reconhecida pelo próprio Código Penal como suficiente para a disposição de relevantes bens jurídicos, no âmbito da exclusão da tipicidade, salvo determinação expressa em sentido diverso, como fazem a Lei n. 9.263/96 e a Lei n. 9.434/97. A extensão à seara da antijuridicidade é perfeitamente factível, seja porque igualmente se cuida de causa de exclusão do crime, seja porque restringe o alcance das normas penais, cujo emprego se dá como *ultima ratio*. É suficiente que o ofendido, no momento da aquiescência, esteja em condições de bem compreender o significado e as conseqüências de sua decisão e possua capacidade para tanto, a qual se presume a partir dos 14 anos de idade.

Referências

ANDRADE, Manoel da Costa. Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991.

BARQUERO, Enrique Casas. La importancia del consentimiento em la teoria general del delito. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 41, p. 213-30, abr./jun., 1988.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, v. I, 1966.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código penal anotado*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAIWALD, Manfred. El consentimiento del lesionado em el derecho y em la dogmática penal alemanes. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, n. 9, p. 337-52, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido (na teoria do delito)*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1995.

REISS, Michel Wencland. *Sobre o consentimento do sujeito passivo*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004 (Dissertação, Mestrado em Ciências Penais).

REVALORIZAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS CURTAS

INSTRUMENTO PARA A REDUÇÃO A INTERVENÇÃO PENAL

Bruno de Moraes Ribeiro

Doutor e mestre em Direito Penal, pela UFMG; bacharel em Direito, pela UERJ; professor adjunto de Direito Penal na Universidade da Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC); coordenador dos cursos de Direito Penal da Escola Superior de Advocacia da OAB-MG; advogado e consultor na área das Ciências Penais.

SUMÁRIO:

- 1 - A discussão acerca das penas privativas de liberdade de curta duração
- 2 - O debate doutrinário sobre as penas privativas curtas no Brasil
- 3 - Crítica aos argumentos contrários às penas privativas curtas.....
- 4 - Considerações finais

1. A discussão acerca das penas privativas de liberdade de curta duração

Desde a segunda metade do século XIX, os inconvenientes e a necessidade das penas privativas de liberdade de curta duração¹ têm sido intensamente debatidos.

Na primeira metade do século XX, sob a influência das idéias do Positivismo criminológico, a discussão talvez tenha atingido o seu ponto máximo.² Na realidade, até meados dos anos sessenta ou início dos anos setenta, aproximadamente (no Brasil, até, possivelmente, o final dos anos oitenta), ainda se acreditava plenamente na eficácia reeducativa da execução penal, desde que ela possuísse uma orientação terapêutica, contasse com os necessários recursos humanos e materiais, e pudesse influenciar os reclusos

1 É controversa, na doutrina, a noção de penas privativas de liberdade de curta duração, não existindo consenso sobre a questão. Durante muito tempo prevaleceu o entendimento de que seriam penas privativas curtas aquelas cuja duração não excedesse a três meses (Calón cita uma resolução da Comissão Internacional Penal e Penitenciária, de agosto de 1946, que adotava esse entendimento. Cf. CALÓN, Eugenio Cuello. *La moderna penología*. T. I. Barcelona: Bosch, 1958, p. 590, nota 2). Por outro lado, o limite de seis meses sempre foi bastante utilizado (ver, a propósito, VALDÉS, Carlos García. *Teoría de la pena*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1987, p. 156) e talvez seja, atualmente, o que prevaleça (Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5ª ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 817; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal português: parte geral - as conseqüências jurídicas do crime*. T. II. Aequitas e Editorial Notícias, 1993, p. 106; CAFFARENA, Borja Mapelli; BASOCO, Juan Terradillos. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1996, p. 71). Na França, uma série de disposições administrativas considerava como penas privativas curtas as que não excedessem a um ano (*apud* CALÓN, Eugenio Cuello. *Op. cit.* p. 590). No Brasil, há uma tendência a considerar como pena privativa de liberdade de curta duração aquela que não excede a dois anos (nesse sentido, ver MIOTTO, Armida Bergamini. *Curso de direito penitenciário*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 255). Esse último critério é, para o nosso contexto histórico-cultural, o que parece mais acertado.

2 Segundo Cuello Calón, os congressos internacionais penais e penitenciários abordaram reiteradamente o tema das penas privativas de liberdade de curta duração: “[...] el de Londres de 1872, San Petersburgo de 1890, París de 1895, Washington de 1910, Londres de 1925 y últimamente el de La Haya de 1950. Fué también estudiado por los Congresos Internacionales de la Unión Internacional de Derecho penal de Bruselas de 1889, Berna de 1890 y Cristianía de 1891, en el II Congreso Internacional de Derecho comparado de La Haya de 1937, y en el II Congreso latino-americano de Derecho penal. También ha sido investigado y debatido en el seno de la hoy extinguida Comisión Internacional Penal y Penitenciaria y por la “Société Générale des Prisons” (CALÓN, Eugenio Cuello. *Op. cit.* p. 586).

durante um período de tempo suficiente. Como consequência dessa crença, as penas privativas de liberdade de curta duração estiveram totalmente desacreditadas, pois, em razão da sua brevidade, seriam incapazes de possibilitar uma influência ressocializadora.

Outras críticas freqüentemente formuladas contra as penas privativas curtas: gerariam dificuldades para a reintegração social dos egressos, em virtude do estigma social produzido pelo encarceramento; constituiriam um elemento corruptor, por propiciarem o contato entre criminosos ocasionais e criminosos habituais; exporiam a família do encarcerado à miséria, representando um grave problema social; sobrecarregariam a execução penal, dificultando uma execução ressocializadora das penas privativas de liberdade de média e longa duração; e implicariam custos econômicos muito elevados.

Por todos esses motivos, e ainda outros, condenava-se o uso de tais penas e propunha-se sua substituição por medidas alternativas, não privativas de liberdade, o que veio a ocasionar um importante movimento político-criminal, cujos efeitos se fizeram sentir, principalmente, a partir da segunda metade do século XX. Exemplo emblemático dos efeitos desse movimento se encontra no §36, I, do Projeto Alternativo de Código Penal Alemão (Parte Geral) de 1966, que propôs a supressão das penas privativas de liberdade inferiores a seis meses.³

Nessa época, Baumann afirmava, em um conhecido texto, que as penas privativas de liberdade de curta duração eram “inúteis desde un punto de vista pedagógico criminal, socialmente dañosas y que, además, recargan la ejecución penal”.⁴

³ Apud JESCHECK, Hans- Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit. p. 817. Ver, ainda, a propósito, BAUMANN, Jürgen. Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses? In: *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*. Buenos Aires: Pannedille, 1970, p. 11. A proposição referida nunca foi aprovada. O vigente Código Penal alemão, contudo, exclui as penas de prisão inferiores a um mês e procura restringir ao máximo a aplicação das penas privativas de liberdade de até seis meses de duração, afirmando que as mesmas só podem ser impostas quando tal providência for “imprescindível” para influir sobre o autor ou para a defesa do ordenamento jurídico (Cf. JESCHECK, Hans- Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit. p. 817).

⁴ BAUMANN, Jürgen. Op. cit. p. 21. Este artigo de Baumann, que teve grande repercussão

Na França, a partir de 1975, procurou-se possibilitar a substituição das penas privativas curtas, instituindo diversas alternativas à sua execução.⁵

e é freqüentemente citado, pode ser tomado como um referencial no que diz respeito aos argumentos contrários às penas privativas curtas utilizados naquele momento histórico, em que a idéia de ressocialização ou reintegração social ainda tinha ampla e entusiasmada aceitação. Afirmava Baumann: "Aquí se trata sólo del daño innecesario desde el punto de vista pedagógico-criminal, producto de la aplicación de la pena, es decir, de aquello que se causa en el condenado mediante una pena corta privativa de la libertad dañosa. Naturalmente no puede soslayarse el hecho de que precisamente la cuota de reincidencia en las penas cortas privativas de libertad es especialmente alarmante. [...] Además es de tener en cuenta que también el derecho penal se encuentra bajo los mandatos del menor sacrificio. Donde la resocialización (también con respecto a la prevención general) pueda alcanzarse por otros medios más clementes, aquéllos deben reemplazarse. La libertad es un bien jurídico demasiado alto como para que sea sacrificado innecesariamente. La pena privativa de libertad debe ser última *ratio* que no puede forzarse mediante una cláusula general ineficaz, sino previendo primariamente otras reacciones de las cuales se pueda esperar un efecto tan bueno e inclusive mejor, desde un punto de vista político-criminal. Además, debe indicarse que de la solución del problema de las penas cortas privativas de la libertad depende que pueda alcanzarse una ejecución resocializadora de las penas de encierro, de mediana y larga duración. [...] Por lo tanto, casi la mitad de los condenados a penas de prisión y un tercio del total de internos cumplen penas de corta duración. No se trata solamente del problema de la falta de lugar en los establecimientos carcelarios. Además, esta fluctuación de la duración hace imposible una ejecución resocializadora en las celdas de nuestros establecimientos carcelarios. Cómo sería posible estructurar una razonable terapia laboral en este permanente ir y venir? [...] Junto a la solución del problema de las penas cortas privativas de la libertad, se encuentra el relativo al éxito de los establecimientos de ejecución y a la vez el de la seguridad jurídica, pues también es una tarea relativa a la seguridad jurídica impedir la comisión de futuros hechos punibles. Visto de esta forma no solamente la corta duración que a menudo determina el cumplimiento de penas privativas de la libertad concretamente absurdas, sino también la mediana y larga duración que no podrán obtener un efecto resocializador, aparecen como amargamente injustas. Y esta injusticia se da también frente a la comunidad jurídica que pretende aumentar su seguridad atenuando las cuotas de reincidencia, ya sea que provengan de condenados a penas de corta, mediana, o larga duración. [...] Qué debe ocurrir? Presumiblemente es claro que el problema de la eliminación de las penas cortas privativas de la libertad implica, a su vez, la cuestión de su reemplazo en este ámbito." (Id. *ibid.* p. 8-10).

⁵ A propósito, Bernard Bouloc afirma: "Quanto às penas de curta duração, o parecer unânime é que seus inconvenientes ultrapassam em muito suas vantagens [...]; por esse motivo, há um esforço para não pôr em execução essas penas no momento em que se foi obrigado a pronunciá-las, mas para praticamente substituí-las por medidas que se espera sejam mais eficazes. Aliás, foi isso que a lei de 11 de julho de 1975 (complementada pela de 10 de junho de 1983) facilitou, instituindo diversos substitutivos para a pena de prisão, que são o dia-multa, o trabalho de interesse geral e as penas privativas ou restritivas de direitos do artigo 131-6 do Código Penal (arts. 131-5 a 131-8, Código Penal). Note-se

Em Portugal, o vigente Código Penal prevê diversas hipóteses de substituição para a pena de prisão de até três meses, como a admoestação (art. 59) e a prestação de trabalho a favor da comunidade (art. 60). Para a pena de prisão de até seis meses há a alternativa da multa (art. 43), sendo possível também nesses casos, dependendo de determinadas circunstâncias, a dispensa da pena (art. 75). Possibilitam-se, ainda, substitutivos à pena de prisão não superior a três anos (atingindo, portanto, também penas de média duração), com a previsão da suspensão da execução da pena (art. 48 e seguintes) e do regime de prova (art. 53 e seguintes).⁶

Outro exemplo, mais recente, dos efeitos do movimento político-criminal de substituição das penas privativas de curta duração encontra-se no art. 36 do vigente Código Penal espanhol, que estipula como limite mínimo de duração da pena de prisão o prazo de seis meses.⁷

Atualmente, muitos dos argumentos contrários às penas privativas curtas ainda têm sido expostos pela maioria dos doutrinadores, o que decorre da ênfase exagerada que diversos sistemas jurídico-penais têm dado, no âmbito das funções atribuídas à pena privativa de liberdade, à reintegração social. Assim é que na França, por exemplo, Bernard Bouloc afirma:

que, na hipótese de uma condenação que comporte uma prisão definitiva de seis meses no máximo, pronunciada por um delito de direito comum, a decisão de que lança mão o juiz de aplicação das penas antes da execução da prisão pode ser ordenar a suspensão (*sursis*) da execução dessa pena (quando a condenação não é mais suscetível de recurso por parte do condenado) e determinar que o condenado cumpra, em benefício de uma coletividade pública, de um estabelecimento público ou de uma associação, um trabalho de interesse geral, não remunerado, de duração compreendida entre 40 e 240 horas (art. 747-8, CPP, lei de 6 de julho de 1989, art. 16, art. 132-57, Código Penal, e 747, CPP). Evidentemente, tal possibilidade não pode acontecer a não ser que a pena de prisão não esteja em curso de execução” (BOULOC, Bernard. *Pénologie*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1998, p. 31-32. Traduzimos). O vigente Código Penal francês, portanto, manteve o regime iniciado em 1975, possibilitando a substituição das penas privativas de curta ou média duração por medidas alternativas ao aprisionamento. Sobre as alternativas à prisão na França, com riqueza de detalhes, ver OLIVEIRA, Edmundo. *Política criminal e alternativas à prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 61-75.

⁶ Ver, a propósito, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal português: parte geral - as conseqüências jurídicas do crime*. T. II. Aequitas e Editorial Notícias, 1993, p. 106-107 e 325-408. Ver também OLIVEIRA, Edmundo. Op. cit. p. 43-58.

⁷ A respeito das alternativas previstas pelo aludido Código para evitar as penas privativas curtas, ver CAFFARENA, Borja Mapelli; BASOCO, Juan Terradillos. Op. cit. p. 73-74.

As *penas curtas* trazem uma perturbação profunda à vida do condenado; ele geralmente perde seu emprego, sua família é privada do chefe e mergulhada em numerosas dificuldades; ao sair, o condenado se depara com múltiplos problemas; ele estará desmoralizado pela promiscuidade facilmente evitável da prisão, se defrontará com a hostilidade geral e terá mais amargura e ressentimento que remorsos; deve-se recear, além do mais, que a pena de prisão tenha perdido para ele muito de seu efeito intimidativo. Se se trata de *penas longas*, uma ação de tratamento prolongado pode ser empreendida, sobretudo no domínio profissional, educativo, psicológico e terapêutico.”⁸

Poucos são os autores que, tal como Jescheck e Weigend, evitam as críticas cáusticas às penas privativas de liberdade de curta duração, percebendo, com lucidez, a grande utilidade que elas podem ter:

La **valoración** político-criminal de la pena corta de prisión depende de las alternativas con las que se compare. Una estancia breve en la prisión no tiene ventajas preventivo-especiales mensurables frente a otras sanciones ambulatorias (como la pena de multa o la suspensión condicional) sino que, antes bien, puede disminuir las posibilidades de resocialización del autor a través de la perturbación de las condiciones sociales existentes en su trabajo, su familia o en su círculo de conocidos. [...] Por otra parte, tampoco las penas de prisión de larga duración permiten favorecer sustancialmente la resocialización sino que menoscaban todavía más las posibilidades del autor para llevar una vida posterior alejada del delito [...] De ahí que desde una perspectiva preventivo-especial las penas cortas de prisión están por encima de las de larga duración y no deberían, en consecuencia, ser excluidas de modo general sino ser concebidas como medio para la reducción del nivel sancionador.”⁹

8 BOULOC, Bernard. Op. cit. p. 31 (Traduzimos). Afirma ainda o ilustre professor: “Pode-se dizer que o espaço dado ao objetivo da readaptação social jamais foi tão importante quanto no momento atual” (Id. ibid. p. 8). Não lhe passa despercebido, entretanto, que “A longa duração da detenção multiplica o risco de inadaptação no momento da saída [...] e o risco de desarticulação do lar e da família...” (Id. ibid. p. 31).

9 JESCHECK, Hans- Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit. p. 818.

2. O debate doutrinário sobre as penas privativas curtas no Brasil

No Brasil, a questão das penas privativas curtas foi amplamente debatida. Assim é que inúmeros penalistas ilustres, como Virgílio Luiz Donnici, as criticavam, assinalando: “A correção moral é difícil de ser observada para os condenados às penas de curta duração”.¹⁰ No mesmo sentido, Basileu Garcia expunha:

Em certo ponto, porém, há acordo, talvez unânime. As penas curtas de prisão oferecem graves inconvenientes. [...] Não é possível extrair da pena de prisão os principais benefícios que visa, se não se conta com o fator tempo. Para conseguir-se a melhoria moral do culpado, a sua regeneração para readaptar-se à coletividade, é preciso que a segregação não seja breve. Além de não servirem à reeducação, as diminutas penas privativas de liberdade concorrem, francamente, para envilecer e piorar o delinqüente. São corruptoras, porque se cumprem, quase invariavelmente, em estabelecimentos em que grassa nefasta promiscuidade.¹¹

Influenciado pelos postulados do Positivismo criminológico, o professor Moacyr Benedicto de Souza enfatizava os malefícios das penas privativas curtas, chegando a conclusões semelhantes:

Se é certo que as penas privativas de liberdade, portadoras de grandes esperanças na difícil tarefa de combate à criminalidade, falharam lamentavelmente, a ponto de sua supressão ser advogada, pelo menos na maioria dos casos, pela penologia moderna, mais falha ainda se apresenta a pena de prisão de curta duração, fonte inegável de grandes malefícios. O pequeno período de isolamento do delinqüente,

¹⁰ DONNICI, Virgílio Luiz. *A criminologia na administração da justiça criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 181.

¹¹ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. t. II. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1973, p. 531-532. Na mesma linha, Frederico Marques: “Problema muito de perto ligado à individualização da pena na fase de execução é o das penas curtas de prisão. Reconhecido está hoje, que essas penas muitos inconvenientes apresentam, constituindo mesmo providência desaconselhável e contraproducente. Elas não intimidam nem corrigem, mas ao contrário, constituem, muitas vezes, focos de corrupção e sementeira de novos crimes. [...] Muitas são as fórmulas propostas para a substituição dessas penas de curta duração, por outras medidas sancionadoras mais eficazes e aconselháveis”. (MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. III. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 257).

em geral de escassa ou nula periculosidade, não permite um estudo adequado de sua personalidade para fixação de um plano de reabilitação, pois a terapêutica penal não se opera com efeitos instantâneos. Por outro lado, a convivência deletéria com outros companheiros de presídio, com longa vivência na senda da criminalidade, violadores habituais das normas penais, refletirá de maneira bastante perniciososa em seu espírito, adestrando-o na mecânica da delinquência multiforme. De discípulo, passa a mestre. E, uma vez em liberdade, fatalmente porá em prática a teoria adquirida, voltando a delinquir. Ele que, via de regra, se situava na área da criminalidade ocasional, passa a integrar-se no cabedal delitivo do habitual. A pena de curta duração não recupera e não atinge, por isso mesmo, os fins visados pela justiça penal.¹²

A professora Armida Bergamini Miotto, ainda que com uma ótica parcialmente diferente, também criticava as penas privativas de liberdade de curta duração, abordando o problema sob um enfoque multidisciplinar:

Esse primeiro contato com a prisão, para nela permanecer algum tempo, costuma produzir um choque emocional, com o sofrimento que o acompanha e o segue, permeado de vergonha, revolta, vexame, depressão e outros sentimentos, análogos a esses ou não, mas sempre negativos. [...] Assim sendo, aquele choque e aquele sofrimento comprometem (ou destroem) a proporção que, para a pena ser de modo justo retributiva, deve haver entre a pena aplicada e o delito cometido [...]. Acresce que, além de ficar comprometida a justiça da pena no seu caráter essencial retributivo, o lapso de tempo de uma pena de curta duração (geralmente não mais de dois anos) é insuficiente, segundo a lição da experiência, para o condenado se refazer do choque e suas seqüelas; nesse estado psicológico, ele não tem boas condições íntimas para se realizarem as funções da pena (função principal, precípua: ético-jurídica – emenda; as demais funções, acessórias, utilitárias). [...] Outro ponto a considerar é o seguinte: a passagem por estabelecimento penal, em cumprimento de pena, estigmatiza, psicológica e socialmente, o condenado – quer se queira, quer não. Esse estigma, essa marca,

12 SOUZA, Moacyr Benedicto de. *A influência da escola positiva no direito penal brasileiro*. São Paulo: LEUD, 1982, p. 96. No mesmo sentido, cf. GOULART, Henny. *Penologia*. v. II. São Paulo: May Love, 1975, p. 9-10.

dificulta a reinserção do condenado no convívio da família, da comunidade, da sociedade, quando recupera a liberdade; para nos convenceremos disso, basta observar a realidade. O egresso não pode ou, pelo menos, dificilmente pode, esquecer a sua “experiência vivida” na prisão. Isso o prejudica no esforço que deve fazer para se reinserir no convívio, seja porque favorece um estado psicológico de inibição, seja porque sugere conduta e atitudes canhestras, inadequadas. Por sua vez, a família e, especialmente, a comunidade e a sociedade, têm reservas e desconfiança para com o egresso de prisão, que chegam a constituir verdadeira barreira para a reinserção no convívio.¹³

Na atualidade, muitos dos argumentos acima expostos têm sido repetidos, às vezes, com ênfases diversas.¹⁴ Vê-se, pois, que também no

¹³ MIOTTO, Armida Bergamini. Op. cit. p. 255-256. Também Anibal Bruno abordou, detalhadamente, as questões relacionadas com as penas curtas de prisão. Além de acentuar que, nestas, “não é possível exercer sobre o delinqüente nenhuma ação contínua e duradoura capaz de modificar a sua personalidade”, o eminente professor frisava o caráter criminógeno da prisão: “A sugestão do ambiente é para fortalecer a perseverança no caminho do delito e aperfeiçoar a técnica do delinqüente.” Expunha, ainda, que “a entrada na prisão marca indelévelmente o condenado, exerce nele uma ação desmoralizadora e, por fim, o degrada perante a família e a sociedade, fatos que concorrem todos para impedir ou embaraçar sua desejada ressocialização” (BRUNO, Anibal. *Direito penal: parte geral*. t. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 66).

