

## 5

# A RECONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

### 5.1

#### NOTAS INTRODUTÓRIAS

Aos três poderes de estado se cobra um quinhão de responsabilidade na reconstrução da legitimidade do direito penal e do sistema penal, o que deve ser promovido a partir dos interesses das classes majoritárias da rede social.

Na atual fase de desenvolvimento da sociedade capitalista, o interesse das classes subalternas é o ponto de vista a partir do qual se coloca uma teoria social comprometida, não na conservação, mas na transformação positiva, ou seja, emancipadora, da realidade social (Baratta, 2002, p. 158).

Ao Poder Executivo incumbe a realização do programa constitucional e de suas políticas sociais, reduzindo o fosso que separa as elites econômicas das classes pobres num país de iniquidades sociais. A Constituição de 1988, em todos os aspectos, especialmente no social, representa um avanço normativo que ainda carece de efetividade prática. A gradual aplicação e efetivação da carta política podem trazer alentos em termos de efetividade de direitos fundamentais, justiça social e dignidade do ser humano, e isso fatalmente representará redução da violência e da criminalidade selecionada, pois suas bases mais sólidas estão na miséria e na devastação social.

Ao Parlamento se exige atenção especial na definição de uma legislação penal atualizada com os valores da justiça social e da dignidade humana, pautada pelo princípio constitucional da intervenção mínima, reservando-se o sistema punitivo para os casos de violações gravíssimas dos direitos fundamentais. A lei penal não pode ser o espelho dos interesses do capitalismo. Não pode mapear uma sociedade hierarquizada sem vínculos sociais horizontais, programada para a produção capitalista em massa e para a defesa dos interesses dos ocupantes do topo da pirâmide social. Ao contrário, a lei penal deve tutelar antes os interesses das maiorias e sempre que possível ampliar os horizontes do sistema penal para a

efetiva solução dos conflitos sociais gerados pelo crime e pelos desvios. Se é sabido que a pena não ressocializa e nem reafirma valores e, ao contrário, apenas estigmatiza e prisioniza, iniciando a espiral da reincidência, é também sabido que o sistema penal, tal como legislado, não soluciona conflitos, mas apenas os decide. A realidade brasileira da legislação penal exclui completamente tanto a sociedade quanto a vítima no processamento e julgamento do fato delituoso. O Judiciário apenas decide o conflito para aplicar a pena, sem maiores considerações sobre os interesses da vítima, da sociedade, e sobre as conseqüências tanto do delito quanto da pena. Apenas decidir de modo hierarquizado e militarizado o conflito gerado pelo delito sem solucioná-lo tem como efeito recrudescer a violência e, mais grave, impedir a formação de vínculos sociais, sobretudo nas classes pobres, os quais poderiam, a médio e longo prazo, reduzir a violência e conferir efetividade a direitos humanos. A ordem jurídico-penal retirou da vítima e da sociedade o direito de punir, atribuindo-o com exclusividade ao estado-juiz, no falacioso pressuposto de que a isenção do poder público fosse justa e adequada para tratar o fato delituoso e aplicar a pena. Se o estado-juiz decide, não promovendo, porém, a solução do conflito, recrudesce, indiretamente, o conflito gerado pelo crime e incentiva a violência<sup>1</sup>. Mais uma vez, merece aplausos a Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, reconhecendo a legítima participação da vítima no processo penal, bem como criando inúmeros mecanismos que visam antes conciliar as partes envolvidas, solucionando o conflito gerado, do que decidir o conflito com uma irracional aplicação de pena. É necessário seguir o bom exemplo e alargar, o quanto possível, esse sistema, criando mecanismos jurídicos para afastar a aplicação hierarquizada da pena, solucionando, de modo efetivo, o conflito social criado pela violência.

---

<sup>1</sup> Zaffaroni (1991) chama a atenção para a necessidade de “substituição direta do sistema penal não por um macronível estatal, mas sim por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas”, propondo ainda “uma nova linguagem que supria as categorias de ‘crime’ e ‘criminalidade’ que, como categorias, são ‘reificadas’ no pensamento ocidental, por escamotear, na realidade, uma variedade imensa de conflitos que, obviamente, não desaparecerão com a supressão do sistema penal. Estes conflitos, no entanto, ao serem redefinidos como ‘situações problemáticas’, podem encontrar soluções efetivas, ou seja, entre as partes envolvidas em um ‘cara a cara’ similar a modelos de solução de conflitos (compensatório, terapêutico, educativo, assistencial, etc) que, diferentes do modelo punitivo, têm a desvantagem de não serem, ao contrário deste modelo – cuja aplicação exclui, automaticamente, os restantes – necessariamente alternativos” (p. 99).