¹⁴ Pierangeli expõe sobre a pena privativa de liberdade de curta duração: “Curta para atender à finalidade repersonalizadora, ela é suficientemente longa para conduzir o criminoso primário, pelo contato pernicioso com outros delinqüentes, ao mau caminho, de forma a tornar mais problemática a sua ressocialização futura. Arrancado de seu trabalho e do seio de sua família, do convívio saudável dos bons amigos, rompe-se, muitas vezes, o derradeiro freio inibitório que ainda o mantém como pessoa útil à sociedade. Após o cumprimento de uma pena privativa de curta duração, no cárcere, exibirá ele o estigma de ex-presidiário que dificultará o seu acesso a empregos. Muitas vezes, também perderá a esposa pelo caminho da separação, do adultério e do divórcio, e, a partir de então, suas chances de retorno à prisão estarão geometricamente aumentadas” (PIERANGELI, José Henrique. Das penas e sua execução no novo Código Penal brasileiro. In: *Escritos jurídico-penais*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 238). Curiosamente, o referido autor menciona que a pena privativa de liberdade teria “finalidade repersonalizadora”, o que não nos parece razoável e, nos moldes traçados pelos chamados “programas mínimos de ressocialização”, tem sido, desde há muito, rejeitado. É possível, contudo, que o termo concebido e empregado (“repersonalizadora”) não expresse com precisão a opinião do respeitado doutrinador. Sobre o tema, cf. MIR PUIG, Santiago. Qué queda en pie de la resocialización? In: *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, especialmente p. 143-149. Abordando o assunto detalhadamente,

Brasil as penas privativas de liberdade de curta duração foram e permanecem sendo asperamente criticadas por autores das mais variadas tendências.

3. Crítica aos argumentos contrários às penas privativas curtas

Na realidade, tais autores, e tantos outros, incidiram em um lamentável equívoco, pois os inconvenientes que apontavam nas penas privativas de liberdade de curta duração existem também nas de longa duração. Ocorre, contudo, que o benefício que, de modo geral, acreditavam existir nas penas privativas de média ou longa duração, que seria o de proporcionar um tratamento ressocializador que pudesse surtir efeitos positivos quando do retorno à sociedade livre, demonstrou-se não existir. Pelo contrário, parece estar comprovado que, não obstante toda pena privativa de liberdade ser prejudicial ao indivíduo, quanto mais duradoura ela for (sobretudo em regime fechado), tanto mais lesiva à personalidade individual e às possibilidades de reinserção na sociedade livre ela será, como demonstram numerosos estudos de índole sociológica, que analisaram o inexorável processo de adaptação ou aculturação dos internos às normas e valores próprios do meio carcerário.¹⁵ O longo encarceramento

RIBEIRO, Bruno de Moraes. *Da função de reintegração social da pena privativa de liberdade*. Tese (Doutorado em Direito, na área das Ciências Penais) – Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, 2005, p. 60-81.

15 Esse processo de adaptação, ou aculturação, foi chamado por Donald Clemmer de “prisonization”. Tal conceito foi pela primeira vez exposto na sua obra mais conhecida, *The prison community*: “So as we use the term Americanization to describe a greater or less degree of the immigrant’s integration into the American scheme of life, we may use the term *prisonization* to indicate the taking on in greater or less degree of the folkways, mores, customs, and general culture of the penitentiary. Prisonization is similar to assimilation...” (CLEMMER, Donald. *The prison community*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1958, p. 299.) Esclarece Clemmer, na mesma obra, que todos os presos ficam sujeitos a certas influências da cultura prisional, as quais denomina fatores universais de prisionização (*universal factors of prisonization*). Tais influências, segundo o autor, são mais lesivas quando sentidas por um longo período de encarceramento: “Acceptance of an inferior rôle, accumulation of facts concerning the organization of the prison, the development of somewhat new habits of eating, dressing, working, sleeping, the adoption of local language, the recognition that nothing is owed to the environment for the supplying of needs, and the eventual desire for a good job are aspects of prisonization which are operative for all inmates. It is not these aspects, however, which concern us most but they are important because of their universality, especially among men who have served many

produz um desajustamento social profundo e tende a ocasionar uma desadaptação irreversível às condições de convivência social existentes na sociedade livre.

Não há dúvida que o movimento de política criminal que procurou substitutivos para as penas privativas de liberdade de curta duração, evi-

years. That is, even if no other factor of the prison culture touches the personality of an inmate of many years residence, the influences of these universal factors are sufficient to make a man characteristic of the penal community and probably so disrupt his personality that a happy adjustment in any community becomes next to impossible. On the other hand, if inmates who are incarcerated for only short periods, such as a year or so, do not become integrated into the culture except in so far as these universal factors of prisonization are concerned, they do not seem to be so characteristic of the penal community and are able when released to take up a new mode of life without much difficulty. The phases of prisonization which concern us most are the influences which breed or deepen criminality and antisociality and make the inmate characteristic of the criminalistic ideology in the prison community. As has been said, every man feels the influences of what we have called the universal factors, but not every man becomes prisonized in and by other phases of the culture" (Id. *ibid.* p. 300).

A propósito da prisionização, seguindo de perto as observações de Clemmer, também Sutherland, Cressey e Luckenbill expõem que "All inmates are subjected to these pervasive aspects of prisonization." (estão referindo-se aos "fatores universais de prisionização" aludidos por Clemmer). "They are swallowed up by the prison." E prosseguem: "For many inmates, prisonization does not cease with mere engulfment in routine prison life. The prison culture contains other patterns that are learned and accepted by some prisoners. These prisoners learn to gamble, to participate in homosexual activities, to rape, and to hate and distrust prison officials and outsiders. They not only accept the prescribed prison code, they attempt to enforce it. They not only hear the prison dogma, they begin to spread it. They not only believe that the environment should administer to them, they attempt to control the environment through prison politics and conniving. These and similar changes do not occur in every prisoner, and all of them usually do not occur in any one prisoner. They are, nevertheless, characteristic of the prison culture. The inmates who participate in these aspects of prison life differ from those subjected only to what Clemmer called the "universal factors of prisonization", largely in attitudes of allegiance to prisoners" Concluem, enfim, citando Thomas e Petersen (THOMAS, Charles W.; PETERSEN, David M. *Prison organization and inmate subcultures*. Indianapolis: Bobbs-Merril, 1977) para afirmar que "The general effect of prisonization is the introduction, with varying degrees of efficiency, of all inmates to values, norms, and attitudes that are in many ways contradictory to anticriminal values, norms, and attitudes. Because it causes prisoners to identify themselves as individuals who are quite different from noncriminals, even contact with the "universal factors of prisonization" will make any effort at rehabilitation difficult" (SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. *Principles of criminology*. 11ª ed. New York: General Hall, 1992, p. 530).

tando o encarceramento, foi benéfico. À época do início da vigência do Código Penal brasileiro de 1940, por exemplo, já se previa a alternância das penas privativas de curta duração com a pena de multa, a suspensão condicional da pena e, na parte especial, algumas hipóteses de perdão judicial. Para infrações penais de escassa gravidade, devem-se evitar as penas privativas de liberdade. O que se contesta é a ilusão de que se possa implementar, mediante penas privativas de longa duração, um melhor tratamento penitenciário ou uma melhor possibilidade de ressocialização ou reintegração social do condenado, seja porque haveria mais tempo para o interno se recuperar do choque emocional inicial, seja porque haveria mais tempo para a análise da personalidade do condenado e a formulação de um tratamento adequado, seja porque haveria mais tempo para operarem os métodos de tratamento indicados, ou por quaisquer outros motivos.

As penas privativas de liberdade de longa duração provocam, quase sempre, a interiorização definitiva, pelo interno, dos padrões de cultura deformados que imperam na sociedade carcerária. Além disso, a rejeição da sociedade livre com relação ao interno submetido a uma longa privação da liberdade é muito maior do que a que existe com relação àquele submetido a uma pena privativa de liberdade curta. Assim, além de a pena privativa de liberdade de longa duração não apresentar os benefícios nos quais um dia se acreditou, os malefícios da pena de prisão apresentam-se de forma muito mais intensa nas penas privativas de longa duração do que nas de duração curta.

Portanto, não é verdade que a pena de prisão de curta duração seja mais falha, ou pior, do que a de longa duração. É justamente o contrário. Na realidade, deveriam as penas privativas de longa duração ser banidas do ordenamento jurídico, tamanhos são os malefícios que trazem para o indivíduo e para a sociedade.

A respeito da discussão sobre o limite de duração da pena privativa de liberdade, o professor Figueiredo Dias esclarece que o art. 47 do projeto de 1963 da Parte Geral do Código Penal português “previa uma **duração máxima** de 10 anos, que procurava justificar com a consideração de que “a prisão aplicada por tempo superior [...] mal se compadece com a ressocialização do delinqüente, até porque exerce física e psiquicamente um tal

efeito desmoralizador sobre o recluso que este dificilmente poderá voltar a viver em liberdade".¹⁶

Ainda a propósito, Ferrajoli afirma que "resulta posible hoy plantear una estrategia de reforma del derecho penal que apunte a largo plazo a la supresión integral de las penas privativas de libertad y a corto y medio plazo a una drástica reducción de su tiempo de duración legal, comenzando por la abolición de esa moderna barbarie que es la condena perpetua".¹⁷ Expõe ainda o conceituado professor que "la duración máxima de la pena privativa de libertad, cualquiera que sea el delito cometido, podría muy bien reducirse, a corto plazo, a 10 años y acaso, a medio plazo, a un tiempo todavía menor; y que una norma constitucional debería sancionar un límite máximo, pongamos, de 10 años".¹⁸

Embora não acreditemos na possibilidade e nem no acerto da supressão integral das penas privativas de liberdade, pensamos ser possível e conveniente, a curto ou médio prazo, não apenas uma larga diminuição das hipóteses de aplicação das penas privativas de liberdade, como também uma revolucionária redução dos limites mínimos e máximos previstos pelas diversas normas incriminadoras para as penas dessa espécie. Nesse sentido, mesmo o limite acima referido, de dez anos, nos parece excessivo para qualquer delito isoladamente considerado, mas é claro que não se pode defender um limite máximo de validez universal, cabendo a cada sociedade estipulá-lo de acordo com as suas condições culturais.

Há que se refletir, ainda, sobre um novo patamar para a unificação das penas privativas de liberdade, em termos muito diversos dos atualmente consagrados nas diversas legislações penais, que tendem a ser excessivos (o limite previsto no art. 75 do nosso Código Penal, por exemplo, é absurdo). Naturalmente, tal patamar também deverá ser adequado às condições culturais de cada sociedade, admitindo-se variações significativas.

16 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit. p. 101. Salienta, contudo, o ilustre professor que "logo a revisão ministerial elevou o máximo para 20 anos (art. 49º da 1ª Rev. Min.), tendo-se ele mantido neste limite em todas as revisões posteriores" (Id. ibid. p. 101).

17 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 412.

18 Id. ibid. p. 414.

4. Considerações finais

A ênfase exagerada que diversos sistemas jurídico-penais e doutrinadores colocam na função de reintegração social da pena privativa de liberdade tende a ser utilizada, tanto quanto a ênfase na idéia de retribuição, para justificar a aplicação de penas privativas longas.

Ainda que a idéia de reintegração social deva ser mantida, principalmente por constituir um símbolo da feição humanitária das sanções penais,¹⁹ tão arduamente conquistado, é preciso ter consciência dos enormes e quase intransponíveis obstáculos à sua efetivação no meio carcerário. Tais obstáculos, como demonstramos, tornam-se mais agudos nas penas privativas de liberdade de longa duração.

É necessário, portanto, revalorizar as penas privativas curtas, por serem menos lesivas à personalidade individual e às possibilidades de reinserção social do que as penas privativas longas. Na realidade, não há nenhum problema intrínseco às penas privativas de liberdade de curta duração que não exista também nas de longa duração. Posto que, qualitativamente, não há grande diferenciação entre penas privativas de liberdade longas e curtas (as diferenças existentes decorrem do regime de cumprimento, e não da quantidade de pena em si), é claro que, então, deve-se priorizar as curtas, já que essas, ao menos, impõem uma quantidade menor de sofrimento e um menor estigma, lesando menos, psicológica e socialmente, o indivíduo a elas submetido.

Acreditamos que, da mesma forma como a suspensão condicional da pena, a multa, as hipóteses de perdão judicial, a transação penal, a suspensão condicional do processo penal, as penas restritivas de direitos, a admoestação judicial e outras alternativas à prisão ocuparam o lugar que era reservado às penas privativas de liberdade de curta duração, essas e as penas privativas médias têm que vir a ocupar o lugar das penas privativas longas, que não devem subsistir.

É necessário, ainda, em se tratando de penas médias (já que as penas privativas curtas devem ser aplicadas, sempre, no regime aberto), que o regime de execução fechado seja evitado ao máximo e que, quando aplicado, perdure pelo menor tempo possível.

¹⁹ Ver, a propósito, RIBEIRO, Bruno de Moraes. Op. cit. p. 123.

A implementação dessas idéias, embora seja difícil, pois implica uma mudança de padrões culturais que não ocorre do dia para a noite, não é impossível se amplamente discutida e prudentemente amadurecida no seio da sociedade. Uma tal reforma, pelo conteúdo racional e humanitário que contém, representaria um extraordinário progresso para o Direito Penal do Estado que a adotasse e um grande passo para a humanidade.

Referências

- BAUMANN, Jürgen. Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses? In: *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*. Buenos Aires: Pannedille, 1970.
- BOULOC, Bernard. *Pénologie*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1998.
- BRUNO, Anibal. *Direito penal: parte geral*. t. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CAFFARENA, Borja Mapelli; BASOCO, Juan Terradillos. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1996.
- CALON, Eugenio Cuello. *La moderna penología*. T. I. Barcelona: Bosch, 1958.
- CLEMMER, Donald. *The prison community*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1958.
- DONNICI, Virgílio Luiz. *A criminologia na administração da justiça criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2000.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal português: parte geral - as conseqüências jurídicas do crime*. T. II. Aequitas e Editorial Notícias, 1993.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. t. II. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1973.
- GOULART, Henny. *Penologia*. v. II. São Paulo: May Love, 1975.
- JESCHECK, Hans- Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5ª ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. III. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1966.
- MIOTTO, Armida Bergamini. *Curso de direito penitenciário*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1975.
- MIR PUIG, Santiago. Qué queda en pie de la resocialización? In: *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

OLIVEIRA, Edmundo. *Política criminal e alternativas à prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PIERANGELI, José Henrique. Das penas e sua execução no novo Código Penal brasileiro. In: *Escritos jurídico-penais*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. *Da função de reintegração social da pena privativa de liberdade*. Tese (Doutorado em Direito, na área das Ciências Penais) – Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, 2005.

SOUZA, Moacyr Benedicto de. *A influência da escola positiva no direito penal brasileiro*. São Paulo: LEUD, 1982.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. *Principles of criminology*. 11ª ed. New York: General Hall, 1992.

VALDÉS, Carlos García. *Teoría de la pena*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1987.

PUNCTUM DIABOLICUM: A NOVA LEI DE DROGAS

Warley Belo

Mestre em Ciências Penais, pela UFMG; professor de Direito Penal da Faculdade Promove; professor de pós-graduação da UFJF; advogado criminalista.

SUMÁRIO:

- 1 - Introdução.....
- 2 - Conceito de droga ilícita.....
- 3 - Drogas: um problema extra-penal?.....
- 4 - O bem jurídico tutelado
- 5 - A demonização do usuário e a sentença como exorcismo
- 6 - Guerra às drogas: violência contra a sociedade.....
- 7 - Propostas.....
- 8 - Considerações finais

Resumo: Com a nova Lei de Drogas, reabre-se a discussão em torno do polêmico assunto. A criminalização do uso tem como objeto jurídico a saúde pública, mas não há preocupação em demonstrar se o grau de lesão é aceitável ou, mesmo, existente em condutas como o simples porte de substância. O grave problema social apresentado pelo uso de drogas seria em decorrência de sua ilegalidade aleatória e da ausência de políticas públicas. Conclui apresentando propostas para minimizar o problema.

Palavras-chave: Drogas. Criminalização. Bem jurídico. Política repressiva. Violência.

1. Introdução

A nova Lei de Drogas¹ (Lei n. 11.343/06) mudou o cenário político-repressivo da legislação penal ao despenalizar² o uso de drogas, cujo ato passa a ser considerado contravenção penal.³ Em si, trata-se de medida salutar, que coaduna com as modernas políticas européias. Entretanto, a *novatio legis in melius* em quase nada resolverá o problema que aniquila a sociedade. Esse mal, com o qual temos aprendido a conviver e, principalmente, a racionalizar, não dá conta à Justiça penal, mas, sim, à Justiça social.

2. Conceito de droga ilícita

A droga, para nós, juristas, é subdivida em lícita e ilícita.⁴ A única diferença é que as drogas ilícitas apresentam duas agravantes: o cérebro

1 Sobre a nomenclatura *droga*, ver também Leal, João José. Política criminal e a Lei n. 11.343/2006: Nova lei de drogas, novo conceito de substância causadora de dependência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1177, 21 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8957>>. Acesso em: 12 out. 2006.

2 “A despenalização é o ato de ‘degradar’ a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas às penas privativas de liberdade (prisão de fim de semana, multa, prestação de serviços à comunidade, multa reparatória, semidetenção, sistemas de controle da conduta em liberdade, prisão domiciliar, inabilitações etc.)”. Zaffaroni, Eugenio Raúl e Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.* SP: RT, 1997, p. 359.

3 Em conclusão, ensina-nos Rodrigo Iennaco: “4.1. Não houve abolitio criminis em relação à conduta prevista no art. 16, da Lei n. 6.368/76, tendo em vista conduta mais abrangente tipificada no art. 28, da Lei n. 11.343/06 (Nova Lei de Tóxicos). 4.2. Diante da previsão de pena de multa no art. 28, §6º, II, c/c art. 29, a natureza jurídica do art. 28 da Lei n. 11.343/06 é de contravenção penal.” Iennaco, Rodrigo. *Abrandamento jurídico-penal da “posse de droga ilícita para consumo pessoal” na Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: primeiras impressões quanto à não-ocorrência de abolitio criminis.* Disponível na internet www.ibccrim.org.br, 14.09.2006.

4 No parágrafo único do art. 1º, após reiterar os termos programáticos previstos na ementa preambular, a nova lei estabelece textualmente: “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

humano não consegue distingui-las; e a lei não faz distinção entre elas, de forma que o usuário de heroína é punido nos moldes do usuário de cloreto de etila.⁵

Para a identificação das substâncias ilícitas, os legisladores apóiam-se nas agências internacionais do sistema penal, como a ONU⁶ e a OMS. Entretanto, em rápida pesquisa pelos sítios desses órgãos, observa-se que os conceitos de drogas não indicam por que, v.g., a nicotina é lícita e o tetrahydrocannabinol é ilícito.