## 5.2

### O PAPEL DO JUDICIÁRIO

Quanto ao quinhão que se cobra do Poder Judiciário na reconstrução da legitimidade do sistema penal, advirta-se que ele tem papel de destaque nessas pretensões.

Relembre-se, inicialmente, que o poder das “agências judiciais” dentro do sistema penal – seja o sistema oficial ou o não oficial – é reduzidíssimo. É a agência menos poderosa do sistema penal. Isso se dá porque a seleção promovida por outras agências do sistema penal ocorre antes da atuação da agência judicial. O Judiciário recebe o “problema” já selecionado pelos interesses da sociedade tardo-capitalista, seja sob o enfoque social – porque são os vulneráveis das classes baixas que irão realizar a conduta típica – seja sob um enfoque institucional – porque o sistema privilegia a seleção daquelas condutas conforme os interesses dos detentores do poder, sendo exemplo comum os crimes contra o patrimônio particular. Assim, o poder da agência judicial somente incide numa etapa posterior à seleção, e terá por consequência a finalização formal do processo primário de produção da criminalidade.

A fim de programar uma ação que reduza a violência da agência judicial, deve-se ter em mente que esta dispõe de um poder de decisão seletiva meramente secundário, que intervém quando a seleção já está feita, que as demais agências procuram reduzir a sua intervenção e, quando não podem evitá-la, adiam-na sempre que possível (Zaffaroni, 1991, p. 232).

A Constituição de 1988 institui uma variada gama de princípios de garantia ao cidadão acusado – legalidade, estado de inocência, devido processo legal, ampla defesa efetiva, contraditório, Defensoria Pública para os necessitados, etc. Na prática, porém, essas garantias muitas vezes carecem de total efetividade, eis que o real funcionamento do sistema penal distorce por completo sua aplicação, deixando multidões sem as garantias formalmente reconhecidas no texto constitucional.

Uma das principais funções do Poder Judiciário, nesse contexto, é o de conferir a máxima efetividade aos princípios de garantia, de modo a proteger o cidadão acusado da prática de um delito, paralisando quanto possível os processos de criminalização. Se esses princípios não são, na realidade prática, respeitados e

aplicados como determina a Constituição, à agência judicial incumbe dar-lhes aplicação tanto quanto possível, dar-lhes a máxima efetividade.

É absurdo pretender que os sistemas penais respeitem o princípio de legalidade, de reserva, de culpabilidade, de humanidade e, sobretudo, de igualdade, quando sabemos que, *estruturalmente*, estão preparados para os violar a todos. *O que se pode pretender – e fazer – é que a agência judicial empregue todos os seus esforços de forma a reduzir cada vez mais, até onde o seu poder permitir, o número e a intensidade dessas violações, operando internamente a nível de contradição com o próprio sistema, a fim de obter, desse modo, uma constante elevação dos níveis reais de realização operativa desses princípios.*

Cada caso que o poder das demais agências submete à agência judicial deve ser decidido conforme a regra de “*mínima violação/máxima realização*” dos princípios garantidores da pena (Zaffaroni, 1991, p. 235).

O sistema penal funciona criando a criminalidade e a violência, pelo processo de criminalização, impondo aos indivíduos vulneráveis das classes subalternas que assumam seu papel estereotipado de delinquentes. O delinquent é, portanto, criado pelo sistema penal, pois “a criminalidade é um status social atribuído a uma pessoa por quem tem o poder de definição” (Baratta, 2002, p. 131), e isso se dá com violência extrema – torturas, abusos dos órgãos policiais, etc. O papel da agência judicial, nesse contexto, é o de *limitador* da violência e dos processos de criminalização engendrados no sistema penal. Vale dizer, o Poder Judiciário, tanto quanto possível, irá *paralisar* o processo de criminalização em curso no sistema penal, para tanto se valendo da variada gama de princípios constitucionais que cunham, no plano formal, um sistema penal garantista.

A Constituição de 1988 avançou muito quando atribuiu, ao menos formalmente, uma grande parcela do poder penal ao Judiciário. Citem-se, como exemplos, as reservas feitas à agência judicial, tais como a exclusividade da violação de sigilo de dados – telefônico, de correspondência, bancário, fiscal, etc – a exclusividade da decretação das malsinadas prisões preventivas, a obrigatoriedade de se comunicar ao juiz a prisão de qualquer pessoa, a exclusividade sobre a decisão de violar a intimidade do domicílio, dentre outras. É evidente que o sistema penal não funciona exatamente como lhe dita a lei, pois as meta-regras que norteiam o exercício do poder geram um sem-número de violações extra-oficiais do próprio sistema a direitos fundamentais, especialmente daqueles integrantes das classes pobres que servem escravocratamente ao sistema capitalista e à ordem jurídica cunhada em seu favor. Contudo, a normatização de

limites num enfoque garantista é um avanço, não só porque prescreve o óbvio, como propicia sua efetivação, se houver vontade para tanto.