A par de o conceito de droga ilícita inexistir no âmbito científico, o que resta claro é que há uma demonização⁷ conceitual das drogas pelas agências políticas. É uma política bem próxima da pretendida pela inquisição medieval, quando se matavam bruxas para “purificar” a sociedade. Hoje, pretensamente, pune-se para salvar a todos nós de uma vida de escolhas contrárias ao sistema de produção. Este tipo de espaço foi analisado por Foucault⁸ quando estudou a objetivação do sujeito. O discurso conservador é o mesmo para fenômenos diferentes, como o uso de drogas, a obesidade ou o crime violento.

Constata-se, assim, um preconceito ao empregar os substantivos *droga*, *narcótico*, *entorpecente* e *tóxico* ou, mesmo, ao discutir o assunto. Nunca ouvimos alguém dizer que o álcool é um narcótico ou que a cerveja é um entorpecente, apesar de sê-los. Isso porque as adjetivações desses termos induzem a uma concepção de algo intrinsecamente ruim, naturalmente

5 No Reino Unido, as drogas são classificadas em três categorias conhecidas como classe A, B e C, havendo variação das penas (Medicines Act 1968 atualizada pela Misuse of Drugs Act 1971): “Class A Drugs Heroin, methadone, cocaine, Ecstasy, LSD, amphetamines (if prepared for injection) [...] maximum of seven years in prison [...]. Class B Drugs Amphetamines (speed) and barbiturates [...]. Maximum penalties for possession are five years in prison [...]. Class C Drugs Cannabis, anabolic Steroids and benzodiazepines (tranquillisers such as Valium, Temazepam) [...] two year prison”.

6 A década de 1990 foi declarada pelas Nações Unidas como a década de combate ao uso e abuso de drogas.

7 Expressão usada por Ribeiro, Maurides de Melo in Artigo do Boletim IBCCRIM n° 151 - Junho / 2005, Afinal, o que é DROGA?, p. 9.

8 Foucault, Michael. Sujeito e poder. In: Dreyfus, H; Rabinow, P. Uma trajetória filosófica. Para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

viciante, demonicamente fatal. Essas denominações, portanto, para as substâncias aceitas socialmente, soam desproporcionais ou exageradas.

Mas as drogas, em si, tanto as lícitas quanto as ilícitas, não são boas ou ruins. Apenas são da natureza (Hipócrates). Bom ou ruim é o que se faz delas. De forma que não existem drogas que produzem dependência, mas, sim, indivíduos dependentes de drogas. A dicção é uma espécie de escravização que segue o princípio do prazer (Freud). A morfina, desse modo, pode ser um remédio ou um veneno... Nada mais correto etiologicalamente: a palavra *droga*, tanto em grego como no inglês, significa “substância nociva à saúde” ou “veneno”.

Os venenos (propriamente ditos) são vendidos livremente. O álcool, seguramente uma droga pesada porque leva à dependência física, encontra pouquíssimas barreiras e, ainda, menores fiscalizações. Mas nicotina, álcool, chumbo e arsênico são substâncias tóxicas, algumas até mais letais do que a *cannabis lineu sativa*. Mas isso é-nos totalmente irrelevante. Amanhã ou depois apreciaremos um bom vinho sem nos preocuparmos se é droga. A pecha pejorativa (gíria) não alcança alguns entorpecentes lícitos, pois pessoas bebem e não têm maiores problemas, a não ser, às vezes, uma ressaca ocasional. Esquecem-se de que o álcool se relaciona com a cirrose hepática e a diversas outras doenças, de que a nicotina se relaciona com o câncer. Não queremos com isso pedir a criminalização dessas drogas, mas apenas ressaltar que ambas as substâncias viciam fisicamente. Mesmo porque não se pode “criminalizar substâncias” porque estas não são rés. É seu uso que é criminalizado. De qualquer forma, a lista de malefícios das substâncias lícitas é enorme. Mesmo assim, não são consideradas drogas ilícitas no sentido popular ou legal.

3. Drogas: um problema extrapenal?

A droga não é a nicotina ou a raiz ayahuasca. É evidente que existem pessoas viciadas em heroína, como existem pessoas viciadas em cafeína ou em cocaína. Há preconceito e informações absolutamente distorcidas próprias do nosso fundamentalismo judaico-cristão (Boaventura), já que no mundo muçulmano há países que permitem o uso do cânhamo, mas

proíbem o álcool.⁹ Os nossos vizinhos argentinos permitem a utilização do cloreto de etila (lança-perfume). Tratar-se-ia, então, a definição de droga ilícita de uma questão extrapenal (moral ou cultural)? Se a resposta for positiva, é evidente que a sobrevivência da moral judaico-cristã não deve se condizer com a política de repressão penal.

Ao contrário, se é a saúde pública o bem a ser tutelado (ou o perigo social, como queiram), também deveríamos criminalizar a expedição do monóxido de carbono¹⁰ resultante do transporte? Afinal de contas, aumenta de maneira significativa o risco de problemas pulmonares. Também deveríamos criminalizar o abuso de comida gordurosa? E as drogas lícitas? Acaso não afetam a saúde pública?

Pontuado desse modo, o supermercado colocaria em maior risco de perigo a sociedade do que o usuário de maconha eventual.¹¹

A disseminação do álcool ou da nicotina afeta não apenas ao usuário, como também toda a sociedade. Todavia, há tolerância com essas substâncias, em evidente opção política.

Inexoravelmente, só resta o argumento extrapenal preservado pelo desrespeito à individualidade. Não se pune porque se afetou a saúde coletiva; pune-se porque se desobedeceu (*mala quia prohibita*).

4. O bem jurídico tutelado

A política de punir o usuário com fundamento no bem jurídico saúde coletiva é, assim, de difícil, se não impossível, resolução pela criminalização primária. Há inúmeros outros fatores em nossa sociedade de risco que não necessitam de criminalização. De forma a só se conceber o uso de drogas como crime se aceite como disfunção social (Jakobs). Nesse

⁹ O tráfico e o uso de álcool são punidos pela lei islâmica há mais de 1.600 anos. Ver Terance D. Miethe, Hong Lu. *Punishment: a comparative historical perspective*. Cambridge: The University of Cambridge, p. 167.

¹⁰ Giuseppe Cascini, in *Stupefacenti e repressione penale (Diritto Penale Mínimo)*, Roma: Donzelli editore, 2002, p. 54).

¹¹ Ver José Silva Júnior, *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial* (Alberto Silva Franco, org.), 7ª. ed., vol. 2, p. 3242.

funcionalismo radical, esquece-se, como aponta Hassemer¹², que violência, risco e ameaça constituem hoje fenômenos centrais da percepção social. Por outro lado, na sociedade convivem vários agrupamentos normativos, e o Direito penal nunca é igual para nenhum deles, se não compartilha valores da parte politicamente mais influente (Baratta). Lesado deve ser o bem jurídico e não o direito.

A sociedade de risco existiu ontem e existe hoje e existirá amanhã. Na verdade, nunca, em tempo algum, mesmo antes do *homo habilis*, se pôde falar em sociedade de segurança. Ademais, o direito penal não se presta a extirpar riscos eventuais da sociedade, porque esses riscos são condições existenciais da mesma.

A *novatio legis*, desse modo, nasce velha porque é meramente proibitiva e visa controlar a sociedade criminalizando comportamento instituído por instância extrapenal porque não lesa bem jurídico. Paulo Queiroz¹³ ensina-nos:

Conseqüentemente, somente podem ser erigidos à categoria de criminosos fatos lesivos de bem jurídico alheio, e não atos que representem uma 'má disposição' de direito próprio. Nesse sentido, aliás, é o 'núcleo' do Direito penal brasileiro, visto que não se pune o suicídio tentado, a automutilação, o dano à coisa própria etc., mesmo porque semelhante intervenção seria de todo inútil, isto é, desprovida de capacidade inovadora. E é também por isso que soam claramente inconstitucionais disposições como a do art. 16 da Lei 6.368/76 (porte ilegal de entorpecentes) ou a contravenção de mendicância (LCP, art. 60). Também por isso são condenáveis os chamados crimes de perigo abstrato, de mera conduta etc., por consagrarem uma ficção, relativamente ao resultado.

A incriminação do uso de drogas, cuja danosidade social é de difícil comprovação, viola o princípio da lesividade¹⁴ e o da intervenção mínima e não

12 *Crítica al derecho penal de hoy*, Bogotá: UEC, 1998, p. 47.

13 Queiroz, Paulo. Direito penal e liberdade, Boletim IBCCRIM n. 90, maio/2000, p. 5.

14 Nesse sentido: Queiroz, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. SP: Saraiva, p. 47, nota 103.

importa em garantias de uma sociedade utopicamente mais segura. O que há é uma presunção de que a simples realização gramatical do preceito penal coloca em risco o bem jurídico.¹⁵ Não se perquire se houve, efetivamente, na conduta de, v.g., portar maconha uma lesão à saúde coletiva; há uma presunção *iure et de iure* que sim, uma periculosidade *ex ante*, generalista, sem chances a uma discussão sobre a imputação objetiva ou, antes, a prova da causalidade.

5. A demonização do usuário e a sentença como exorcismo¹⁶

O maior benefício da lei é começar a trilhar o caminho contra a idéia de que o usuário de drogas ilícitas seja inferior ao usuário de drogas lícitas. Tanto o maconheiro ou o fumante quanto o alcoólatra merecem apóio e tratamento médico, e não uma resposta penal. O usuário de drogas é sua própria vítima a partir do momento em que se torna toxicômano (doença) e passa a não poder escolher entre usar ou não a droga.

Todavia, o maconheiro não é uma entidade demoníaca. Ele não vende sua alma ao Diabo, não é um inimigo público ou um malandro a merecer resposta do direito penal do inimigo¹⁷, mas, apenas, um usuário afetado por um vício maléfico a si próprio que precisa ser debelado com informação e ajuda profissional.

O usuário de drogas (lícitas ou não) não pode ser considerado criminoso. A tipificação dessa conduta vai contra os ditames do moderno direito penal. O bem jurídico tutelado (a saúde coletiva) rivaliza com a esfera privada da pessoa, no seu direito de ter suas intimidades preservadas, em cujo âmbito o Estado deveria ser impedido de intrometer-se.

Se podemos atentar contra a nossa vida tomando veneno ou cortando os dedos sem que o Estado nos puna, não se percebe, analogamente, por que não podemos nos intoxicar com determinadas substâncias?

¹⁵ Machado, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do Risco e Direito Penal, SP: IBCCRIM, 2005, p. 123.

¹⁶ Ver Batista, Nilo. Punidos e Mal Pagos: violência, justiça. Segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 65.

¹⁷ No seu sentido mais policial possível. Ver *Derecho penal del enemigo*, Jakobs, Günter e Cancio Meliá, Manuel, Madrid: Civitas, 2003.

A concepção de Cesare Lombroso de criminoso ainda ressoa em alto tom, pois ainda hoje muitos acreditam que o usuário de droga se inseriria no terceiro grupo de criminosos. Ao lado do ser atávico e do ser epilético, existiria o ser afetado pela “loucura moral”, cujo senso ético é suprimido. Até hoje divindades¹⁸ são capazes de perceber esse *punctum diabolicum*.¹⁹ O positivismo tem como base a evolução natural das espécies e como ápice o Nazismo que se equivocou com a política social pública, comprometendo de maneira mortal a liberdade dos diferentes.

Aplica-se, assim, o direito penal do autor, pois este é um ser inferior moralmente e poderá praticar crimes mais graves. O desvio de usar drogas é um pecado jurídico que as agências morais não aceitam. O crime do maconheiro ou viciado em heroína é ter um defeito moral, tal como o adúltero ou o homossexual. Há uma seleção criminalizante, orientada por empresa extrapenal e estereotipada, perseguidora de grupos vulneráveis – no caso, em sua maioria, os pobres e os jovens.

Por outra vertente, em última análise seguindo o pensamento lombrosiano, o drogado que fez uso de substância também disseminou o seu modo de ser, pensar e agir, colocando igualmente em risco a sociedade. Há em seu comportamento uma periculosidade inerente. Chegará, pois o dia em que se punirá o uso pretérito de drogas, pois a saúde pública nada mais é do que o conjunto das saúdes individuais. Como a questão se posta relevante, também se poderia abrir margem a pesquisas capazes de demonstrar se o indivíduo usou drogas nos últimos 30, 60, 90 ou 120 dias, como fez Nixon ao exigir o exame de todos os funcionários públicos norte-americanos. A discussão parece levar-nos a Saramago, que, em

18 “Este direito penal supõe que o delito seja sintoma de *um estado do autor*, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais. Tal inferioridade é para uns de natureza *moral* e, por conseguinte, trata-se de *uma versão secularizada de um estado de pecado jurídico*; para outros, de natureza mecânica e, portanto, trata-se de um *estado perigoso*. Os primeiros assumem, expressa ou tacitamente, a *função de divindade pessoal* e os segundos, a de *divindade impessoal e mecânica*”. Zaffaroni, E. Raúl, Batista, Nilo et all. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª. edição, p. 131.

19 “De resto, não existe qualquer prova de que a maconha seja inofensiva e antes, ao contrário, provoca alto teor de dependência, tanto que o viciado ou ‘maconheiro’ é perceptível à distância, não só pelo odor que exala como pelo aspecto pálido e esverdeado que tem” (TJSP – Ap. 206.305-3 – j. 09/09/1996, JTJ 184/302).

seu premiado livro *Ensaio sobre a Cegueira*²⁰, ensina-nos que somos diferentes, mas essa diferença não pode ser vista como um obstáculo para compreender o outro.

6. Guerra às drogas: violência contra a sociedade

A criminalização de drogas provoca ônus financeiro de grande proporção não só pelo enorme aparato policial, mas pelas vítimas mortas pelo tráfico, pelo encarecimento das substâncias e pela procura tardia das pessoas por um tratamento médico especializado, em decorrência do medo de serem descobertas como usuárias. O aflito se vê mais aflito com a política repressiva, pois, se punido, sua situação se agrava ainda mais perante a família, a sociedade e o trabalho. Nem se argumente que não há mais pena de prisão, pois é cediço que o sistema penal não reabilita ninguém. Pior, condena perpetuamente.

A criminalização não fez obstar a crescente utilização das substâncias, provando-se ineficaz a prevenção geral. A história é testemunha, pois se engana quem pensa que foi Eliot Ness quem venceu Alcapone. Quem venceu o mafioso de Chicago foi a lei. Precisamente a lei que revogou a Lei Seca e legalizou o álcool. É preciso ter consciência de que a legalização do álcool deu certo.

Certamente, aqui no Brasil, pela falta de políticas sociais, o problema do álcool ainda é grave. Todavia, a retirada do usuário de álcool da agenda policial diminuiu a violência dos traficantes dessa droga, assim como reduziu, o seu preço para os usuários (e problemas decorrentes) e evitou um colapso maior do nosso já falido sistema prisional. É o que expõe Maria Lúcia Karam:²¹

Ao tornar ilegais determinados bens e serviços, como ocorre também em relação ao jogo, o sistema penal funciona como o real criador da criminalidade e da violência. Ao contrário do que se costuma propagar, não são as drogas em si que geram criminalidade e violência, mas é o próprio fato da ilegalidade

²⁰ Ensaio sobre a Cegueira, 2ª ed., Lisboa, Editorial Caminho, 1995.

²¹ Artigo do Boletim IBCCRIM nº 45 - Agosto Esp. / 1996, Drogas: A irracionalidade da criminalização.

que produz e insere no mercado empresas criminosas – mais ou menos organizadas – simultaneamente trazendo, além da corrupção, a violência como outro dos subprodutos necessários das atividades econômicas assim desenvolvidas, com isso provocando conseqüências muito mais graves do que eventuais malefícios causados pela natureza daquelas mercadorias tornadas ilegais.

Os cartéis colombianos existem por causa da cocaína, assim como a máfia nigeriana. A máfia russa dedica-se ao comércio de heroína nos Bálcãs. Essas organizações criminosas podem chegar a movimentar um trilhão de dólares/ano.²² Teme-se que muitas economias mundiais quebrariam com a legalização das drogas, já que o crime organizado encontra facilidades econômicas na lavagem de dinheiro por meio de coação, corrupção ou conveniências.

É claro, como a luz solar, que não é a droga o maior problema. É a sua definição e a sua criminalização que fazem surgir e fortalecer os alcapones tupiniquins, chefes de conhecidas organizações criminosas que sobrevivem à custa da ilegalidade e da conseqüente valorização dos seus produtos ilícitos, assim como é de conclusão matemática que a ilegalidade da maconha é a responsável pelo número vertiginoso de homicídios e de escravos na região do conhecido polígono nordestino.

A criminalização primária da droga é a mãe da maioria dos crimes violentos nas favelas. Observa-se que os moradores desses aglomerados não são criminosos. São pessoas desprovidas de condição financeira. A guerra entre os traficantes e entre estes e a polícia é que gera essa calamidade social. A ilegalidade das drogas conjugada com a ausência de políticas racionais produz e insere no mercado verdadeiras empresas ilegais. Essas são as mais visíveis conseqüências da inútil guerra contra as drogas.

7. Propostas

Como penalista, não poderíamos apontar críticas sem apresentar propostas concretas, eis que é o móvel do jurista a busca pela paz social.

²² Rosa, Fábio Bittencourt da. Legitimação do ato de criminalizar, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 80.

Seguem algumas idéias:

- a) Fim da dicotomia droga lícita / droga ilícita;
- b) Intervenção do Estado na relação consumo / oferta de drogas;
- c) Retirada da repressão penal para o uso privado de drogas;
- d) Punição administrativa para o tráfico ilegal e o uso público de drogas;
- e) Prevenção primária quanto aos sujeitos (família, escola, sociedade, trabalho);
- f) Prevenção secundária aos usuários (efeitos das drogas);
- g) Prevenção terciária aos usuários (reintegração).

8. Considerações finais

Fernando Pessoa²³ já afirmava no início do século passado, ao criticar a Lei Seca dos EUA, que

[...] se o Estado nos indica o que devemos de beber, porque não decretar o que devemos de comer, de vestir, de fazer? Por que não prescrever onde devemos de morar, com quem devemos de casar ou não casar, com quem devemos de dar-nos ou não dar-nos? Todas essas coisas têm importância para a nossa saúde física e moral [...] As leis [radicais] nascem mortas; e, como no caso dos monstros, o melhor é que assim aconteça, pois, se vivem, vivem a vida inútil e daninha da Lei Seca do Estados Unidos.

A par de reconhecermos que, cientificamente, a criminalização do uso de drogas está morta, talvez, o que nos falte ainda é reconhecer que a terapia pretendida é pior do que a doença a ser debelada. O problema das drogas não se resolve com repressão, ou polícia, ou exército, mas, tão somente, com educação e saúde. A política repressiva, há quase um século, mostra-se falha. Nunca funcionou. Não vai funcionar.

²³ Obras em Prosas, Lisboa: Nova Aguilar, p. 636.

OS RECURSOS CABÍVEIS

**Da decisão que indefere pedido de revogação
da suspensão do processo;
Da decisão que determina a
suspensão do processo;
E da decisão que nega a suspensão**

José Barcelos de Souza

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; diretor do Departamento de Direito Processual Penal do Instituto dos Advogados de Minas Gerais

Como é sabido, satisfeitos os requisitos legais previstos no art. 89 da Lei n. 9.099/95, o acusado poderá ser beneficiado com a suspensão condicional do processo. Contudo, o benefício será revogado nos casos do §3º do art. 89 – ou seja, quando o acusado vier a praticar outro crime durante a vigência da suspensão ou quando deixar de reparar o dano, sem motivo justificado. O benefício poderá, ainda, ser revogado, consoante o §4º do mesmo dispositivo, quando o acusado vier a ser processado por contravenção no curso do prazo ou descumprir qualquer condição imposta.

Requerida a revogação ao juiz e ocorrendo que sua decisão seja no sentido do indeferimento, o processo continuará suspenso. Pode ocorrer também, por outro lado, que o juiz revogue indevidamente a suspensão em detrimento do interesse do réu. Proferida a decisão, quer revogando, quer deixando de revogar o *sursis* processual, cabe indagar a respeito do recurso que poderá ser utilizado em um e no outro caso. Tais indagações não são de fácil resposta, principalmente porque a lei citada é omissa a respeito do assunto.

São, porém, questões de grande interesse teórico e prático. Por isso que a suspensão do processo, de freqüente ocorrência nos Juizados Especiais Criminais, é aplicável em muitos processos na Justiça Comum.