À agência judicial incumbe, assim, a função de *limitar* a violência do sistema, e de frear e paralisar os processos de criminalização que são colocados em curso pelo sistema penal e suas agências não judiciais. Os processos de criminalização precisam ser coroados pela agência judicial, vale dizer, é necessária uma sentença para afirmar a culpabilidade do indivíduo.

Vale ressaltar que a limitação dessa violência não se confunde com a abolição do direito penal. Primeiro, porque o direito penal é imposto pela Constituição. O constituinte elegeu o princípio da intervenção mínima como o critério a nortear a legislação penal e sua aplicação. Portanto, não se pode advogar, contra a Constituição, a abolição do direito penal. O que se pretende, por parte do Judiciário, como um plano a favor da reconstrução da legitimidade do direito penal, é a aplicação de um direito penal mínimo, voltado somente, e tão-somente, às violações gravíssimas dos direitos fundamentais, e a aplicação efetiva, num nível máximo, tanto quanto possível, das garantias formalmente previstas na Constituição.

### 5.3

#### **SISTEMA PENAL E CAPITALISMO**

É verdade que “todo sistema de produção tem uma tendência a descobrir (e a utilizar) sistemas punitivos que correspondem às próprias relações de produção” (Rusche G., Kirchheimer H., *Punishment and Social Structure*, 2a. ed., New York, 1968, In: Baratta, 2002, p. 192).

O direito penal constitui um instrumento de controle social, inserido num contexto de ampla desigualdade social. A sociedade tardo-capitalista apresenta um quadro social de subordinação das classes subalternas a elites econômicas e políticas, um contexto social verticalizado e hierarquizado, voltado à manutenção e reprodução das relações sociais de poder.

O capitalismo central parece ser “centrípeto”, acentuando-se cada vez mais, por um lado, a distância tecnológica entre o centro e as regiões marginais e, por outro,

o contraste entre o esbanjamento de nossas classes médias e o endividamento de toda a região e entre a desproteção da produção nacional e a atitude acumulativa originária de capital produtivo central no século passado. Tudo isto demonstra que existem problemas estruturais – e não meramente conjunturais – em nosso desenvolvimento (...) (Zaffaroni, 1991, p. 64).

A seletividade do sistema penal é exemplo vivo da desigualdade do direito penal, produzindo a criminalidade tão-só a partir da incriminação dos membros vulneráveis das camadas pobres da população<sup>2</sup>.

Quanto mais desigual é uma sociedade, mais ela necessita de um sistema de controle social repressivo, instrumentalizado no direito penal. Por essa razão vêm se disseminando, com tanto vigor, as políticas de “lei e ordem”, que selecionam a criminalidade ostensiva que lhes interessa punir, praticada pelos membros vulneráveis das classes subalternas, segundo estereótipos cunhados suavemente e com pretensões de legitimidade em benefício do sistema capitalista. Num círculo virulento, a violência selecionada como desvio para a “defesa social” é o que legitima a existência e o poder do próprio sistema, contribuindo para a sua manutenção, e para a manutenção das relações desiguais engendradas no sistema capitalista selvagem que domina as sociedades contemporâneas.

Numa sociedade verdadeiramente democrática, o desvio há de ser visto de forma positiva, como diversidade, a valorizar a pluralidade de opiniões, comportamentos, modos de ser, viver e fazer. Nas sociedades hodiernas, ao contrário, os desvios são tidos como ameaçadores do sistema, e, por isso, precisam ser controlados, merecendo a tutela do sistema penal.

A classe dominante está interessada na contenção do desvio em limites que não prejudiquem a funcionalidade do sistema econômico-social e os próprios interesses e, por conseqüência, na manutenção da própria hegemonia no processo seletivo e definição e perseguição da criminalidade (Baratta, 2002, p. 197).

A partir da triste constatação da real operacionalidade do sistema punitivo, e com vistas à reconstrução da legitimidade do direito penal, é mister “uma política de grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas” (Baratta, 2002, p. 201).