Escassas, entretanto, ainda são as contribuições da doutrina e da jurisprudência para a elucidação da matéria. Ao que nos consta, no Superior Tribunal de Justiça apenas uma decisão respondeu à primeira daquelas indagações e uma outra abordou a segunda delas. Ambas, a nosso ver, equivocadamente. São transcritas e comentadas abaixo.

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

a) Decisão que indefere pedido de revogação da suspensão do processo

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RECURSO CONHECIDO.

1. Na letra do artigo 581, inciso XI, do Código de Processo Penal, cabe recurso em sentido estrito da decisão que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena, havendo firme entendimento, não unânime, de que se cuida de enumeração exaustiva, a inibir hipótese de cabimento outra que não as expressamente elencadas na lei.

2. Tal disposição, contudo, por força da impugnabilidade recursal da decisão denegatória do *sursis*, prevista no artigo 197 da Lei de Execuções Penais, deve ter sua compreensão dilargada, de maneira a abranger também a hipótese de **suspensão condicional do processo**, admitida a não revogação parcial da norma inserta no Código de Processo Penal.

3. Desse modo, cabe a aplicação analógica do inciso XI do art. 581 do Código de Processo Penal aos casos de **suspensão condicional do processo**, viabilizada, aliás, pela subsidiariedade que o artigo 92 da Lei n. 9.099/95 lhe atribui.

4. A recorribilidade das decisões é essencial ao Estado de Direito, que não exclui a proteção da sociedade, ela mesma.

5. Recurso conhecido.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Vicente Leal e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

(Acórdão no RESP 263544/CE, SEXTA TURMA do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DJ de 19/12/2002, p. 00457, Relator Min. HAMILTON CARVALHIDO).

b) Decisão que determina a suspensão do processo

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO QUE ORDENA SUSPENSÃO DO PROCESSO, NOS TERMOS DA LEI 9.099/95. CABIMENTO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. APLCAÇÃO POR ANALOGIA DO ART. 581, XI, DO CPP.

- É cabível interposição de recurso em sentido contra decisão que, "ex vi" da Lei n. 9.099/95, concede ou nega suspensão do processo, por admitir o Estatuto Adjetivo Penal, em regra, interpretação extensiva e, na lacuna, involuntária da lei, a analogia e os princípios gerais de direito.

- O art. 581, inc. XI, do CPP prevê esse recurso contra decisão que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena. Por analogia, há de se entender cabível no caso da Lei 9.099/95 o recurso em sentido estrito, na omissão do legislador.

- Intempestividade, porém, que se impõe decretar (art. 586, do CPP) por requerido a destempo.

- Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido.

Decisão. Por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nesta parte, dar-lhe provimento .RESP 164387 / RJ – Relator Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA. DJ de 23/11/1998, p. 00194. Decisão 27/10/1998 - QUINTA TURMA.

Comentário

Posto equivocadas, as teses dos dois acórdãos em comentário, ambos do Superior Tribunal de Justiça, mas proferidos por Turmas diferentes, referem-se à questão, realmente difícil, do cabimento de recurso nos casos de que tratam, que não são idênticos, embora tenham em comum a circunstância de cuidarem de problemas relacionados com a suspensão condicional do processo. A matéria se mostra particularmente interessante por dizer respeito àquele importante, e ainda novo, instituto de direito processual penal, cuja aplicação não se limita às causas do Juizado Especial Criminal, mas vai muito além, para atingir certos processos da Justiça Comum.

É curioso notar que o recurso cabível, com que não deu o Tribunal, em um caso como no outro, é o mesmo, mas por fundamentos completamente diferentes, como se verá.

Vejamos, em primeiro lugar, o acórdão da Sexta Turma, no RESP n. 263544, o primeiro acima mencionado, que versa tema, acreditamos, pela primeira vez aparecido na jurisprudência. Pela primeira e certamente ainda a única vez, isso, sem dúvida, porque supostamente se trataria de decisão irrecorrível, como, aliás, deixa ver o acórdão, que tem o grande mérito de, pioneiramente, procurar um recurso para aquela espécie então em julgamento, para tanto trilhando o caminho da aplicação analógica, com louvável esforço. É que a Lei n. 9.099/95 prevê os casos em que o benefício será ou poderá ser revogado (art. 89, §§ 3º e 4º), sem, contudo, falar em recurso.

Como se vê da ementa transcrita, a Turma decidiu que da **DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO** cabe **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**.

Salva-se no acórdão a afirmação de que o recurso é essencial. Tem aí inteira razão, por isso que no caso um recurso é de grande importância para o Ministério Público e também para a defesa.

Entendeu a decisão que, sendo recorrível, por força do art. 197 da Lei de Execuções Penais, a decisão denegatória de **suspensão condicional da pena**, também há de ser impugnável a referente à **suspensão condicional do processo**, ampliando-se, desse modo, a compreensão do citado art. 197. Entendeu mais que, nos termos do art. 581, inc. XI, do Código de Processo Penal, cabe recurso em sentido estrito da decisão que **conceder, negar** ou **revogar** a suspensão condicional da **pena**, pelo que é de admitir-se sua não revogação parcial, para fins de ser aplicado à suspensão condicional de **processo**. Assim, e posto haja entendimento, por sinal não unânime, de que a enumeração dos casos de cabimento do recurso em sentido estrito é taxativa, isso inibindo o cabimento de outras hipóteses que não as expressamente previstas na lei, cabe a aplicação analógica do art. 581 do Código de Processo Penal, subsidiário da Lei n. 5.990/95, como dispõe o art. 92 desta, aos casos de suspensão condicional do processo, certo que a recorribilidade das decisões é essencial ao estado de direito.

Aplauda-se, aqui, a proclamação de que a recorribilidade é essencial ao estado de direito, numa época em que os recursos são muito combatidos. Continuemos, porém.

Observe-se, em primeiro lugar, que se se encontrou tanta similaridade entre o instituto da **suspensão condicional da pena** e o da **suspensão condicional do processo**, o recurso a ser escolhido seria o do citado art. 197 da invocada Lei de Execuções Penais, que dá o recurso de agravo. Este com certeza foi descartado, e corretamente, porque se trata de recurso da fase de execução, ao passo que a questão em exame diz respeito ao processo de conhecimento, razão por que, a rigor, nem mesmo a questão do Estado de Direito, judiciosamente levada em conta pelo acórdão, justificaria recorrer-se à analogia. Ainda bem, porque com a má disciplina que lhe deu nova regulamentação no processo civil, de apresentação direta ao órgão *ad quem*, só serve para, desnecessariamente, entulhar os Tribunais nos casos em que não há pedido de liminar, além de dar mais trabalho também ao agravante. Essas coisas é que devem ser evitadas, não os recursos em si. Prossigamos, porém.

Em segundo lugar, se o recurso em sentido estrito no caso do *sursis* não mais existe, substituído que foi pelo agravo, não seria caso de ressuscitá-lo, ou admitir uma vigência parcial do recurso criminal, só, e casuisticamente, para resolver o problema da suposta falta de um recurso para o chamado *sursis* processual.

Demais disso, a eleição do recurso criminal foi duplamente infeliz.

A uma, porque os casos não são semelhantes. O dispositivo do Código de Processo cuida, como bem lembrou o acórdão, dos casos de **concessão, negativa ou revogação** da suspensão condicional da pena. O problema do acórdão, entretanto, era outro. Não era de **revogação**. Era de **não-revogação**, ou **falta de revogação**, ou seja, de **indeferimento de pedido de revogação**. Melhor dizendo, de decisão denegatória de pedido de revogação da suspensão do processo.

A duas, porque uma decisão de não revogação do próprio *sursis* não desafiaria, ela própria, recurso em sentido estrito, não previsto para a hipótese. Com efeito, o recurso previsto no inc. XI do art. 581 do Código era um recurso *secundo eventum litis*, visto que cabia de decisão que **revogasse, e não também** da que **não revogasse** o *sursis*.

Então, como servir de padrão, precedente, similitude, logo aquilo que não existe?!

E a três, porque existe recurso próprio para o caso. O mesmo recurso, aliás, que seria apropriado para a decisão que indeferisse a revogação do *sursis*, como o foi desde o começo da vigência do Código até o advento da Lei de Execuções Penais, agora tendo cedido lugar, no caso do *sursis*, a um incidente da execução, ao agravo.

Esse recurso é o de apelação! E está previsto no Código de Processo.

Cumpra não olvidar que as disposições do Código de Processo Penal se aplicam sempre nos processos dos juizados especiais criminais, exceto se houver norma especial em contrário na Lei n. 9.099/95 (Cf. José Barcelos de Souza, *Recursos nos juizados especiais criminais*, na Revista Forense, volume 340).

São muito pertinentes ao caso de que cuidou o acórdão, de indeferimento de pedido de revogação da suspensão condicional do processo, matéria nova que veio com a Lei n. 5.099/95, as seguintes observações, velhas, de quase duas décadas, que elucidam a matéria, posto escritas a propósito da não-revogação do *sursis* ou do indeferimento da revogação do livramento condicional, decisões para as quais não era previsto o recurso em sentido estrito:

- “Nem toda decisão é recorrível. Fora os casos de recurso de ofício, recorríveis são, em geral, as decisões ‘definitivas’ e as que ‘tiverem força de definitivas’, já que contra elas, salvo restrições decorrentes da lei mesma, é facultada a apelação, se outro não for o recurso previsto.
- Dentre as decisões definitivas dos juízes destacam-se, por sua freqüência, as ‘sentenças’ de absolvição ou de condenação, nos processos de sua competência. Delas cabe, sempre, a apelação (CPP, art. 593, I). Nos processos da competência do Júri, proferindo o juiz a chamada “absolvição sumária” (art. 411), sentença também definitiva, cabe, além do recurso de ofício (art. 574, II), o recurso voluntário, que não será o de apelação, mas o recurso em sentido estrito, previsto que é para o caso (art. 581, VI).
- As decisões do Tribunal do Júri são apeláveis nos casos mencionados no art. 593, III”.

Além daquelas, outras decisões há, também definitivas.

- “Definitiva é a decisão que julga o mérito da causa, não só condenando ou absolvendo o acusado, como ocorre na ação penal propriamente dita, mas também, conforme a natureza do feito, julgando procedente ou improcedente o pedido, deferindo-o ou o indeferindo. Não, evidentemente, qualquer pedido feito incidentalmente no curso do processo, mas pedido principal que, por sua natureza, importe ação ou causa penal, diversa da ação penal propriamente dita, que é movida mediante denúncia, queixa ou portaria. Assim, a sentença que, a final, julgar procedente ou improcedente o requerimento de aplicação de medida de segurança por fato não criminoso (art. 549), e a sentença que conceder ou indeferir a reabilitação (art. 743).
- É também por meio da apelação que se recorre de semelhantes decisões definitivas de primeira instância (art. 593, II), exceto aquelas para as quais tenha a lei estabelecido outro recurso. Assim é que a decisão que julga o

habeas corpus só não é apelável porque o art. 581, X, prevê para o caso o recurso estrito.

- Como se vê, além da ação condenatória instaurada para a imposição das penas previstas nas leis penais, outras existem com objetivo diverso, mas só àquela o Código chama de “ação penal”, referida acima, por isso mesmo, como “ação penal propriamente dita”. Daí não ser de hábito, na linguagem forense, falar-se em ação de *habeas corpus*, em ação de reabilitação, e assim por diante, mas a noção da existência desses outros tipos de verdadeiras ações, fato a que a doutrina chama de ‘pluralidade da ação penal’, é importante, como mais adiante se perceberá, para o entendimento dos casos de apelação.
- Decisões também há que, embora não cheguem ao julgamento do mérito da causa (não sendo, por isso mesmo, “de mérito” ou “definitivas”), de outro modo julgam o feito, pondo fim à instância, tal como as definitivas. São as decisões “com força de definitivas”, expressão usada no art. 593, II, que lhes concede o recurso de apelação, que pode ser usado se outro (o que é mais freqüente) não for previsto. Delas são exemplos as que decretam a extinção da punibilidade, as que declaram a ilegitimidade da parte, a coisa julgada, ou a litispendência, as que rejeitam a denúncia ou a queixa, as que impronunciam o réu. De todas estas, aliás, cabe o recurso em sentido estrito, que toma, por força de regra especial, o lugar da apelação¹.
- Não importa, para caracterizar-se como decisão que tem força de definitiva, o momento processual em que seja tomada. Pode ser ela proferida no curso do processo, na fase da sentença final, e até mesmo *initio litis*, dando margem, sempre, ou ao recurso próprio, se houver, ou, subsidiariamente, à apelação. O que importa é o fato de se pôr fim ao processo, encerrando-se a instância sem o exame do mérito do pedido, visto que este fica prejudicado. Decisão, pois, ‘terminativa’.
- Decisões de impulso processual, que, por isso mesmo, não enfrentam o *meritum causae* (pois movimentam o processo no sentido da fase da decisão final definitiva, como o recebimento da denúncia ou da queixa e a pronúncia do réu) não são definitivas nem terminativas. Não são, portanto, apeláveis. Igualmente as que, resolvendo uma questão emergente, não o fazem no sentido de pôr fim à relação processual, do que são exemplos o desacolhimento de objeção ou exceção de incompetência do Juízo e o indeferimento de pedido de anulação do processo.

¹ Leis extravagantes podem dispor de outro modo. Assim, na Lei de Imprensa, a decisão que rejeitar a denúncia ou queixa é apelável; a que recebê-la comporta recurso em sentido estrito, sem suspensão do processo.

- São as decisões ditas 'interlocutórias'. Etimologicamente, uma 'fala', um pronunciamento, 'dentro' ou 'no meio' do processo, ou 'entre' um ato processual e outro. O Código a elas faz alusão, no art. 800, dizendo-as 'interlocutórias simples', para distingui-las das que, em sua terminologia, chama de 'interlocutórias mistas'.
- Não importa, para sua caracterização, que a decisão se consubstancie em simples despacho (v. g., o de recebimento da denúncia, em geral não fundamentado, salvo caso especial como o de crime falimentar) ou assumida a forma de sentença (v. g., a pronúncia, que o Código chama de sentença). A decisão ou o despacho não deixará de ser interlocutório, só recorrível se previsto o recurso, em geral o recurso em sentido estrito. No procedimento recursal há casos de cabimento da carta testemunhável.
- Em várias hipóteses, faculta o Código o recurso estrito conforme o sentido da decisão. Exemplificando: a decisão em questão incidente referente à competência do juízo. Se o juiz concluir pela incompetência, cabe o recurso em sentido estrito (art. 581, II). Não também assim se concluir pela competência, pois que para este caso não é previsto recurso algum. Outro exemplo: se o juiz recebe a denúncia, ou a queixa, o despacho é irrecorrível. Não recebendo uma ou outra, caberá o recurso estrito (art. 581, I). Se este não coubesse, a decisão seria apelável, por isso que terminativa.
- Irrecorrível a decisão, o *habeas corpus* muitas vezes poderá ser usado (se o juiz, por exemplo, recebe a denúncia, a despeito de inepta). Restará ainda à parte, em muitos casos, defesa consistente em argüir a nulidade do processo na fase própria (ou fora dela, sem preclusão, se absoluta a nulidade), de modo a poder voltar a discutir o assunto em eventual apelação contra a sentença final.
- Provisões judiciais como os 'despachos de expediente', denominação também usada no art. 800 (o vigente CPC fala, com a mesma significação, em 'despachos de simples expediente'), não são recorríveis, visto que incabível é a apelação e não há recurso específico. Limitam-se a simplesmente ordenar a movimentação do processo, mandando dar vista dos autos às partes, determinando a inquirição de testemunhas, marcando dia para audiência, ordenando ajuntada de documentos, etc.
- Podem, entretanto, se contiverem erros ou abusos que devem ser emendados, por tumultuarem o feito, ser objeto de pedido de reconsideração, que nada impede se façam, ou corrigidos mediante 'correição parcial' ou 'reclamação', se e nos termos em que for prevista na legislação local. Assim, por exemplo, se o juiz, no curso do processo, manda que os autos voltem à polícia para que ali se ouça o ofendido, ao invés de fazê-lo em juízo (art. 201), em

prejuízo da garantia do contraditório. Ou, se ao invés de ordenar abaixa dos autos de inquérito à repartição de origem, para diligências requeridas pelo Ministério Público, que as tem por imprescindíveis (art. 16), desacolhe a promoção. Haverá aí *error in procedendo*, visto que aquele Juízo cabe só ao Ministério Público.”

“Questão das mais árduas é, por vezes, distinguir, para o efeito do cabimento, ou não, da apelação, decisão relativa a mera questão incidente de decisão referente a procedimento incidental”.

“Tomem-se, como exemplos, as decisões que negam a revogação do *sursis* e as que indeferem a revogação do livramento condicional (CPP, arts. 707 e 730). O recurso em sentido estrito cabe nos termos do art. 581, XI e XII, apenas das decisões que ‘revogarem’ a suspensão condicional da pena e o livramento condicional, e não também das que ‘indeferirem’ a revogação. Daí o entendimento de que semelhantes decisões seriam irrecorríveis, embora possam se mostrar absurdas em casos concretos.”

“A nosso ver, porém, a decisão que recusar a revogação, seja do *sursis*, seja do livramento condicional, é apelável, uma vez que definitiva quanto ao pedido formulado no sentido da revogação. Pedido autônomo, não ligado ao andamento ou à regularidade do processo principal, e, pois, não simples incidente processual. A singeleza do pedido, aliada ao fato de ser ele geralmente examinado dentro dos autos principais, não entra em linha de conta. Por outro lado, questões que são até processadas em apartado por imposição da lei mesma, como a exceção de incompetência, não passam de incidentes do processo. São questões que envolvem sua regularidade, sua tramitação, como questões referentes a exigência de custas, a competência, a admissão de provas.”

“Mas, veja-se o outro aspecto da questão: a medida coativa pode constituir pretensão submetida a decisão do juiz. Isso se dá, por exemplo, quando a medida é requerida pelo Ministério Público [...] Repelida a pretensão, a decisão, definitiva quanto a ela, será apelável, se se entender que descabe o recurso estrito”.

“De outro modo, ficaria a parte, no exemplo dado a parte pública, de mais a mais fiscal da execução da lei, sem meios para obter a modificação de denegação desarrazoada. Daí a amplitude que se deve dar à expressão ‘outras decisões definitivas’ contida no art. 593. Esse ponto de vista tem em seu abono o fato de o Código expressamente declarar irrecuráveis certas decisões. Como a que desacolhe pedido de habilitação como assistente do Ministério Público” (José Barcelos de Souza, *A defesa na polícia e em juízo (Teoria e prática do processo penal)*, 6ª ed., Saraiva, São Paulo, 1988, p. 356-361).

Cabe, por fim, observar que, se o juiz, ao invés de **indeferir**, vier a **deferir** o pedido de revogação da suspensão do **processo**, caberá do mesmo modo a apelação, pelo mesmo fundamento de tratar-se de decisão definitiva, sem recurso específico. Há decisão de mérito, portanto decisão definitiva, não do processo principal, ou seja, do processo da ação penal propriamente dita, por vezes chamado “processo condenatório”, no qual houve a suspensão, mas do processo novo, autônomo, de pedido de revogação.

Enquanto a decisão que vimos de comentar diz respeito ao **indeferimento** (a conclusão será a mesma, como visto, quando se tratar do **deferimento**) de **pedido de revogação** de existente suspensão do processo, o outro acórdão acima indicado para comentário, e que agora passamos a apreciar, cuida de hipótese parecida, visto que também referente ao recurso utilizável contra uma determinada decisão quanto à suspensão do processo, qual seja a que **nega dita suspensão**.

Se o primeiro acórdão pecou principalmente por tentar uma analogia a partir de uma base que não existia (seria o mesmo, mal comparando, que tentar erguer uma edificação sem um alicerce que a sustentasse), no segundo acórdão pelo menos há uma base para a analogia: o art. 581, inc. XI, do Código de Processo Penal, que dava o recurso em sentido estrito para a decisão que concedesse a suspensão da pena. Só que o dispositivo se acha derogado. Hoje, o problema é resolvido pela Lei de Execução Penal. E o recurso, que ela prevê, é o de agravo.

Entretanto, coincidentemente, e ao contrário do que decidiu o acórdão, que apostou no recurso em sentido estrito, o recurso cabível é a apelação,

aqui, porém, com fundamento completamente diverso do utilizado no caso anterior.