---

<sup>2</sup> Alessandro Baratta (2002) registra que “O direito penal é um instrumento precípua de produção e de reprodução de relações de desigualdade, de conservação da escala social vertical e das relações de subordinação e de exploração do homem pelo homem” (p. 206). Zaffaroni (1991) decreta que “o sistema penal é um complexo aparelho de deterioração regressiva humana que condiciona falsas identidades e papéis negativos” (p. 143).

É preciso reconstruir o direito penal a partir do ponto de vista das classes subalternas, de modo a tornar o sistema penal um instrumento de transformação positiva da realidade com vistas à justiça social. No entanto, averbe-se que a reconstrução do direito penal depende da reconstrução da própria sociedade, pois ele é um espelho do capitalismo, baseado na violência ilegal e no egoísmo, na segregação social, e na submissão das classes subalternas à exploração e ao servilismo (cf. Baratta, 2002, p. 186).

#### 5.4

### **RECONSTRUÇÃO SOCIAL – DESENVOLVIMENTO / DEMOCRACIA / DIREITOS HUMANOS**

A Constituição de 1988 anuncia a criação de um estado democrático de direito. O estado absoluto evoluiu até o estado social. A Constituição de 1988 vai além, ao engendrar um estado que se insere num nível superior aos que até então se concebiam.

O estado liberal surgido da Revolução Francesa é um estado de direito, o qual, por força do constitucionalismo, encontra no império do direito a limitação de seu poder. O substrato individualista impunha um estado conformado ao direito, com funções restritas à manutenção da paz internacional e ordem interna. Tudo o mais estava tutelado contra a intervenção estatal em favor da autonomia dos indivíduos.

Diante dos problemas surgidos com a questão social, e pressionado pelos movimentos operários, o estado social nasce no século XIX e se constitucionaliza no século XX. As demandas históricas impõem a inclusão dos direitos sociais nas constituições, e a reaproximação do estado à sociedade.

No contexto da Segunda Guerra Mundial, porém, os regimes totalitários nazi-fascistas ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram uma barbárie em nome da lei. Todas as atrocidades foram “legais”, promovidas e executadas em conformidade com o regime jurídico. Isso tanto é verdade que os principais acusados de Nuremberg invocaram em sua defesa o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente.

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, já não mais se aceitava a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal como continente para qualquer conteúdo. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992) averba que

as dimensões éticas do Estado contemporâneo se viram imensamente ampliadas no correr deste século, não só com a definitiva sedimentação da *legalidade*, essencial à realização do Estado de Direito, mas com o viçoso ressurgimento autônomo da *legitimidade*, essencial à realização do Estado Democrático (...) (p.1-2).

A legitimidade é elemento intrínseco ao direito. O legislador encontra vínculos substanciais a partir de valores consagrados no texto constitucional. É nesses valores, portanto, que a ordem jurídica encontrará a fonte de sua legitimidade. No positivismo clássico, a concepção do direito como um sistema unitário e completo de normas concentra a validade sob a ótica puramente sistemático-formal, desconsiderando aspectos de fundamento e validade. O estado democrático de direito, porém, institui um sistema de limites substanciais aos poderes públicos, visando à garantia dos direitos fundamentais.

El postulado del positivismo jurídico clásico es el *principio de legalidad formal* (...) una norma jurídica, cualquiera que sea su contenido, existe y es válida en virtud, únicamente, de las formas de su producción (...).

El consitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. (...) esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fudamentales contenidos en las constituciones (...). En efecto, en un ordenamiento dotado de Constitución rígida, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesarii que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución (Ferrajoli, 2001, pp. 52-53).

A partir da Segunda Guerra Mundial, o eixo até então central de interpretação da ordem jurídica, o *principio da mera legalidade*, é substituído pelo *principio da constitucionalidade*, “que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica” (Bonavides, 2003, p. 398).

O estado democrático de direito é o resultado da miscigenação entre o estado de direito liberal e o estado social. Não é, porém, a simples soma de dois

fatores, pois o resultado supera os componentes básicos isoladamente considerados<sup>3</sup>.

A constituição dá forma à organização política do estado. A constituição democrática impõe a organização do poder em moldes democráticos. O poder deve ser organizado e exercido em termos democráticos, isto é, como uma ordem legitimada pelo povo, derivando o poder político do poder dos cidadãos<sup>4</sup>. O primado do direito ainda permanece, pois o estado democrático de direito ainda mantém a legalidade como instrumento conformador e limitador do poder estatal. Acresce, porém, a necessidade do elemento democrático como forma de legitimar o poder, cujo exercício deve se render aos valores constitucionais e aos direitos fundamentais, que são o coração da constituição e a fonte de legitimação da autoridade. Canotilho ensina que “Só o princípio da soberania popular segundo o qual ‘todo o poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular” (Canotilho, 2003, p. 100). O’Donnell (2000) acrescenta:

Los/as ciudadanos/as no son sólo portadores/as de derechos; son la fuente y justificación de la pretensión de mando y autoridad que el estado y el gobierno articulan cuando toman decisiones colectivamente vinculantes. Ésta es otra característica peculiar de la democracia; todos los otros tipos de autoridad política dicen derivar su derecho a gobernar de algo (derecho divino, autoridad inmemorial, conocimientos privilegiados, etc.) proveniente de “arriba”, no de sus miembros (p. 39).

A democracia não é a meramente representativa, mas a participativa. O estado democrático de direito decorre da conjugação do estado liberal, em que imperavam as liberdades negativas, com o estado social, no qual se demandava a promoção positiva dos direitos de natureza social. A conjugação de ambas as noções ideológicas conduz à afirmação da autonomia privada e pública do indivíduo, ou seja, da sua capacidade plena de se relacionar com outros membros da comunidade, e da sua capacidade plena de se relacionar com o poder e com o

<sup>3</sup> “A democracia aparece, assim, como o ponto de encontro entre o liberalismo e o socialismo contra tanto o liberalismo conservador, quanto às posições ortodoxas do marxismo-leninismo (...). A necessidade de integração do movimento operário, para o primeiro, e a redefinição dos direitos do homem e do Estado Parlamentar de Direito, para o segundo, permitem esse encontro e a síntese do Estado Democrático de Direito” (Sampaio, 2004, p. 232). No mesmo sentido, assevera Eugênio Pacelli de Oliveira (2004) que “é na concepção do Estado Democrático de Direito, situado em posição intermediária entre pretensões *prioritariamente liberais* e pretensões *preferencialmente sociais*, que se reconhece a afirmação da autonomia pública (nas relações com o poder e com o Estado) e privada (relações com os outros) dos membros da comunidade, como sujeitos do seu destino” (p. 12).

<sup>4</sup> Cf. Canotilho, 2003, p. 98.

Estado<sup>5</sup>. Apenas com a afirmação dessa autonomia é possível a implementação de um modelo efetivamente democrático-participativo, porque só assim é possível ao indivíduo efetivamente autodeterminar-se e tornar-se partícipe do e responsável pelo destino próprio, do estado e da sociedade. “Para que se possa pensar em um Estado de Direito, é preciso a referência, como valor fundante, à realização dos direitos fundamentais; para que seja democrático, tanto em sua origem quanto na forma de exercício do poder há de se fazer necessariamente presente a manifestação popular” (Oliveira, 2004, p. 14).

É preciso advertir, porém, que ainda não se implementou, no Brasil, um verdadeiro regime democrático. Não é suficiente a mera implementação de um regime formalmente democrático-representativo. Isso não satisfaz. O fim do regime militar trouxe a ilusão de que se implantaria uma verdadeira democracia no Brasil. No entanto, a história tem demonstrado que as práticas arbitrárias do estado permanecem, ao arremedo da ordem jurídico-formal<sup>6</sup>.

O processo eleitoral é condição indispensável para a efetivação democrática<sup>7</sup>. Eleições *limpas* são condição para o pleno desenvolvimento de uma efetiva democracia baseada na concepção do ser humano como agente. No entanto, a efetiva democracia pressupõe um ser humano autônomo e capaz, não podendo ser mascarada por um sistema representativo em crise.

Un agente es un ser dotado de razón práctica: usa su capacidad cognitiva y motivacional para elegir opciones que son razonables en términos de su situación y sus objetivos, para las cuales, excepto prueba concluyente en contrario, es considerado el mejor juez. Esta capacidad hace del agente un ser moral, en el sentido de que normalmente se sentirá, y será considerado por otros seres relevantes, como responsable por la elección de sus opciones, al menos por las consecuencias directas derivadas de las mismas (O'Donnell, 2000, p. 30).

<sup>5</sup> “É essa autonomia, enquanto capacidade que tem o indivíduo de autodeterminar-se, tanto no plano privado quanto no público (ou do político), que poderá fundamentar um tal modelo de Estado Democrático de Direito” (Oliveira, 2004 p. 13).

<sup>6</sup> Cf. Dornelles, 2003, p. 112.