É que se, inicialmente, no curso do processo, o juiz **conceder sua suspensão**, terá posto fim a um processo penal, mas isso sem decidir o mérito com sentença de absolvição ou condenação, mas, sim, com decisão terminativa, não de mérito. Caberá, então, diferentemente do que decidiu o acórdão do mesmo Superior Tribunal de Justiça, agora por sua 5ª Turma, apelação, mas por outro fundamento: o de trata-se de decisão com “força de definitiva”, ou “interlocutória mista”, espécie de decisão sobre que dissemos no texto acima transcrito.

Bem perceberam o ponto, com a segurança de sempre, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, no excelente *Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei n. 9.099/95*, 4ª edição, de 2002: “Recursos. Cuida-se de decisão interlocutória não prevista, evidentemente, no art. 581 do CPP. Quando o juiz defere a suspensão, portanto, não é o caso de se interpor recurso em sentido estrito. O recurso correto é o de apelação, nos termos do art. 593, II do CPP”.

c) Decisão que nega a suspensão

Embora o recurso apreciado pelo acórdão em comentário tenha sido, se bem entendemos a ementa transcrita, interposto a propósito **de decisão que ordenou a suspensão do processo**, na fundamentação do acórdão fez-se referência também a decisão que **nega a suspensão**. Por isso que fala em DECISÃO QUE CONCEDE OU NEGA a suspensão. Desse modo, sustenta que também a denegação da suspensão desafia o mesmo recurso em sentido estrito, no que foi infeliz. Infeliz quer no sentido de que entendeu recorrível uma decisão que não o é, quer, principalmente, por ter falado o que não precisava ser dito.

Com efeito, se o juiz **negar a suspensão**, descaberá tanto o recurso em sentido estrito, que não é previsto para aquela interlocutória, mas que o acórdão admite para o caso, quanto também a apelação, por não ser

caso dela. O que poderá ser utilizado é o *habeas corpus* em favor do réu, inclusive pelo próprio Ministério Público, que tem também a opção do mandado de segurança.

Uma tentativa de intervenção (re)legitimadora no sistema penal

Luciano Santos Lopes

Mestre e Doutorando em Ciências Penais, pela UFMG; professor da Faculdade de Direito Milton Campos e do Centro Universitário Newton Paiva; advogado.

SUMÁRIO:

1 - Introdução	
2 - A Criminologia Crítica - seus fundamentos.....	
2.1 - Antecedentes teóricos da Criminologia Crítica	
2.2 - Fundamentos da Criminologia Crítica.....	
3 - Conseqüências de uma Criminologia Crítica	
3.1 - Falsidade do discurso penal.....	
3.2 - Agressão aos direitos humanos em um sistema penal ilegítimo.....	
4 - Uma busca (re)legitimadora do sistema penal - O plano político-criminal e a adequação à evolução cultural da sociedade	
5 - Considerações finais.....	

1. Introdução

O presente trabalho apresenta o conceito da denominada “Criminologia Crítica”, verificando dados colhidos da questão criminal, colocando a idéia do desvio social e percebendo os processos de criminalização, entre outros temas envolvidos. Pretende-se mostrar nesta criminologia um estudo que aponta novidades nas ciências sociais, trabalhando suas matrizes teóricas de forma crítica e contextualizadas com as demais estruturas sociais envolvidas na definição da criminalidade e com a sua reação.

A Criminologia Crítica, oriunda das teorias conflituais marxistas, rompe com a sociologia criminal liberal. Há uma mudança de paradigma. Partindo da idéia de rotulação, do *Labelling Approach*, vem mostrar o conflito social, que busca explicar os processos de criminalização das classes subalternas, historicamente constituintes da clientela do sistema penal. Tal conflito resta verificado dependente com o plano econômico da coletividade.

Inspirado em Marx – não necessariamente de forma ortodoxa –, tal modelo criminológico opta por um método histórico-analítico de verificação do fenômeno criminal, com perspectivas macrosociológicas (acumulação de riqueza e sua relação com a criminalidade) ou, mesmo, microsociológicas (incidência da rotulação nos indivíduos). Interpreta-se o desenvolvimento histórico das agências de poder.

O movimento da criminologia crítica trata de idéias não homogêneas entre si, mas que, no campo criminológico, têm em comum a diversidade de análises em relação à criminologia liberal, principalmente ao definir o objeto de estudo.

Buscou-se conceituar o objeto de estudo, além de verificar as conseqüências, em outros campos do saber científico, de tal conceito. Por fim, há a busca de respostas político-criminais ao fenômeno criminal, sempre dentro de um marco crítico.

2. A Criminologia Crítica - seus fundamentos

2.1 Antecedentes teóricos da criminologia crítica

Desde Lombroso, Ferri e Garòfalo, com a denominada “Escola Positivista”, em meados do século XIX, tentou-se emprestar à criminologia um caráter científico. Os postulados da *Scuola Positiva*, podem ser sintetizados da seguinte forma:

[...] o delito é concebido como um fato real e histórico, natural, não como uma fictícia abstração jurídica; sua nocividade deriva não da mera contradição com a lei que ele significa, senão das exigências da vida social, que é incompatível com certas agressões que põem em perigo suas bases; seu estudo

e compreensão são inseparáveis do exame do delinquente e de sua realidade social; interessa ao positivismo a etiologia do crime, isto é, a identificação das suas causas como fenômeno, [...]; a finalidade da lei penal não é restabelecer a ordem jurídica, senão combater o fenômeno social do crime, defender a sociedade; o positivismo concede prioridade ao estudo do delinquente, que está acima do estudo do próprio fato, razão pela qual ganha particular significação os estudos tipológicos e a própria concepção do criminoso como subtipo humano, diferente dos demais cidadãos honestos, constituindo esta diversidade a própria explicação da conduta delitiva.¹

A falta de uma adequada dimensão crítica na visualização da sociedade fez com que a Escola Positivista se obrigasse a colher, sem questionamentos, a definição de crime da dogmática penal. Resumidamente, o positivismo criminológico tomava o homem-delinquente com uma patologia: o crime. O delinquente era um doente social, em teorias baseadas nas características biológicas e psicológicas das pessoas, diferenciando os “criminosos” daquelas pessoas consideradas “normais”. Havia, pois, a ideologia da Defesa Social a determinar o marco teórico positivista.²

O desenvolvimento de uma sociologia criminal, posterior a este positivismo criminológico, levou o estudo a novas searas. A criminologia liberal contemporânea, do início do século XX em diante, superou as teorias patológicas da criminalidade. O marco biopsicológico foi substituído por um sociológico, no qual o objeto da investigação criminológica não era mais a definição legal de crime, sendo substituído pela definição sociológica do desvio. Em relação à matriz positivista, esta postura teórica significou um avanço: quebrou-se uma função conservadora da ideologia da Defesa Social e afastou-se a idéia de criminosos anormais.³

1 GOMES, Luiz Flávio; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Criminologia*, p. 176.

2 FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*, p. 76 e ss.

3 É curioso notar que, em virtude desta criminologia liberal contemporânea, a função das ciências sociais se distanciaram da sua natureza auxiliar, em relação à ideologia do Direito Penal. A contraposição entre a sociologia criminal e a ideologia penal veio demonstrar que aquela está em avanço em relação a esta.

Conforme Baratta (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito*

Neste modelo de criminologia encontravam-se os estudos de Merton, Parsons, Sutherland, entre outros, que, embora tivessem seus diversos marcos teóricos afastados da idéia do homem patológico/criminoso, conservaram na sociologia criminal um resquício positivista.⁴ A par disso, sustentou-se o caráter normal do crime; constatou-se a existência de mecanismos de socialização, aos quais as pessoas são expostas pela estratificação social; e verificou-se a aprendizagem social do crime, entre outras teorias sociológicas aplicadas ao fenômeno criminal.

Na década de 1960, a análise do fenômeno criminal ampliou-se, havendo um deslocamento do objeto de estudo. O *Labelling Approach* alterou o paradigma epistemológico vigente. Era a criminologia da reação social.

Duas correntes de pensamento modelaram o *Labelling Approach*: o interacionismo simbólico, de Mead; e a etnometodologia, de Schutz.⁵ O plano de pesquisa passou a dirigir-se também à vítima e ao sistema penal, e não apenas ao criminoso e ao crime.

O paradigma da reação social negou existir o crime enquanto realidade ontológica, senão como construção social. A criminalidade somente existia nos processos normativos de construção da realidade.⁶ O crime passou a

penal, p. 158 e ss.), a ciência social burguesa foi capaz de oferecer crítica eficaz à ideologia da Defesa Social, coisa que o Direito Penal não conseguiu. Restou clara a opção do jurista em manter uma ciência jurídica apegada a esta ideologia positivista, desinformada sociologicamente e ligada diretamente a esta ideologia da Defesa Social. Na ideologia liberal, as ciências sociais nela informadas representaram um avanço e reforma, enquanto as ciências jurídico-penais apresentaram um conservadorismo e, até mesmo, um aspecto reacionário. Para exemplificar tal postura, basta analisar a obra de Rocco (ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*).

4 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 32.

5 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social...*, p. 3.

6 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A construção social dos conflitos agrários como criminalidade. In: *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*, p. 26.

Conforme Pearson (PEARSON, Geoff. A sociologia do desajuste e a política de socialização. In: *Criminologia crítica*, p. 179.), esta forma de encarar a sociologia consiste em “uma tentativa teórica de quebrar as cadeias de uma realidade pré-definida e oficialmente categorizada, o que quer dizer, existe uma dissolução na reificação em ciência social”.

ser analisado por sua natureza definitória⁷, sendo o sistema penal criador da criminalidade. Verifica-se, ainda, a existência de uma seletividade discriminatória deste mesmo sistema penal.⁸

Para o *Labelling Approach* – ou perspectiva do etiquetamento –, o delito e a reação social eram inseparáveis, sendo ambos atribuídos por processos de interação social. Pensou-se, ainda, que a reação social ao delito cometido podia ser injusta e criminógena.

Entretanto, o *Labelling Approach*, por si só, não conseguiu romper com a criminologia liberal, porque foi colocado em um contexto subjetivista e idealista.⁹ Neste sentido, críticas – depois adotadas pela criminologia crítica – foram apontadas à teoria do etiquetamento: “as posições alternativas tomadas parecem ser pouco mais do que inversões de perspectivas ortodoxas (estrutural-funcional, psicológica e outras) e não podem ser vistas como tendo transcendido as características fundamentais da criminologia ortodoxa.”¹⁰

Para Zaffaroni, o marco da reação social foi a mais importante colocação deslegitimante sobre o sistema penal. Continua, afirmando que, embora tenha sido uma teoria de médio alcance, incapaz de oferecer crítica macrossociológica, tal limitação não conseguiu lhe retirar o caráter

Assim também explicado na obra de Berger e Luckmann (BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*, p. 37 e ss.): “A análise fenomenológica da vida cotidiana, ou melhor da experiência subjetiva da vida cotidiana, abstém-se de qualquer hipótese causal ou genética, assim como de afirmações relativas ao status ontológico dos fenômenos avaliados.”

7 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social...p. 4.

8 GOMES, Luiz Flávio; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Criminologia*, p. 321.

9 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 211. Afirma o autor que o *Labelling* priorizou estudos em certos setores do desvio, sobre os quais se concentra o processo seletivo de etiquetamento, nas camadas sociais mais marginalizadas. Tal atitude teórica contribuiu para o estereótipo dominante do crime como um comportamento normal desta parcela marginalizada socialmente, deixando de lado a criminalidade dos grupos dominantes da sociedade.

10 TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. A criminologia crítica na Inglaterra: retrospecto e perspectivas. In: *Criminologia crítica*, p. 3/4.

deslegitimador. Os limites do *Labelling* significaram, apenas, que o estudo insuficiente tinha que ser completado, nunca desqualificado.¹¹

Dessa forma, o que para o *Labelling Approach* foi sua verificação final para os teóricos do conflito era somente o ponto de partida. Enquanto a perspectiva do etiquetamento permaneceu na superfície do problema da interação social na definição do crime, determinando apenas a existência da construção normativa da criminalidade, a criminologia do conflito desceu em terreno mais profundo, buscando entender quais eram esses poderes capazes de rotular determinadas condutas como desviadas, definindo os grupos detentores do poder etiquetador e os grupos marginalizados.¹²

O que se examinava nas teorias conflituais não marxistas era, ainda, uma sociologia criminal liberal, que avançou em relação às concepções positivistas, mas que continuava a retratar o pensamento tradicional. Tratava-se de um conflito social funcional, necessário à coletividade, verificado em um abstrato plano político da sociedade.

As teorias clássicas do conflito tiveram forte influência na sociologia criminal norte-americana, preocupada com a verificação de um dissenso social, constatado diante da pluralidade de grupos na coletividade, com diferentes pautas valorativas. O conflito, neste marco teórico, representava a manutenção de uma estrutura social, não significando uma patologia social. O crime era a própria expressão destes conflitos.

Estavam, entre outras formulações clássicas da teoria conflitual, as idéias de Sellin¹³, White e Cohen, cada qual com seu marco distinto.

A partir dos anos de 1950, a teoria do conflito foi relançada por pensadores marxistas e não-marxistas, que verificaram a situação de determinadas minorias étnicas e de rebeliões juvenis, entre outras atitudes

11 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 60 e ss.

12 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p.116. As teorias conflituais dividem-se em marxistas (que é o objeto deste estudo: a criminologia crítica), e não marxistas.

13 Os conflitos não se produzem entre modelos culturais em bloco, senão entre pautas normativas dos diversos grupos e subgrupos sociais, com valores diversos (GOMES, Luiz Flávio; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Criminologia*, p. 288).

socialmente desviadas, que foram reprimidas nos Estados Unidos e na Europa, e que ofereceram subsídios para o rompimento da sociologia com a idéia de uma sociedade monolítica.¹⁴ A coletividade era plural e antagônica, com vários grupos disputando espaço social e poder político.

O conflito, adotado pelos teóricos não marxistas – Dahrendorf¹⁵, Vold e Coser¹⁶, entre outros –, ainda era sinônimo de funcionalidade, necessário à ordem constituída, além de assegurar a possibilidade de mudança social. O crime resultava dessas tensões normais e carecia de significado patológico. O conflito situava-se em um abstrato plano político e era produto de lutas pelo poder, compreendidas nas relações que se formavam entre grupos distintos. A distribuição diferenciada de poder entre os grupos sociais gerava o conflito, afastado da idéia de classe social.¹⁷ Entretanto, este núcleo de poder central não era inatingível pelas parcelas marginalizadas da sociedade.

A Justiça Penal não era vista como neutra na resolução dos conflitos sociais. Era expressão da estrutura conflitual da coletividade, atuando em função dos interesses das parcelas detentoras do poder político, como processo criminalizador dos grupos marginalizados em relação ao poder central. O comportamento criminoso passou a ser entendido como reação a uma desigual e injusta distribuição de poder na sociedade.

Entretanto, a sociologia liberal não encontrou uma ideologia positiva substituta para a ideologia da Defesa Social. Um caminho socialmente justo e realista para a questão do controle social do desvio, ao invés de

14 De acordo com as idéias de Coser e Vold, *apud* GOMES, Luiz Flávio; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Criminologia*, p. 290.

15 Para Dahrendorf, as organizações sociais evoluem devido à coação e pressão de outros grupos sociais. Assim, o conflito assume o eixo de equilíbrio do sistema social (GOMES, Luiz Flávio; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Criminologia*, p. 290)

16 Em COSER a idéia de que o conflito é funcional, porque assegura mudança social e conserva o sistema. É a válvula de escape da sociedade, desde que seja realista e verificado dentro de limites. (GOMES, Luiz Flávio; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Criminologia*, p. 290).

17 Conforme Baratta, neste modelo o conflito não é “entre capital e trabalho assalariado, mas um conflito que versa imediatamente sobre a relação de poder, ‘sobre a participação no poder ou sobre a exclusão dele’” (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p.140).

técnicas estritamente repressivas, não foi alcançado. Houve apenas a racionalização do controle social, com a finalidade de torná-lo mais eficaz e econômico em relação à sua principal função: manter a escala social vertical, a estratificação e a desigualdade dos grupos sociais.

As teorias de uma criminologia liberal contemporânea agiram de modo setorial e parcial na crítica à ideologia positivista da Defesa Social. Foram heterogêneas entre si, não oferecendo um corpo teórico único, sistemático e homogêneo.

A universalidade do delito e do Direito Penal, diretriz das teorias liberais, foi o eixo em que se baseou o questionamento do estudo crítico. Essa universalização legitimou novamente o sistema penal, em um contexto liberal, promovendo a substituição negativa da ideologia da Defesa Social por outra que ainda afirmava pelo crime como fenômeno a-histórico e ineliminável. A busca concentrou-se em alcançar um eficaz controle social, repressivo, que mantivesse em níveis toleráveis o crime.

As premissas de uma política criminal liberal baseavam-se na efetividade do controle para as formas de desvio disfuncionais à manutenção do *status quo* social, além de oferecer a máxima imunidade possível a comportamentos desviados que fossem funcionais ao sistema e cometidos por grupos controladores do poder.

2.2 Fundamentos da criminologia crítica

Com a base da criminologia da reação social (*labelling*) e com as teorias conflituais não marxistas, tem-se a passagem para as análises críticas. Foi uma mudança gradual no pensamento criminológico, sem uma verdadeira solução de continuidade.

A Criminologia Crítica trata o conflito como luta de classes, desenhado diante dos modos de produção e da infra-estrutura socioeconômica da sociedade capitalista. É neste momento que se dá a ruptura do pensamento crítico com aquele liberal, que não contesta os processos discriminatórios de seleção de condutas desviadas, além de ter por funcionais e necessários os conflitos sociais, que mantêm a sociedade coesa.

Nas teorias conflituais, autores de formação marxista pensaram o fenômeno criminal fora da sociologia liberal, até aqui retratada.¹⁸ Ressalva seja feita no sentido de determinar que este estudo não se liga a nenhum sistema político-econômico em específico. Igualmente, os pensamentos críticos, por vezes, podem se afastar de um marxismo ortodoxo, sem perderem suas críticas.

Trata a Criminologia Crítica de um grupo de idéias não homogêneas, mas que em comum têm o rompimento com o paradigma criminológico dominante.

Para os estudos críticos, no conflito social está a afirmação pelo poder político-econômico¹⁹, absoluto e inatingível por parcelas marginalizadas da sociedade. O crime é o produto histórico e patológico dessa confrontação de classes antagônicas, na qual uma se sobrepõe e explora as outras, determinando os interesses da seleção dos fatos socialmente desviados.

Pensou-se no desenvolvimento de uma criminologia que colocasse a questão criminal e a reação social em uma perspectiva histórico-analítica.²⁰

18 Há, porém, uma relação problemática entre a criminologia e a teoria marxista. Tal estudo criminológico não pode derivar somente dos textos marxianos, pois sobre o tema Karl Marx pouco, ou quase nada, escreveu. A criminologia crítica requer uma observação mais ampla em suas análises, levando em consideração, também, conceitos teóricos diversos daqueles marxistas. Ademais, algumas categorias de Marx têm de ser verificadas, no contexto social atual, com alguma reserva: conceito de classes, etc.

19 Na teoria marxista, “o conceito de poder reporta-se ao tipo preciso de relações sociais que é caracterizado pelo ‘conflito’, pela luta de classe, isto é, a um campo no interior do qual, precisamente pela existência de classes, a capacidade de uma delas realizar pela sua prática os interesses próprios encontra-se em oposição com a capacidade - e os interesses - de outras classes. Isto determina uma relação específica de dominação e subordinação das práticas de classes, que é precisamente caracterizada como relação de poder” (POULANTZAS, Nicos. *Poder político e classes sociais*, p. 101).

20 Para Poulantzas (POULANTZAS, Nicos. *Poder político e classes sociais*, p. 11): “O materialismo histórico – ou ciência da história – tem como objeto o conceito de história, através do estudo dos diversos modos de produção e formação sociais, da sua estrutura, da sua constituição e do seu funcionamento, bem como das formas de transição de uma forma social para outra”.

A relevância deste método está em demonstrar que o estudo da sociedade deve ser efetuado como um processo, no sentido de compreender que os sistemas sociais têm limites determinados para o seu desenvolvimento. O materialismo histórico constituiu-se para revelar as determinações históricas que resultam em conjuntos específicos de

Reconheceu-se a necessidade da verificação de uma “economia política do crime”, em uma macrosociologia²¹ alternativa à microsociologia, seja conflitual ou interacionista, que pensava o fenômeno até o momento. Houve uma teoria materialista do desvio e da criminalização. Os processos envolvidos no fenômeno criminal estão unidos, em última análise, com a base material do capitalismo contemporâneo e suas estruturas legais. As condições materiais são determinantes das mudanças normativas.