<sup>7</sup> Aduz O'Donnell (2000) que “un régimen democrático incluye elecciones que son limpias e institucionalizadas, así como también una apuesta universalista institucionalizada e inclusiva” (p. 26). Isso significa, primeiro, como explica O'Donnell, a possibilidade de qualquer cidadão ter acesso às principais posições governamentais, por um processo competitivo, igualitário, livre, decisivo e inclusivo – inclusivo no sentido de se atribuir direitos políticos tais como o voto à grande maioria da população. Significa, ainda, que as idéias e posições dos partidos políticos sejam razoavelmente conhecidas pelos eleitores. E por fim, devem ser as eleições institucionalizadas, ou seja, tratar-se de prática duradoura, que se repetirá indefinidamente de tempos em tempos (cf. O'Donnell, 2000, pp. 22-23).

Parte-se da premissa segundo a qual entre os direitos humanos, o desenvolvimento e a democracia existe uma interconexão intrínseca. A efetiva aplicação dessa tríplice aliança é condição para a implementação de uma concepção moral do ser humano como agente dotado de razão prática, autonomia e responsabilidade, isto é, um sujeito de liberdade cujas capacidades e direitos básicos lhe permitem fazer escolhas e participar das distintas esferas da vida social, política, econômica e cultural, sendo responsável pelas conseqüências das decisões que toma.

Não se trata, portanto, da mera cidadania política, mas de uma

noção ampliada de cidadania democrática em termos de dimensões e escalas constitutivas (simultaneamente individual e social, passiva – como condição legal de proteção de direitos à igualdade e à diferença – e ativa – como prática desejante participativa e deliberativa nas decisões comuns –, cujo exercício abrange espaços locais, nacionais, transnacionais e global), de modo tal que assegure aos cidadãos a condição de membro pleno das comunidades políticas às quais pertencem (Gómez, 2004, pp. 72-73).

Em todo regime democrático há uma presunção de agência, pressupondo-se que o ser humano é dotado dessa qualidade, carregando consigo a condição de pessoa portadora de direitos subjetivos e a capacidade de fazer escolhas livres, sendo por elas responsável. Ocorre que essa autonomia, essa razão prática, essa qualidade moral do ser humano é muito questionável, especialmente em países como o Brasil, pois “quem tem fome não é livre”, e sua opção “é determinada, na realidade das coisas, não pela livre atuação da vontade, mas pelas necessidades mais irracionais, derivadas do instinto de conservação” (Coelho, 2003, p. 538). Os direitos fundamentais são indivisíveis. As “gerações” de direitos, se contribuem para um melhor entendimento histórico sobre o tema, ocultam a impossibilidade de se lhes cindir, sob pena de sua absoluta inefetividade. O’Donnell (2000) adverte que “sin embargo, como muchos han argumentado, esta construcción del agente como portador de derechos subjetivos, al omitir las condiciones reales del ejercicio de tales derechos, ayuda a reproducir relaciones extremadamente desiguales, especialmente entre capitalistas y trabajadores” (p. 31). E continua afirmando que “Los derechos de agencia en la esfera política pueden difícilmente ser realizados si los individuos carecen de derechos sociales básicos” (p. 60).

É de extrema importância a constatação da indivisibilidade dos direitos fundamentais, superando a noção liberal dos direitos humanos como grupos estanques de direitos individuais e políticos ou mesmo a compreensão dos

direitos humanos numa perspectiva neoliberal, onde somados aos direitos individuais e políticos, aparecem os direitos sociais e econômicos, entretanto entendidos a partir da compreensão liberal, recebendo uma leitura que os considera grupos de direitos estanques, portanto numa perspectiva meramente clientelista.

Não é difícil visualizar a indivisibilidade dos direitos fundamentais, bastando, para isto, enumerar os diversos direitos que compõem os grupos de direitos fundamentais mencionados e perceber, do ponto de vista lógico, que não há efetivamente liberdade sem que existam as condições mínimas para o seu exercício, que são os direitos sociais e econômicos, que surgem aí como garantias sócio-econômicas de implementação dos direitos individuais e políticos (Magalhães, 2000, p. 8).