Este estudo crítico historiciza o comportamento desviante e ilumina a sua relação funcional, ou disfuncional, com as estruturas sociais e com o desenvolvimento das relações de produção e de distribuição. Marx insiste em uma premissa, que deve estar presente em qualquer análise social. Ele afirma que ser radical é ver a questão pela raiz do problema, sendo a raiz das relações sociais o próprio homem. O homem é inseparável da sociedade. Assim, para analisar o crime, fenômeno social que é, exige-se do pesquisador um exame da própria posição do homem na sociedade.²²

O método de Marx compreende as relações jurídicas – que são relações sociais – como originárias da produção material da sociedade. Tal conclusão não permite, todavia, apontar que os conflitos criminais se reduzem a conflitos econômicos. Estes conflitos estão apenas relacionados com transformações materiais na sociedade.

O estudo do crime e do controle social baseia-se na divisão da sociedade em classes (estrutura econômica) e na reprodução das condições de produção (separação do trabalhador e dos meios de produção) pelas instituições jurídicas e políticas (superestruturas de controle social), que determinam práticas contrárias às condições de produção, ou de reprodução social, das quais o crime faz parte.²³ O objeto de análise da criminologia

formação social. Percebe-se, por fim, que a punição individual da ideologia da Defesa Social impede o historicismo na criminologia.

21 Que desloca o estudo do comportamento desviante para os mecanismo de controle social dele e os processos de criminalização, de acordo com SANTOS (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*, p. 4).

22 TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. A criminologia crítica na Inglaterra: retrospecto e perspectivas. In: *Criminologia crítica*, p. 57.

23 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*, p. 28.

crítica é o conjunto de relações sociais, compreendendo a estrutura econômica e as superestruturas jurídico-políticas do controle social.

Uma dupla contraposição à criminologia positivista se coloca. Há o deslocamento do enfoque teórico do criminoso para as condições objetivas, estruturais e funcionais presentes na origem do desvio. Em segundo plano, verifica-se o deslocamento dos estudos das causas do desvio criminal para os mecanismos sociais e institucionais pelos quais é construída a realidade social do desvio e para os mecanismos criadores das definições do desvio e da criminalidade.²⁴

Há a superação do paradigma etiológico e de suas implicações ideológicas no estudo criminológico. Em uma perspectiva crítica, o crime não é mais realidade ontológica, mas um *status* atribuído a determinadas pessoas, mediante dois tipos de seleção: seleção de bens protegidos penalmente (nos tipos penais); e seleção dos indivíduos rotulados, entre todos os outros que também realizam infrações penalizáveis.

A criminologia crítica entende o Direito como matriz de controle social dos processos de trabalho e das práticas criminosas. O Direito é uma instituição de superestrutura, que reproduz as relações de produção, promovendo ou embaraçando o desenvolvimento das forças produtivas.²⁵ Interpretando Mark, percebe-se a deslegitimação do Direito – em especial, do Direito Penal.

Várias foram as linhas deslegitimantes do Direito – e, por vezes, relegitimantes – com base na doutrina marxista. Conforme Zaffaroni²⁶, existem uma variável positivista e, às vezes, idealista²⁷; o marxismo

24 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p.160.

25 Assim se expressa Marx (*apud* TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. A criminologia crítica na Inglaterra: retrospecto e perspectivas. *In: Criminologia crítica*, p. 60): “Na produção social de sua existência, os homens inevitavelmente entram em relações determinadas, que são independentes de suas vontades, relações de produção apropriadas a um dado estágio no desenvolvimento de suas forças materiais de produção. O conjunto dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem formas determinadas de consciência social”.

26 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 51.

27 Turati, Vacaro, etc., que aceitaram uma concepção ontológica do delito e da

institucional de Pasukanis; a teoria crítica da escola de Frankfurt, antipositivista e que, aos poucos, afastou-se da ortodoxia marxista; a versão deslegitimante de Quinney; e, até, um minimalismo de Baratta, com uma doutrina aberta, em construção teórica afastada do reducionismo econômico do marxismo ortodoxo, que permita “combinar o interacionismo com um panorama macrossociológico que engloba as relações de produção”.²⁸

A linha de pensamento de Baratta parece ser a mais coerente com as necessidades criminológicas em um pensamento crítico, em relação ao marxismo atual.

O Direito Penal está a serviço da parcela social detentora de poder político-econômico. A Justiça Penal é tão somente administradora da criminalidade, não dispondo de meios para combatê-la, apenas funcionando como selecionadora de sua clientela habitual nas classes trabalhadoras. O crime é um subproduto final do processo de criação e aplicação das leis, orientadas ideologicamente às classes dominantes. Percebe-se uma negação total do mito do Direito Penal como Direito igual, em que a lei protege todos os cidadãos.²⁹

Assim, são proposições críticas: o Direito Penal não defende todos os bens essenciais de todos os cidadãos; e a Lei não é igual para todos, sendo o *status* de criminoso distribuído de modo desigual entre as pessoas. O Direito Penal não é menos desigual que outros ramos do direito. Antes, é o Direito desigual por excelência.

Para Marx, o estudo do direito privado constatou a crítica à justiça burguesa.³⁰ Ocorre que a crítica vale também para o controle penal, no qual

criminalidade, que era atribuída à pobreza. Excluindo a miséria e outras causas afins, o delito que restar será livre de pressupostos deterministas e relegitima-se, assim, um Direito Penal retributivo.

28 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 59.

29 Mito que é a base ideológica da Defesa Social (HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas*, p. 75.).

30 Segundo Baratta (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 162/163), Marx estudou a desigualdade do direito partindo de um ponto de vista da distribuição dos recursos. Ele verificou que nos contratos – do Direito Privado, portanto – existe uma contradição entre igualdade formal dos sujeitos, como possuidores de direitos e deveres, e a desigualdade material nas posições que ocupam estes mesmos sujeitos nas

há contradições sérias entre a igualdade formal dos sujeitos de direito e as suas desigualdades materiais, no que diz respeito à chance que cada um tem de ser definido como desviante social.

O movimento da Defesa Social afirma que o caráter fragmentário do Direito Penal baseia-se na natureza dos bens a serem protegidos. Esta ideologia³¹, que encobre a verdadeira função do Direito Penal, tende a privilegiar interesses de classes dominantes e a lhes imunizar do processo seletivo de criminalização. As maiores chances de serem selecionados para

reais relações sociais de produção. Na sua obra, Marx (MARX, Karl. *O capital*, Livro I, Cap. IV, p. 34.) verificou a importância da separação destes dois momentos.

Adiante, Marx percebeu que a desigualdade acima destacada é vista como o acesso desigual aos meios de satisfação das necessidades. A igualdade formal dos sujeitos de direito se revela como veículo e legitimação de desigualdades materiais. Tal situação deriva da verificação de que a distribuição de riquezas não respeita a diversidade de capacidades e necessidades das pessoas.

Segundo Gustin, Marx abordou a questão das necessidades humanas como categoria ontológico-histórica do ser social. Assim, as necessidades são determinadas pelos fatores sociais em cada momento histórico e em cada espaço social (GUSTIN, Miracy B. S. *Das necessidades humanas aos direitos*, p. 81/82.). Termina a autora afirmando que para Marx o sistema capitalista desvirtua a condição humana do ser, pelo aumento constante da desigualdade das necessidades (*ob. cit.*, p. 93). O que havia nas sociedades capitalistas, no entender de Marx, era uma aparência de liberdade, apresentada pela falsa noção formal de que o “Direito burguês” apresentava nas relações jurídicas, inclusive quanto aos laços jurídicos que o prendiam (ao trabalhador) à sociedade de mercado.

A superação do “direito desigual burguês” ocorrerá, segundo Marx, em uma fase mais avançada de uma sociedade socialista, na qual o sistema de distribuição não será regulado pela lei do valor ou pelo trabalho prestado, mas pela necessidade individual.

31 Em uma perspectiva marxista do conceito de ideologia. “Muito cedo, a palavra *ideologia* teve uma conotação pejorativa – foi até empregada como insulto. K. Marx e, depois, os marxistas foram, talvez, os que mais contribuíram para a sistematização desta interpretação. Nesta perspectiva, a ideologia pode definir-se como a ‘construção sistematizada que a falsa consciência elabora para justificar a sua alienação’ (J. Gabel). Isto é possível porque, segundo K. Marx, as idéias e, ainda mais, os problemas que a consciência humana se coloca a si mesma refletem, em última análise, as relações dominantes na situação atual em que vivem nossos contemporâneos, de tal modo que qualquer idéia que pretenda ir além do estado atual da sociedade ou se desligar das relações dominantes só pode, segundo K. Marx, cair nas ilusões e no utopismo. Como as classes dirigentes, que detêm o controle (sic) de uma dada sociedade, têm interesse (sic) em manter seu poder contra a evolução histórica, elas, então favorecem a elaboração de ideologias que justificam o *status quo* e impedem a tomada de consciência autêntica” (FURTER, Pierre. *Educação e reflexão*, p. 53.).

a população criminosa estão nas parcelas economicamente mais baixas da sociedade, que estão em posição marginalizada na hierarquia social.

O Direito Penal é usado pelas parcelas sociais detentoras de poder para assegurar a sobrevivência do sistema capitalista, que é posteriormente ameaçado por suas próprias contradições.³² Ele é usado para manter a ordem estatal dominante. A classe inferior na escala social continuará a ser clientela habitual do sistema penal, enquanto as classes detentoras de poder se perpetuarem neste núcleo inatingível de dominação. A crise do Direito Penal deve ser entendida como crise do capitalismo.

Outra característica deste Direito Penal – que se dirige com a lógica e com a razão do poder de classe –, é a de que a atuação do magistrado, nas agências judiciais, dá-se com a negação de um aspecto político de seu papel jurisdicional. Isso distancia e isola o juiz da dinâmica das lutas travadas na sociedade, fazendo com que este ator do sistema penal julgue de acordo com marcos ideológicos dominantes, “reforçando, de forma decisiva, a desigualdade na distribuição do *status* de criminoso”.³³

Entretanto, a deslegitimação do Direito Penal não serviu somente como objeto de estudos da sociologia criminal, mas também contribuiu para a investigação historiográfica da punição no sistema capitalista, do que se aproveitou a criminologia crítica. Rusche e Kirchheimer verificaram as relações entre o mercado de trabalho, o sistema penal e o cárcere. Tal discurso não exaure o tema da marginalização criminal, porque o mercado de trabalho, no sistema capitalista de produção, vai para além da perspectiva econômica, alcançando uma dimensão política também.³⁴

O estudo de Rusche e Kirchheimer³⁵ objetiva romper com a relação

32 QUINNEY, Richard. O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal. In: *Criminologia crítica*, p. 245-246.

33 KARAM, Maria Lúcia. *Dos crimes, penas e fantasias*, p. 59.

34 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p.189.

35 Afirmam, os autores, que “o objetivo da investigação, portanto, é a punição em suas manifestações específicas, as causas de suas mudanças e desenvolvimentos, as bases para a escolha de métodos penais específicos em períodos históricos também específicos. A transformação em sistemas penais não pode ser explicada somente pela mudança das demandas do crime contra o crime, embora esta luta faça parte do jogo. Todo sistema de

abstrata da criminologia tradicional, entre crime e punição, trazendo a proposta de verificação histórica da relação mercado de trabalho *versus* punição. Aqui, a punição, sempre definida como reação oficial ao crime, é colocada sob uma nova perspectiva.³⁶

A vinculação direta entre pena e mercado de trabalho ficou simplista na obra de Rusche e Kirchheimer³⁷, por não levar em consideração de forma suficiente o aspecto da disciplina. Esta questão foi tratada por outros autores, como Foucault. Mas o pioneirismo daquela obra é interessante, assim como a demonstração, nela, da falsidade da função manifesta do cárcere, tal qual apregoa a ciência jurídica.

Melossi e Pavarini contribuem com este argumento afirmando que as relações do mercado de trabalho no sistema capitalista explicam a generalização da prisão como método de controle e disciplina nas relações de produção e distribuição.³⁸

Da mesma forma, Foucault construiu uma história do direito de punir. Ele, nos dizeres de CIRINO, “esboçou uma teoria materialista da ideologia da época capitalista, como disciplina da força do trabalho, um resultado inesperado de um teórico idealista.”³⁹ Diretamente de Foucault, extrai-se a idéia da necessidade de:

[...] analisar antes os sistemas punitivos concretos, estudá-los como fenômenos sociais que não podem ser explicados unicamente pela moldura jurídica da sociedade, nem por

produção tende a descobrir punições que correspondam às suas relações de produção. É, pois, necessário pesquisar a origem e a força dos sistemas penais, o uso e a rejeição de certas punições, e a intensidade das práticas penais, uma vez que elas são determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas e conseqüentemente fiscais” (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*, p. 18).

36 Em SANTOS, a seguinte afirmativa de Marx (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*, p. 42) “O modo de produção da vida material condiciona o desenvolvimento da vida social, política e intelectual, em geral.”

37 Assim entende Zaffaroni (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 57.).

38 MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. *Carcere e fabbrica: alle origini del sistema penitenziario*, p. 75.

39 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*, p. 43.

suas opções éticas fundamentais; recolocá-los em seu campo de funcionamento onde a sanção dos crimes não é o único elemento; mostrar que as medidas punitivas não são simplesmente mecanismos negativos que permitem reprimir, impedir, excluir, suprimir, mas que elas estão ligadas a toda uma série de efeitos positivos e úteis que elas têm por encargo sustentar (e nesse sentido, se os castigos legais são feitos para sancionar as infrações e sua repressão são feitas em compensação para manter os mecanismos punitivos e suas funções). Nessa linha, Rusche e Kirchheimer estabeleceram a relação entre os vários regimes punitivos e os sistemas de produção em se efetuam.⁴⁰

Para Foucault, a punição é um instituto complexo socialmente, sendo importante analisar “os métodos punitivos não como simples consequências de regras de direito, ou como indicadores de estruturas sociais, mas como técnicas que têm sua especificidade no campo mais geral dos outros processos de poder”.⁴¹ Ele continua, afirmando que deve-se adotar uma perspectiva política e econômica em relação à punição penal, analisando-a sob um prisma mais amplo nas suas relações sociais. A mediação política do sistema punitivo tende a demonstrar os objetivos econômicos específicos a que atende a punição, produzindo “corpos dóceis e úteis”.⁴²

Se os trabalhos de Rusche e Kirchheimer, bem como o de Foucault não produziram resultados definitivos no plano material, em uma esfera epistemológica existem conclusões interessantes. Pode-se entender que a visualização correta do cárcere somente é obtida quando se verifica sua real função na sociedade. Para definir esta função, é preciso verificar em que tipo de sociedade o cárcere apareceu como pena. É um enfoque materialista – político-econômico –, diverso daquele dominante, de cunho jurídico (que quer verificar as teorias dos fins da pena, como resposta ao crime).

40 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 24/25.

41 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 24. No mesmo sentido, RUSCHE e KIRCHHEIMER (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*, p. 18), afirmam que “para a sociologia dos sistemas penais, é necessário despir a instituição social da punição de seu viés ideológico e de seu escopo jurídico, e, por fim, trabalhá-la à partir de suas verdadeiras relações.”

42 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p.190.

O enfoque materialista da punição, notadamente, serve de subsídio teórico às proposições deslegitimadoras do sistema penal, tal como as fazem os criminólogos críticos.

3. Conseqüências de uma Criminologia Crítica

3.1 Falsidade do discurso penal

Externar o verdadeiro significado de Sistema Penal torna-se importante, pois é deste conceito que partem todas as demais análises acerca do problema do controle social. As questões aqui trabalhadas – e, também, no próximo capítulo, as soluções que se apresentam – têm um caráter de universalidade, valendo para qualquer sistema penal que se caracterize pela ilegitimidade. Entretanto, mesmo sem apresentar expressamente, há uma reflexão destacada para a situação do Brasil, com seu sistema penal irracional, como de resto o é em toda a região marginal, que é a América latina.

Os homens interagem entre si. Agrupam-se e organizam-se politicamente, constituindo um poder que consiga controlar os conflitos entre os grupos que se formam neste corpo social. Todas as sociedades têm uma estrutura de poder – político e econômico –, que se estabiliza. Há os grupos que dominam e aqueles que são dominados⁴³, com setores mais próximos (centrais) ou mais distantes (marginais) das esferas de decisão. Existem, pois, interesses antagônicos na coletividade.

Essa centralização-marginalização em relação ao poder central gera a necessidade de um controle, exatamente para definir os papéis dos grupos sociais na divisão deste poder e, também, para a sua própria manutenção.

O controle social é um limitador da conduta do indivíduo. Pode aparecer difuso, encoberto nas relações sociais, por exemplo, nos papéis da família, escola, Igreja, meios de comunicação. O controle social também pode ser institucionalizado, explícito e estatal. Nesse prisma institucional, pode ser não punitivo – como são as premissas do direito privado –, pode ser formalmente não punitivo – mas com uma carga de punição clara,

⁴³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal* ..., p. 60.

como nas práticas psiquiátricas e nos asilos⁴⁴ – e pode ser, por último, formalmente punitivo – situação que é verificada no sistema penal.

Nas letras de Zaffaroni e Pierangeli⁴⁵, o poder condiciona o saber, pois as formas de dominação podem funcionar como encobrimentos ou, até mesmo, como criadoras da realidade. Os detentores do poder central instrumentalizam as ideologias⁴⁶ naquilo que lhes é interessante e desconsideram o restante, construindo uma realidade estrategicamente desenhada a partir das necessidades de manutenção da posição central.

O sistema penal é a parte do controle social que aparece como punitiva e institucionalizada. Abarca desde a suspeita da existência do crime até a execução da pena. Compreendem-se no significado do sistema penal: as atividades do legislador, do jurista, das agências punitivas, da execução penal e, até mesmo, do público.

Andrade, ao tratar do tema, apresenta duas dimensões do sistema penal:

- a) uma dimensão *programadora*, que define o objeto do controle – conduta delitativa – e as regras do jogo para as suas ações e decisões; que define, portanto, o seu horizonte de projeção; b) uma dimensão *operacional* que deve realizar a repressão penal com base naquela programação normativa e decisória.⁴⁷

O Poder Legislativo é a fonte básica da programação do sistema penal, assim como o Judiciário e o Executivo aplicam esta programação, efetuando a punição e o cumprimento da sanção penal, notadamente com o

44 A questão das instituições totais tem destaque na obra de Goffman (GOFFMAN, Erving. *Manicômios, presídios e convento*).

45 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal ...*, p. 62.

46 Aqui, no sentido positivo do termo, como uma “crença adotada para o controle dos comportamentos coletivos, entendendo por crença uma noção que vincula a conduta e que pode ou não ter validade objetiva” (ABBAGNANO, Nicola. *Dizionario di filosofia*. Apud ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal ...*, p. 65).

47 ANDRADE, Vera Regina de. Dogmática e controle social; em busca da segurança jurídica prometida. In: *Teoria do direito e do estado*, p. 123.

concerne. Vários são os discursos dos sistema penal. É um engano localizar a dogmática penal como único discurso do controle penal. Há, ainda, o discurso do Judiciário, de caráter legalista e pragmático; o discurso policial, moralizante e burocrático; e o discurso penitenciário, que assume forma terapêutica e isolante, entre outros.

Quanto à dogmática, continua Andrade, funciona como uma instância comunicacional entre as normas penais em abstrato (etapa de programação) e as aplicações que se dão a estas normas (etapa operacional). O discurso dogmático tem uma função declarada, com duas dimensões: uma positiva/instrumental; e outra negativa/racionalizadora-garantista, baseada na necessidade de segurança jurídica.⁴⁸

Entretanto, o que se percebe é que a dogmática penal atua como instância do sistema penal, e não como uma teoria sobre ele. Portanto, a par daquelas funções declaradas, a dogmática penal tem outras funções veladas: a justificadora e a legitimadora do sistema penal. Longe da neutralidade a-política prometida, a dogmática tem papel de instância do sistema penal, interligando a etapa programadora à operacional, tendo que justificá-lo como ideologia, ao invés de funcionar apenas como análise crítica, capaz de levar o sistema a uma etapa racional-garantidora. Assim, resta comprometido o compromisso da dogmática de ser uma instância de controle do discurso penal.