O constitucionalismo surge como movimento de limitação do poder estatal, em benefício das idéias liberais e do sistema capitalista que se apoderou do estado a partir da Revolução Francesa. Num primeiro momento, importava tão-somente garantir aos cidadãos direitos de natureza civil, reservando a participação política a poucos, sob o argumento falacioso de que a maioria da população não era dotada de suficiente capacidade para governar o estado e a sociedade. No entanto, os direitos políticos vão sendo gradualmente atribuídos à população, que passa a exercer papel fundamental no sistema representativo. A democracia representativa é alcançada no momento em que considerável parcela da população goza de direitos políticos, excluídos apenas aqueles que não têm, por motivos biológicos, a capacidade de realizar escolhas – as crianças, por exemplo. Ocorre que a mera democracia representativa tem se afirmado, na verdade, como um mecanismo de reprodução da injustiça social. Se formalmente se ovaciona o regime democrático, a *praxis* governamental evidencia-se arbitrária, autoritária, perpetuando o sistema neoliberalista – como um sucedâneo do liberalismo clássico – de negação de direitos, de afastamento do estado da ordem social refém do sistema capitalista que, por sua vez, promove verdadeira apropriação privada da coisa pública. Os direitos sociais surgem para preencher as lacunas na realização da agência. Ou seja, sem o mínimo indispensável para uma vida digna e um razoável bem-estar social, os indivíduos não são capazes de escolhas livres e responsáveis. “Se o liberalismo fala em liberdade de expressão e consciência, deve toda população ter acesso ao direito social à educação, para formar livremente sua consciência política, filosófica e religiosa e ter meios, ou capacidade de expressar esta consciência” (Magalhães, 2000, p. 31). Os direitos sociais são *conditio sine qua non* para o efetivo exercício dos direitos civis e políticos. O estado social parte do consenso segundo o qual o estado e a sociedade

não podem se omitir diante das gritantes desigualdades sociais que o sistema capitalista provoca. É imperativa a intervenção do estado contra o *status quo*, já que “si los agentes son razonablemente considerados como tales, entonces la sociedad, y especialmente el estado, no deben ser indiferentes, al menos, en casos en los que existe severa privación de capacidades relevantes” (O’Donnell, 2000, p. 34).

O discurso da democracia no Brasil é enganoso. Sob o manto de um regime formalmente democrático, o estado ainda é arbitrário e freqüentemente abusa de seu poder. E é de veras difícil a contestação da ordem estabelecida. Num país composto por uma população esmagadoramente pobre e miserável, o discurso neoliberal, a partir do sistema representativo, fabrica um “pseudo-consenso” para legitimar o sistema também “pseudo-democrático” (democracia formal meramente representativa), enquanto as estruturas de poder e a real organização política imperam sua dominação.

A democracia é com efeito o nódulo da problemática atual do Estado, eis que, desde quando se constituiu a teoria da nação como sede da soberania, não se concebe a legitimidade dissociada da idéia de democracia. E democracia significa governo do povo através de seus representantes, livremente escolhidos mediante o sufrágio universal.

Ocorre que, numa sociedade alienada, os grupos microssociais hegemônicos valem-se dessa idéia para manipular a imagem ideológica de uma representação popular, quando a realidade a revela classista; em consequência, a democracia passa a ser apenas formal, mas legitimada pela aparência de consenso que a reveste (Coelho, 2003, p. 561).

À idéia de democracia meramente formal que esconde um sistema neoliberal autoritário corresponde um processo político de naturalização ou normalização das relações sociais existentes, buscando a aceitação, a internalização e a legitimação, na maioria das vezes irrefletida, da ordem estabelecida<sup>8</sup>. Os diversos mecanismos de controle social, públicos e privados, contêm os riscos à ordem estabelecida e reproduzem o *status quo*. De um lado, estão os que se alinham à nova ordem, e de outro, os desviados, rebeldes e delinquentes que serão objeto do controle social. A ordem social, segundo este

<sup>8</sup> Nesse contexto, há uma supervalorização dos direitos civis em detrimento dos demais direitos fundamentais, o que “aprisiona os direitos civis em uma abordagem individualista que anula sua natureza social e política, ignorando que os indivíduos não são átomos que nascem já prontos fora das interações sociais, das relações de poder e das pautas de organização política da vida social, isto é, das condições de possibilidade da constituição da agência humana e do exercício dos direitos e das liberdades positivas que lhe são inerentes” (Gómez, 2004, p. 74).

paradigma neoconservador, “se naturaliza, de acordo com as necessidades impostas pela nova forma de acumulação de capital, reproduzindo relações sociais compatíveis e funcionais com o novo modelo. É justamente aqui que os novos mecanismos de controle social são formulados e passam a ser aplicados” (Dornelles, 2003, p. 20).

Há, assim, uma inegável relação entre desenvolvimento, democracia e direitos humanos, como partes componentes de um todo inseparável e indivisível, fundada na concepção do ser humano como agente moral dotado de razão prática que lhe permita a capacidade de escolha e de responsabilidades. O sistema neoliberal tende a reduzir o desenvolvimento ao mero crescimento econômico; a democracia a um mero sistema formal-representativo realizado através de eleições periódicas; e os direitos humanos a meros direitos civis<sup>9</sup>. Essa concepção é trágica, à medida que sua implementação não resulta na constituição de um verdadeiro sistema democrático de proteção integral dos direitos fundamentais. Ao contrário, as democracias são pouco democráticas e a cidadania é truncada, porque não se traduzem na formação de um cidadão agente, enfim, não se traduzem em cidadania civil, social e cultural.