Da mesma forma, percebe-se que por trás de funções declaradas do sistema penal – de manutenção da paz social, ou da tutela de bens jurídicos eleitos socialmente –, existe uma função sua não declarada, qual seja a de sustentar a hegemonia de um setor social sobre o outro. Constata-se, portanto, uma falsidade no discurso do controle penal.

Zaffaroni e Pierangeli, mesmo entendendo generalista demais esta

48 “A função instrumental (positiva) significa, [...] uma função de operacionalização do controle penal, que converte a Ciência penal dogmática em um dos instrumentos para o seu exercício efetivo de poder, ao nível judicial (ciência do controle social)

A função racionalizadora/garantista, conectada a ela, significa, por sua vez, uma função de limitação do controle penal, traduzindo o compromisso da Ciência penal controlar o próprio controle que objetiva operacionalizar (Ciência controladora do controle penal)” (ANDRADE, Vera Regina de. Dogmática e controle social; em busca da segurança jurídica prometida. In: *Teoria do direito e do estado*, p. 126).

suposta função interna do sistema penal⁴⁹, verificam que o sistema penal tem uma função que se esconde por trás do discurso externo, de proteção social indistinta, em um pretense Direito Penal igualitário. Entendem os autores que há uma tendência seletiva no sistema penal, que cumpre uma função simbólica para as camadas sociais marginalizadas em relação ao poder central. A sustentação da estrutura do poder social pela via punitiva é, essencialmente, simbólica.

Nessa verificação de funções internas do sistema penal, (re)produtoras de desigualdades sociais, encontra-se a constatação da falta de legitimidade do controle social penal. Questiona-se pela falsidade do sistema penal. Por legitimidade do sistema penal entende-se a característica dada por sua racionalidade.

A racionalidade do sistema penal compreende dois momentos complementares entre si, em uma perspectiva proposta por Zaffaroni:⁵⁰ coerência interna do discurso penal (sua fundamentação antropológica, que deve servir ao homem, e não o contrário), que significa uma não contradição entre os enunciados deste discurso; e valor da verdade quanto à sua operatividade social (abstratamente significando buscar a adequação do meio ao fim, em função da experiência social, e em concreto determinando uma adequação operativa mínima, conforme o planejado pelo sistema).

O que se percebe é que o discurso penal não preenche tais requisitos de racionalidade, pelo que precisa buscar sua “legitimidade” ou, por outra via, sua forma de manter a hegemonia de grupos no poder institucional, em outros termos. Verifica-se, então, a utilização da legalidade formal para suprir essa ilegitimidade.

Ocorre que a legitimidade não pode ser suprida pela legalidade. A busca de legitimidade pela simples constatação da existência formal da norma faz com que o Direito Penal assumira posição conservadora em determinados processos de manutenção de hegemonia social, preservando um sistema seletivo de criminalização.

49 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal ...*, p.77.

50 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 16 e ss.

Entretanto, o princípio da legalidade também significa que a operacionalidade real do sistema penal seria legal se os seus órgãos exercessem seu poder de acordo com a legislação penal expressa.

Ainda assim o sistema penal age fora da planificação legal, em desrespeito à legalidade. Veja-se o exemplo da cifra oculta da criminalidade.⁵¹ Constata-se o exercício de poderes abertamente ilícitos no sistema penal, com uma polícia corrupta, com a situação de justiça particular (chacinas), etc. Resta ausente, neste sistema ilegítimo até mesmo a legalidade formal.

O poder do sistema penal, como controle social, vai muito além da justiça penal. A vigilância militarizada-disciplinar e vertical deste controle passa despercebida pela população e exerce poder enorme sobre todos. Tal exercício ocorre à margem da legalidade. O sistema penal, como controle social, cria vida social, para além da sua função repressora. Cria e reproduz desigualdade social, arbitrária e seletivamente.

3.2 Agressão aos direitos humanos em um sistema penal ilegítimo

O que resta, então, é um sistema penal irracional, ideologicamente comprometido com os grupos centrais. Há um discurso falso, simbólico. Ao contrário da ideologia da Defesa Social, a criminologia crítica aponta para a negação do sistema penal como produtor de igualdade social. Queiroz afirma que o Direito – em particular, o Direito Penal – reflete uma contradição fundamental entre igualdade dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos.⁵² Tal posição foi anteriormente

⁵¹ Quanto à cifra oculta da criminalidade, Anyar de Castro a define “como a diferença existente entre a criminalidade real (quantidade de delitos cometidos num tempo e lugar determinados) e a criminalidade aparente (criminalidade conhecida pelos órgãos de controle), que indica, comprovadamente, acerca de alguns delitos, um percentual substancial, em que não é aplicado o sistema penal e que, em alguns casos, é praticamente absoluto, circunstância que debilita a sua própria credibilidade, ou seja, a credibilidade de todo o sistema penal” (apud CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*, p. 162/163). A cifra oculta significa, entre outras coisas, o retrato mais fiel da perversa seletividade do sistema penal, que escolhe quando, onde e contra quem atuar. A punição de alguns serve para dar cobertura ideológica à imunidade de outros agentes desviantes.

⁵² QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal*; introdução crítica, p. 63.

tratada, chegando-se à conclusão de que o Direito Penal é um reprodutor de desigualdades sociais, porquanto reflete interesses dos grupos que detêm o inatingível poder político-econômico na sociedade.

A realidade operativa do sistema penal jamais poderá seguir os contornos da planificação proposta pela sua etapa programadora. Não é possível, assim, um sistema de controle punitivo legítimo em função de sua racionalidade. Tal característica é estrutural de todos os sistemas penais, mas é mais nítida em sistemas marginalizados em relação aos países centrais, como o Brasil e outros da América Latina.⁵³

Resumidamente, o sistema penal cria e reforça as desigualdades sociais. Além disso, representa apenas parcelas dos interesses coletivos, tentando proteger o *status quo* social: a separação entre grupos centrais e marginais em relação ao poder.

Constitui o sistema penal uma técnica de controle social punitiva, que estigmatiza e marginaliza, sendo incapaz de prevenir o crime e tendo alto custo social. O sistema, que deveria ser produtor de justiça, contradiz essa aparência, tornando-se seletivo, atingindo apenas determinados grupos sociais marginalizados.⁵⁴ Atrás da falsa idéia da igualdade jurídica, o sistema esconde uma desigualdade social violenta, impossível de ser retirada pela ficção do direito. Reflexamente, o controle penal impede a inclusão social, “promovendo uma degradação na figura social de sua clientela”.⁵⁵

Tal postura agride, em diversos planos, os mais elementares direitos humanos reconhecidos. A lógica do sistema penal está totalmente em desconformidade com as exigências de cidadania. Arendt localiza

53 “A reprodução da violência, o condicionamento de maiores condutas lesivas, a corrupção institucional, a concentração de poder, a verticalização social, e a destruição das relações horizontais ou comunitárias, não são características conjunturais, mas estruturais ao exercício do poder de todos os sistemas penais (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 6.).

54 Ao selecionar esporadicamente um membro de um grupo dominante, incidindo sobre ele uma conduta com desvio negativo, o sistema o faz apenas para manter este mesmo grupo hegemônico.

55 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 26.

dm
A construção dos direitos humanos nos conceitos de igualdade e cidadania.⁵⁶

Meio século se passou desde a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948), e a busca continua quase utópica. Mas o fato é que este sonho tornou-se complexo. Instrumentos legais e instituições que lutam pelos direitos humanos hoje são realidade, legitimando e fornecendo capacidade operativa dessa busca.

Em que pese ao fato de o Marxismo encarar a questão com certa reticência⁵⁷, é necessário encarar a situação com atenção, pois somente levando o controle social para uma ótica dos direitos humanos é que haverá alguma possibilidade de legitimação do sistema penal. Afastar-se de um marxismo ortodoxo torna-se importante neste momento.

Violações encobertas dos direitos humanos – determinadas pela seletividade do sistema – e, mesmo, abertas – com a arbitrariedade de seus atores – são percebidas em um sistema penal ilegítimo. Nos dizeres de Andrade:

Além das intervenções contingentes, há uma lógica estrutural de operacionalização do sistema penal nas sociedades capitalistas, que implicando a violação encoberta (seletividade) e aberta (arbitrariedade) dos direitos humanos, não apenas viola a sua programação normativa, mas é, num plano mais profundo, oposta a ambas, caracterizando-se por uma eficácia instrumental invertida à qual uma eficácia simbólica confere sustentação.⁵⁸

Diversas são as agressões do sistema penal aos direitos humanos: tortura, polícia arbitrária (violência policial e abuso de autoridade)⁵⁹,

56 HANNAH ARENDT *Apud*: ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos humanos na ordem mundial*, p. 20.

57 A concepção marxista de direito nega existir instâncias jurídicas que não tenham origem nas decisões estatais, que, por sua vez, é determinado pelas relações de produção. Assim: “O marxismo, como todo sistema radicalmente revolucionário, nega a realidade mesma do direito como elemento permanente da vida social”. (MASSINI CORREAS, *apud* ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos humanos na ordem mundial*, p. 16.).

58 ANDRADE, Vera Regina de. *A ilusão de segurança jurídica; do controle da violência à violência do controle*, p. 311-319.

59 WACQUANT (WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*, p. 9) apresenta uma

prisões ilegítimas, prazos judiciais e prisionais descumpridos, Defensorias Públicas sem aparato necessário para defender os excluídos, violência do cárcere (efeitos criminógeno do cárcere⁶⁰, instituições totais e prisão como um estado paralelo, onde prevalece a violência física e mental).

Quanto à violência policial no caso brasileiro, as palavras de Wacquant são decisivas para determinar a lógica das agressões aos direitos humanos:

Essa violência policial inscreve-se em uma tradição nacional multissecular de controle dos miseráveis pela força, tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, que se viu fortalecida por décadas de ditadura militar, quando a luta contra a 'subversão interna' se disfarçou em repressão aos delinquentes. Ela apoia-se numa concepção hierárquica e paternalista da cidadania, fundada na oposição cultural entre *feras e doutores*, os 'selvagens' e os 'cultos', que tende a assimilar *marginais*, trabalhadores e criminosos, de modo que a manutenção da ordem de classe e a manutenção da ordem pública se confundam.⁶¹

Resta afirmar que o sistema penal é a forma mais violenta e desastrosa de intervenção do Estado na sociedade.

Outra conclusão pode ser tomada no sentido de desmascarar a falsidade do discurso estatal da erradicação da pobreza como estratégia de combate ao crime. Definitivamente a questão da inclusão social, questão primeira de cidadania, resultado da apreensão do verdadeiro significado do termo

estatística da Human Rights Watch, de 1992, comprovando que a Polícia Militar de São Paulo matou naquele anos 1.470 civis, contra 24 mortos pela Polícia de Nova York e 25 mortos civis em Los Angeles.

60 Grande parte dos fatores que determinam a rotina carcerária implicam em um caráter criminógeno da prisão. BITENCOURT (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*, p. 158.) classifica estes fatores em materiais (nas prisões clássicas existem condições que podem exercer efeitos ruins para a saúde do encarcerado. As deficiências do local e da alimentação aumentam a hipótese de doenças, principalmente a tuberculose); fatores psicológicos (um problema grave é verificado com o entendimento de que a prisão dissimula a mente.); e fatores sociais (a segregação de uma pessoa do seu meio social ocasiona uma desadaptação profunda, que torna difícil um reimpreso dessa pessoa ao seu meio social).

61 WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*, p. 9.

objetos humanos”⁶², não pode ser encarada como técnica de combate à criminalidade. Deve ser fim em si mesma.

4. Uma busca (re)legitimadora do sistema penal – o plano político-criminal

Para a Criminologia Crítica, o sistema positivado de controle social e sua prática oficial são os objetos do seu saber. A relação com o sistema é crítica. Com Baratta, a idéia de que a tarefa primeira da Criminologia Crítica:

[...] não é realizar as receitas da política criminal, mas problematizar a questão criminal, o sistema penal, mecanismos de seleção, enfim, uma análise político-econômica da situação, para avaliar as respostas possíveis à situações sociais postas, formulando uma construção alternativa dos problemas sociais ligados ao fenômeno da criminalidade.⁶³

Dessa forma, é normal que nem sempre o estudo crítico tenha respostas imediatas para o problema criminal, como falsamente existia na criminologia de base etiológica. A (re)construção dos fatos sociais no médio e no longo prazo faz-se importante para que existam respostas reais e justas aos problemas dos desvios negativos. A criminologia crítica, para Pimentel, é dialética, porquanto está voltada para a problematização dos mecanismos instituídos pelo poder socialmente dominante.⁶⁴

⁶² No Brasil, “as duas décadas de ditadura militar continuam a pesar bastante tanto sobre o funcionamento do estado como sobre as mentalidades coletivas, o que faz com que o conjunto das classes sociais tendam a identificar a defesa dos direitos do homem com a tolerância à bandidagem. De maneira que, além da marginalidade urbana, a violência no Brasil encontra uma segunda raiz em uma cultura política que permanece profundamente marcada pelo selo do autoritarismo” (WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*, p. 10).

⁶³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 215.

⁶⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*, p. 44.

Nas letras de Lyra Filho (LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*, p. 124.): “O itinerário da criminologia crítica, atualmente em foco, deverá consumir-se, a meu ver, em criminologia dialética. Nesta, evitando-se tanto a alienação, quanto o comprometimento cego numa práxis acrítica, poderá ser visto o que ocorre, não só no palco, mas também nos bastidores da filosofia, da ciência e da política criminal”.

Quadros sociais que escapam das análises criminológicas tradicionais são reconhecidos pela postura crítica, “cujo papel principal seria o de denunciar situações problemáticas, que se ‘opõem a um quadro geral de valores com a qual é incompatível’.”⁶⁵ Deve a criminologia apresentar-se à política criminal, no intuito de completar o ciclo de investigação a que se propõe.

Importante definir o plano de atuação político-criminal, verificando qual é a sua relação com a criminologia crítica e como funciona sua atuação no sistema penal.

Por política criminal deve-se entender os princípios que orientam a ação política de combate ao crime. Tal técnica oferece valores ao legislador/intérprete do direito, para melhor justificar politicamente as escolhas estatais no combate ao crime.⁶⁶

O conceito de política se vincula ao poder. Na realidade, o poder político é inerente à vida social. Em uma perspectiva do poder político como coação – que não é a única possibilidade –, é importante verificar nas construções normativas “a função social que o direito e o estado têm na reprodução do sistema econômico e da ideologia predominante”.⁶⁷ Na criminologia crítica, então, a importância dessa verificação é crucial para o entendimento de suas propostas teóricas.

O exercício do poder político não é um fim em si mesmo e, também, não se funda mais no poder físico, senão na manipulação lógico-simbólica, na organização do consentimento que proporciona aceitação da dominação. O Estado detém o monopólio da repressão física institucional, ao que tenta legitimá-la apresentando tal repressão como decorrente do interesse popular.⁶⁸ A idéia de o bem jurídico ser protegido pelo Estado passa necessariamente pelo contexto de legitimação da força coercitiva estatal, cerne da questão do exercício do poder político.

65 PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*, p. 40.

66 Nos dizeres de REALE: “O jurídico é, antes de tudo, político, porque fruto de uma tomada de posição diante de um fato social” (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 557/560.).

67 GALVÃO, Fernando. *Política criminal*, p. 13.

68 POULANTZAS, Nicos. *Poder político e classes sociais*, p. 221.

Política criminal pode ser compreendida, então, como o poder político de eleger o que é crime e como punir. Para Delmas Marty, é o “conjunto de procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”.⁶⁹

A relação da Criminologia, da Política Criminal e do Direito Penal deve ser entendida como de interdependência. Cada uma das searas de conhecimento tem autonomia de métodos, objetos e fins, mas torna-se importante a constituição do que Gomes denomina “uma ciência penal global”.⁷⁰ Roxin demonstra como deve ser esta relação proposta, afirmando que:

[...] de todo o exposto fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana.⁷¹

A política criminal, respeitando os princípios garantistas reconhecidos historicamente pelo Estado Democrático de Direito, deve dirigir a vontade das etapas do sistema penal: do plano programador e do plano operacional. Somente assim o campo jurídico terá condições de avançar em termos de promoção de justiça social.

Este espaço político-criminal, que se propõe diretor da vontade jurídica, deve ter sua fundamentação em uma etapa anterior, que se encontra nos estudos criminológicos. Transformar o conhecimento obtido pela criminologia em exigências político-criminais, para depois afirmar tais exigências nos planos programadores e operacionais do sistema penal, é fundamental para uma postura legitimante do controle punitivo.⁷²

⁶⁹ Apud GALVÃO, Fernando. *Política criminal*, p. 21.

⁷⁰ Invocando os ensinamentos de Liszt, ao afirmar que há uma relação de complementariedade entre todas as ciências criminais, não se justificando o estudo delas em separado. Seria este o caminho mais acertado para o penalista moderno (GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado*, p. 26).

⁷¹ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*, p. 20.

⁷² GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado*, p. 26.

Curiosa é a postura de Dias, que pensa não ser possível essa relação criminologia/política criminal, em uma postura crítica do estudo criminológico:

Uma concepção 'radical' (ou exasperadamente 'crítica') da criminologia acabará inevitavelmente por estabelecer um relacionamento inaceitável (como do texto se concluirá) entre aquela ciência e a política criminal: quer ele se traduza numa posição de supremacia da criminologia face à política criminal; quer se traduza, antes, inversamente e todavia não longe do mesmo pensamento fundamental (cf. Nilo Batista, p. 29 e ss.), em dissolver a criminologia na (numa certa) política criminal; ou, noutra interpretação, em estabelecer entre as duas ciências uma unidade, irmanadas como se encontrariam na tarefa comum de transformação da sociedade capitalista [...] A crítica fundamental que se deve dirigir a toda esta orientação - todavia ainda hoje profundamente disseminada, como se deve reconhecer, na América Latina - é a de confundir a verificação exata de que também a ciência criminológica não é politicamente asséptica e possui os seus supostos básicos subjacentes, com uma missão revolucionária que [...] não deve ser aceita nos quadros de um Estado de Direito.⁷³

É de se notar na transcrição acima a tendência de um Direito Penal baseado no não questionamento do controle penal. Entretanto, um sistema penal apoiado nesta postura ideológica resta comprometido em sua legitimidade. A criminologia crítica pode, e deve, interferir valorativamente na política criminal. A idéia é exatamente esta: a busca de uma política criminal para os excluídos, para aqueles que são clientela preferencial dos processos perversos de seleção de criminalização.

Em que pese a existência de respostas à questão criminal em esferas radicais⁷⁴, ou em mecanismos de fuga⁷⁵, o plano político-criminal parece

73 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 47.

74 Notem-se os movimentos abolicionistas e, em sentido radicalmente inverso, da *lei e ordem*.

75 Expostos por ZAFFARONI: Nas práticas epistemológicas de negação da deslegitimação (que se pode dizer em posições positivistas, de modo geral); nas fugas para o retribucionismo (em buscas dos fins retributivos da pena, principalmente em estudos

o mais adequado para tratar o problema. A idéia é construir uma política criminal-democrática, que respeite o ser humano enquanto tal, que questione o sistema penal – por ser estigmatizante, marginalizante e seletivo –, e que caminhe para além da esfera punitiva.

Para Baratta⁷⁶, a aproximação para um modelo teórico de política criminal e de reforma penal pode significar duas coisas bastante distintas. De um lado, pode existir um critério pragmático de busca de eficiência e praticidade no sistema penal, sem que haja alterações no seu corpo teórico. Fruto de concepções de uma criminologia tradicional, auxiliar do Direito Penal, tal racionalização do sistema penal não atende aos anseios da criminologia crítica, sendo mais um reflexo da ideologia positivista. De outro, que corresponde à busca pelos pensamentos criminológicos críticos, é a perspectiva racional de superação do sistema penal. É uma racionalidade crítica, não estática e que respeita a lógica do real, da justiça social. É uma dinâmica de contradição dialética do sistema penal, problematizando-o e pensando soluções fora deste controle punitivo. A busca é por priorizar políticas sociais para tratar a questão da criminalidade.

A verificação de técnicas de controle social não punitivas é essencial para o sucesso de uma política criminal voltada para os marginalizados. Tais políticas sociais oferecem um menor custo social, ao encararem o problema da criminalidade com técnicas de prevenção ao crime de caráter primário.

A criminologia trabalha a idéia de prevenção em três faixas de atuação:⁷⁷ prevenção primária; prevenção secundária; e prevenção terciária.

A prevenção primária atua na raiz do conflito, neutralizando o crime antes de sua ocorrência, no médio e no longo prazo. São políticas públicas que dão capacidade para o cidadão se organizar socialmente e, assim, superar conflitos criminosos. Entretanto, a sociedade é manipulada para querer

filiados a Kant e Hegel) ou, ainda, afirmando pela funcionalidade burocrática da agência judicial (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 80/84).

76 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 213/214.

77 GOMES, Luiz Flávio; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Criminologia*, p. 336.

soluções rápidas para o problema, e o poder político cai nesse populismo inoperante. Pouco se faz em termos de prevenção primária ao crime.

A prevenção secundária atua depois do crime ocorrido, no curto e no médio prazo. Consiste em pensar a prevenção policial, o controle dos meios de comunicação, a ordenação urbana e a legislação penal, entre outras técnicas. Orienta-se para alguns grupos, que ostentam maior perigo de protagonizar o problema criminal, e não é muito eficaz.

A prevenção terciária dirige-se ao recluso. São as políticas penitenciárias, que trabalham a idéia de ressocialização e a de punição. Consiste em uma intervenção tardia e insuficiente, que, por si só, não atinge bons resultados.

A percepção é que segurança e proteção social pouco têm a ver com proteção penal e com aumento de um Direito Penal repressivo. O controle real da criminalidade sai da esfera do sistema penal, buscando amparo nas políticas públicas sociais, nas políticas de prevenção primária ao crime. Sobre o tema, assim se expressa Alves:

[...] a política criminal somente deve existir e sobretudo ser aplicada em função de uma ampla política social planejada, programada, não podendo existir independentemente desta. É um seu capítulo importante, não sendo algo isolado de uma política geral do Estado, sob pena de não atingir, de falhar em sua finalidade. Situa-se, assim, tal política, como uma prevenção social da criminalidade antes de sua formulação em termos científicos ou jurídicos, em termos de prevenção geral e especial da delinquência ou, ainda, nos seus aspectos práticos de legislação positiva e de ciência penitenciária, de execução de pena.⁷⁸

Pouco se pode esperar de um modelo de controle social repressivo, que somente atua de modo superficial, individual e de forma local.⁷⁹ Um

78 ALVES, Roque de Brito. *Ciência criminal*, p. 301/302. Mesma posição tem QUEIROZ sobre o tema (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Eficientização do controle social não-penal*).

79 Descrevendo a situação brasileira, Wacquant (WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*, p. 8) afirma que “o crescimento espetacular da repressão policial nesses últimos anos permaneceu sem efeito, pois a repressão não tem influência alguma sobre os motores dessa criminalidade que visa criar uma economia pela predação ali onde a economia

Estado Democrático de Direito – que prega o respeito à cidadania, aos direitos humanos e ao combate às desigualdades sociais – não pode lançar mão de uma forma de controle penal, que institucionaliza a violência e a arbitrariedade, sem que antes tenha tentado o referido controle social por meio de políticas sociais agregadoras e construtoras de cidadania.

O Direito Penal tem elevado custo social – por vezes, irreversível – para a vítima (vitimização primária e secundária⁸⁰), para o criminoso (estigmatização) e para a sociedade (pânico, agressão aos direitos humanos). Uma política de transformação da realidade do sistema penal deve pautar-se em valores constitucionais e alcançar setores populares, não podendo considerar o Direito Penal como principal objeto. Pelo contrário, o Direito Penal, neste plano democrático, deve restar subsidiário.

Entretanto, o Estado se omite em várias frentes de atuação social necessárias e depois vem, tardiamente, reprimir o conflito social mediante o controle penal repressor e arbitrário. O uso do Direito Penal é só um meio, não o único ou mais importante, mas apenas subsidiário, para a realização dos fins constitucionais confiados ao Estado Democrático de Direito. Mezger já afirmava que uma boa política social ainda hoje é melhor que uma política criminal.

A atenção aos direitos humanos merece destaque na construção de uma política criminal racional. Se, de um lado, torna-se importante emprestar um limite à violência institucional, abertamente ou não ilícita (função negativa dos direitos humanos), de outro, a lógica dos direitos

oficial não existe ou não existe mais”.

Conclui o autor (p. 9), apresentando a particularidade brasileira de não ver a insegurança criminal atenuada com esta repressão opressiva das forças policiais, posto que o uso rotineiro da violência letal e o recurso da tortura geram um clima de terror entre as classes populares, alvos primeiros do controle penal.

80 Sobre vitimização secundária: “ao contrário do aspecto racional, que seria o fim do sofrimento ou a amenização da situação em face da ação do sistema penal repressivo estatal, a vítima sofre danos psíquicos, físico, sociais e econômicos adicionais, em consequência da reação formal e informal derivada do fato. Não são poucos os autores a afirmarem que essa reação traz mais danos efetivos à vítima do que o prejuízo derivado do crime praticado anteriormente”. (CALHAU, Lélío Braga. *Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento...* In: *Revista do conselho nacional de política criminal e penitenciária*, p. 62).

humanos deve dar objeto à tutela penal (função positiva). Uma reforma total e imediata deve se proceder na lógica discursiva dos sistemas penais, principalmente daqueles nos quais essas agressões aos direitos humanos sejam tão graves e visíveis, como é o caso do Brasil e de outros ordenamentos latino-americanos.

Nessa perspectiva, torna-se clara a necessidade de uma reformulação dos atores do sistema penal: polícia mais aberta ao diálogo (é necessária uma polícia militarizada?), Judiciário mais eficiente, legislador mais técnico e menos populista, vítima mais participante da questão penal, comunidade integrada na discussão do problema da criminalidade, sistema carcerário mais responsável, etc.

A constatação do insucesso da prisão – enquanto instituição punitiva e, de acordo com o falacioso discurso oficial, ressocializadora – também se faz urgente. Entender o fracasso da prisão e trabalhar formas substitutivas de punição são ações importantes em uma perspectiva crítica. A questão prisional não se restringe apenas à problematização do local de cumprimento da pena. É a própria forma de punição que deve ser questionada. Há mais de cem anos Liszt constatou o fracasso da pena privativa de liberdade.⁸¹

É tempo de reavaliar o trabalho e a educação no cárcere e discutir de forma responsável a ressocialização dos condenados. Entretanto, a história da prisão demonstrou ser totalmente paradoxal a relação entre a pena privativa de liberdade e a reintegração ressocializadora da pessoa ao seu meio social. Nas letras de Thompson, “punir é castigar, fazer sofrer. A intimidação, a ser obtida pelo castigo, demanda que este seja apto a causar terror. Ora, tais condições são reconhecidamente impeditivas de levar ao sucesso uma ação pedagógica”.⁸²

81 Uma leitura interessante do sistema carcerário é promovida por um leigo, Dráuzio Varella (*Estação carandiru*), que trabalhou com detentos na Casa de Detenção de São Paulo – o complexo do Carandiru – e narrou a brutalidade que é o funcionamento do presídio, com seu estado-paralelo.

82 THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*, p. 5. Ao que completa, à p. 10, com a seguinte afirmação: “E à pergunta: alguém já conseguiu fazer prisão punitiva ser reformativa? – a experiência penitenciária, de mais de cento e cinquenta anos, responde: Não, em nenhuma época e em nenhum lugar.”

O caminho proposto deve ser o da substituição, gradual e contínua, da pena privativa de liberdade por outros modelos punitivos com características menos criminógenas. A busca deve ser por formas de punição que atendam melhor aos anseios múltiplos que se criam em torno da questão criminal: do condenado que quer dignidade; da sociedade que quer segurança e paz; e da vítima, que quer restituição.

A idéia é entender a pluralidade de expectativas quanto ao crime: por parte do agente, da vítima, da sociedade e do Estado. O entendimento de que o fenômeno da criminalidade gera uma série de compreensões diferentes, pelos variados atores do sistema penal, é fundamental para uma análise crítica do problema.

A postura da sociedade diante da criminalidade deve ser a de tomar posição ativa na discussão do problema e das possíveis soluções, entendendo a perversidade seletiva e estigmatizante do sistema penal. A busca por uma política criminal alternativa deve ser de toda a coletividade, não podendo permanecer apenas na esfera estatal.

Um novo modelo de Justiça Penal tem de ser pensado.⁸³ Talvez o

83 Três seriam os modelos de reação ao crime (GOMES, Luiz Flávio; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Criminologia*, p. 373 e ss.):

- O paradigma dissuasório clássico, com um modelo intimidador. Seria uma imagem retribucionista. Entretanto, a severidade do castigo não se traduz em perfeita intimidação. Outras variáveis tornam o tema complexo. A prevenção é muito mais que simples intimidação. Há neste modelo o enfrentamento simbólico do Estado com o criminoso. Nele, a vítima e sociedade não participam ativamente da questão.

- O paradigma ressocializador tem como objetivo reinserir socialmente o criminoso. Há, pretensamente, uma intervenção positiva no condenado. Do efeito preventivo intimidatório, passa-se para um impacto ressocializador e preventivo no condenado. Assume a natureza social do problema. Entre acertos e críticas ao modelo ressocializador, percebe-se uma crise: quer-se apenas um impor um sentido funcional de adaptação do condenado à sociedade ou quer-se promover verdadeiras mudanças morais nele? Qual é o grau de identificação com os valores apreendidos que se pode exigir do condenado: somente uma atitude externa de adaptação ou o arraigamento desta pauta de valores? Para qual sociedade se reeduca? A atitude ressocializadora é uma utopia no meio carcerário. É impossível organizar retribuição com ressocialização.

- Por fim, o paradigma integrador, que vincula a conciliação e a reparação. A proposta é satisfazer outras expectativas do crime, que iriam além do discurso oficial estatal: da vítima, da sociedade e do condenado. Tal modelo abaixaria o custo social, dada a sua menor estigmatização e por se tratar de uma justiça restaurativa e pacificadora. Trabalha gradualmente uma idéia de desinstitucionalização do problema criminal. Tem a qualidade de levar a comunidade a um papel ativo na solução do problema, em uma postura comunitária. Os Juizados Especiais, no Brasil, mesmo com seus equívocos, é um bom exemplo.

paradigma integrador, de conciliação/reparação, torne-se interessante. Ele pode vir a abaixar o custo social dos efeitos do controle social. Há uma menor estigmatização neste modelo de Justiça restaurativa, que tem um cunho comunitário e pacificador.

O certo é que deve haver uma contração do sistema penal. Reduzir o Direito Penal é um imperativo de racionalidade e de justiça social em um Estado Democrático de Direito. Tal postura deve servir como orientação e limite ao poder punitivo estatal.

Os estudos que defendem a contração do Direito Penal partem de argumentos baseados na ilegitimidade do sistema penal, dos quais também partem os abolicionistas.

Entretanto, será que funcionaria abolir o sistema penal? Mas o que viria para o seu lugar? Possivelmente outra forma de controle social repressora, mas talvez sem algumas garantias que, mesmo sem racionalidade, o Direito Penal ainda pode oferecer.

Melhor, então, é ter um Direito Penal de conformidade com a Constituição Federal: subsidiário, democrático, que se limite minimamente a situações especiais de absoluta necessidade e que seja garantidor das liberdades individuais.

Ocorre que um Direito Penal mínimo não é a solução em si mesmo, mas apenas uma parte pequena da resolução do problema. Para um controle penal racional, o importante é ter um controle social não punitivo anterior, que seja eficiente e que intervenha nas causas do crime/conflito, evitando o processo de marginalização social. Ao sistema penal, como um todo, caberia apenas um papel subsidiário.

Ademais, segundo Zaffaroni, um discurso minimalista, em uma perspectiva iluminista de racionalidade do Direito Penal, nunca se confirmou. Existe um Direito Penal genocida na América Latina, com ilegitimidades e ilegalidades.⁸⁴ A exigência minimalista é um imperativo de legitimidade diverso da lógica racional iluminista.⁸⁵

84 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 40 e ss.

85 ZAFFARONI não pensa em relegitimar o Sistema Penal (tentativa vista por ele como

Diversas seriam as técnicas político-criminais hábeis a promover uma minimalização do Direito Penal: diversificar os procedimentos; desinstitucionalizar o sistema; descriminalizar; ou despenalizar condutas socialmente selecionadas. Da mesma forma, inúmeros são os obstáculos colocados a tal contração, como: fatores sociais em uma sociedade conflituosa e a relutância de determinados grupos sociais, legalidade, profecias auto-realizáveis e indignação moral, imagem salvadora do Judiciário e da lei penal, políticas legislativas populistas e imediatistas, e novas formas de criminalidade, por exemplo, cifra dourada, crimes financeiros, ambientais, econômicos e mídia irresponsável.⁸⁶

Um Direito Penal mínimo e garantista deve ser proposto. Deve haver um garantismo negativo, que forneça limite ao poder punitivo, mas também um garantismo positivo, que assegure condições para a coletividade e cada indivíduo poderem desenvolver suas potencialidades e viver dignamente, com a realização dos direitos sociais.

Em resumo, esses devem ser alguns dos postulados de uma política criminal baseada em uma postura crítica da criminologia, uma política criminal que não se reduza a substitutivos penais ou limitada apenas ao âmbito punitivo do Estado. Antes, deve ser uma política transformista e que almeje mudar a triste realidade social trazida pelo problema da criminalidade. Deve ter posturas críticas quanto ao Direito Penal, relegando-lhe apenas um caráter subsidiário, por ser um controle que tem na sua essência a produção da desigualdade social. A busca deve ser sempre rumo à superação do Direito Penal. Deve, por fim, valorizar políticas sociais que possam trazer cidadania e verdadeiras soluções à questão do desvio social negativo.

impossível), querendo somente torná-lo controlável em sua seletividade. O Direito Penal é a programação das agências judiciais e existe, pois é menos doloroso que outras técnicas de controle social punitivas.

86 É importante trabalhar a opinião pública de forma responsável, mostrando a perversidade do atual modelo de sistema penal que temos. Parcelas da mídia devem deixar de manipular o sistema penal. Deve-se romper com o pânico social. Assim: CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*, p. 85 e ss.

5. Considerações finais

A criminologia crítica rompeu com uma série de paradigmas do estudo criminológico. Houve a desmistificação do paradigma positivista, mas restrições existem a esta criminologia. Algumas formulações, segundo Gomes e Molina, têm déficits empíricos e desmedida carga especulativa, com pretensões generalizadoras sem fundamento. Afirmam, ainda, que há uma explicação apenas setorizada do fenômeno criminal. Terminam considerando que a criminologia crítica coloca o problema em um abstrato âmbito filosófico-político, não suscetível de verificação empírica.⁸⁷

Entretanto, a par de algumas das objeções serem válidas, talvez não seja pretensão da criminologia crítica analisar a totalidade do fenômeno criminal, tarefa que parece ser impossível. A proposta parece ser outra: levar o estudo criminológico a sair de suas premissas fechadas no próprio método e demonstrar que o estudo do fato social crime não pode ser realizado, seja em que matriz teórica for, sem uma contextualização maior e mais completa das estruturas da sociedade.

Os criminólogos devem compreender as forças sociais que moldam os seus estudos. Tal postura não foi tomada pela criminologia tradicional, em virtude das implicações políticas que poderiam advir desta tomada de posição.⁸⁸

A criminologia crítica seria, portanto, uma forma de expressão da consciência crítica, resultante de uma tomada de posição filosófica que almeje o questionamento. Nesta linha, interessa a verificação de Gauer: “A violência dos poderosos recebe uma crítica que se esgota no discurso inócuo. A violência dos fracos, por outro lado, é punida concretamente, [...]. Neste sentido, é fundamental que se pense sobre a violência institucionalizada como característica da sociedade moderna”.⁸⁹

87 GOMES, Luiz Flávio; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Criminologia*, p. 294/295.

88 TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. A criminologia crítica na Inglaterra: retrospecto e perspectivas. In: *Criminologia crítica*, p. 57.

89 GAUER, Ruth M. Chittó. Alguns aspectos da fenomenologia da violência. In: *A fenomenologia da violência*, p. 18.

Pretende-se um estudo comprometido com a abolição das desigualdades sociais, advindas dos conflitos por riqueza e poder. O compromisso é com a transformação da estrutural social, demonstrando a perversidade seletiva do sistema penal.

Quanto mais desigual socialmente for a coletividade, mais necessidade ela terá do Direito Penal. Promover um descomprometimento do sistema penal para com os detentores do poder criminalizador é fundamental. A constatação de Zaffaroni é conclusiva para ilustrar toda a perversidade do discurso penal atual e dominante:

Resta clara a noção de que o sistema penal é extremamente seletivo no combate ao crime. Desde a elaboração de normas proibitivas de condutas até a punição judicial de criminosos, há uma perversa seleção de agentes que irão sofrer a efetivação da sanção penal. O *status quo* que impera no combate à criminalidade é alarmante. No intuito de manter calma a desinformada sociedade, direciona-se a punição a determinadas condutas (com doses altíssimas de publicidade) e cria-se a idéia de que a criminalidade está controlada. Falsa ilusão simbólica, porquanto a mais perversa e destruidora forma de criminalidade, a de cunho econômico, está a proliferar-se, sem que os órgãos estatais previnam e combatam tais formas de delito. A seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder regressivo (*sic*) legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planificadas – é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm ‘espaço legal’ para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem.⁹⁰

90 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas*, p. 27.

Referências

- ALVES, Roque de Brito. *Ciência criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- ANDRADE, Vera Regina P. de. Dogmática e controle penal; em busca da segurança jurídica prometida. In: *Teoria do direito e do estado* (Org. Leonel Severo Rocha). Porto Alegre: Safe, 1994.
- _____. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. Disponível no site www.buscalegis.ccj.ufsc.br
- _____. A construção social dos conflitos agrários como criminalidade. In: *Introdução crítica ao estudo do sistema penal; elementos para a compreensão da atividade repressiva do estado*. (Org. Rogério Dutra dos Santos). Florianópolis: Editora Diploma Legal, 1999, p. 23-56.
- _____. *A ilusão de segurança jurídica; do controle da violência à violência do controle*. Porto Alegre: Editora do Advogado, 1997.
- ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos humanos na ordem mundial*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. 20 ed. Trad. Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 2001.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão; causas e alternativas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CALHAU, Lélío Braga. Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Ministério da Justiça, v. 1, n. 13, p. 61-76, jan/jun. 2000.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Trad. da 2 ed. espanhola: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 20 ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1997.
- FURTER, Pierre. *Educação e reflexão*. 2 ed. revista. Petrópolis: Vozes, 1968.
- GALVÃO, Fernando. *Política Criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 3 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GAUER, Ruth M. Chittó. Alguns aspectos da fenomenologia da violência. In: *A fenomenologia da violência* (Org. Gabriel J. Chittó Gauer e Ruth M. Chittó Gauer). Curitiba: Juruá, 1999, p. 13-36.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 6 ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado*. 2 ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GUSTIN, Miracy B. S. *Das necessidades humanas aos direitos; ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- HUSLMAN, Louk, BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas; o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.
- KARAM, Maria Lúcia. *Dos crimes, penas e fantasias*. 2 ed. Niterói: Luam, 1993.
- LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- MARX, KARL. *O capital*, livro I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971.
- MELOSSI, Dário e PAVARINI, Massimo. *Carcere e fabbrica: alle origini del sistema penitenziario*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1977.
- PEARSON, Geoff. A sociologia do desajuste e a política de socialização. In: *Criminologia Crítica*. (Org. Ian TAYLOR, Paul WALTON e Jock YOUNG).

Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 177-202.

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

POULANTZAS, Nico. *Poder político e classes sociais*. 1 ed. brasileira. Trad. Francisco Silva. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. *Direito penal; introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Eficientização do controle social não penal*. Disponível no site www.direitocriminal.com.br

QUINNEY, Richard. O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal. In: *Criminologia Crítica*. (Org. Ian TAYLOR, Paul WALTON e Jock YOUNG). Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 221-248.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.

ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciência del derecho penal*. Trad. Naranjo Vallejo. Bogotá: Têmis, 1978.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luiz Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. e revisão técnica: Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. A criminologia crítica na Inglaterra: retrospecto e perspectiva. In: *Criminologia Crítica*. (Org. Ian TAYLOR, Paul WALTON e Jock YOUNG). Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 1-72.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VARELLA, Drausio. *Estação carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 3 ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro; parte geral*. 2 ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.