Os direitos fundamentais não se resumem aos direitos civis, mas incluem os políticos e sociais, como condição imprescindível para a reta formação do ser humano e realização de sua personalidade. O desenvolvimento não se traduz apenas em crescimento econômico, mas em desenvolvimento social inclusivo que possibilite a repartição razoável da riqueza produzida, permitindo a todos participar dos frutos que toda a sociedade em conjunto produz e colhe. A democracia envolve a necessidade de real participação do cidadão nos rumos tomados pelo governo e pela sociedade. Esse tripé se complementa e seus componentes são incidíveis, porquanto se pressupõem como condições mútuas para sua realização. Sem efetivação de direitos sociais não há direitos civis e políticos. Sem democracia não há efetivação de direitos fundamentais. Sem

---

<sup>9</sup> “Os entendimentos restritivos dos direitos humanos (como direitos civis universais), do desenvolvimento (como crescimento identificado ao modelo econômico neoliberal) e da democracia (como mecanismo procedimental-eleitoral referido à forma de governo dos Estados) alcançaram uma notável difusão nas últimas décadas, porque respondiam às estratégias de construção hegemônica da ordem global pelo bloco de poder imperial, do qual fazem parte poderosas forças sociais, instituições e idéias” (Gómez, 2004, p. 78).

desenvolvimento não há democracia. A reconstrução social deve partir, necessariamente, desse enfoque.

## 5.5

### O DIREITO PENAL LEGÍTIMO

Seguindo-se à reconstrução social, para a reconstrução do direito penal, é relevantíssimo que se ponha em prática o direito penal mínimo, que se voltará exclusivamente à punição das graves violações aos direitos fundamentais. É mister reconhecer que o direito penal vem sendo utilizado contra as classes subalternas com grande desproporcionalidade, para punir não as graves violações dos direitos fundamentais, mas comportamentos tidos como desviantes, selecionados como delituosos, os quais espelham mais as contradições internas do sistema capitalista e de suas relações de produção e poder do que violação deliberada de direitos. Preleccionando sobre os crimes contra a propriedade particular, Alessandro Baratta (2002) assevera:

Estes delitos constituem reações individuais e não políticas às contradições típicas do sistema de distribuição da riqueza e das gratificações sociais próprias da sociedade capitalista: é natural que as classes mais desfavorecidas deste sistema de distribuição estejam particularmente mais expostas a esta forma de desvio (p. 198).

O direito penal deverá ser utilizado apenas e tão-só como instrumento de punição das graves violações dos direitos fundamentais e como mecanismo de *superação das condições próprias do sistema sócio-econômico capitalista*, e entre os comportamentos criminosos, devem estar aqueles que representam verdadeira *danosidade social*, como os crimes do colarinho branco, os crimes ambientais e econômicos, contra as relações de consumo ou contra a concorrência, etc., não bastando apenas a sua tipificação legal, mas a sua efetiva persecução criminal e punição<sup>10</sup>.

O cárcere, se não há de ser abolido, representará a exceção extrema para a criminalidade, qualquer que seja ela. Com efeito, se “os institutos de detenção

---

<sup>10</sup> “Até agora, em relação aos crimes de poluição, *white collar* e crimes econômicos – crimes de poder – existe uma inoperância geral de nossos sistemas penais que, nos poucos casos em que atua, é instrumentalizado como meio de eliminação competitiva, deixando vulneráveis os menos poderosos” (Zaffaroni, 1991, p. 108).

produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa” (Baratta, 2002, p. 183), o seu uso recorrente é uma contradição lógica invencível, irracional e perniciosa à sociedade, pois não só prisioniza, corrompe, avilta, violenta, produz mais violência e criminalidade, como também contribui para a manutenção de relações sociais desiguais, valendo lembrar que *a verdadeira reeducação é a que substitui uma reação individual e egoísta em consciência e ação política em prol da transformação da realidade social*. De qualquer modo, nos casos em que se imponha como medida extrema, faz-se necessária a integração da penitenciária com a sociedade, para propiciar a reinserção do condenado e uma valorização e reconstrução de vínculos sociais, especialmente nas classes mais pobres.

Novos modelos para tratar o conflito social deverão ser pensados, como sucedâneos das medidas detentivas, sobretudo com vistas à efetiva solução do conflito, e não só à sua decisão por um Judiciário afastado da realidade social, aliviando “a pressão negativa do sistema punitivo sobre as classes subalternas, e os efeitos negativos desta pressão para o destino dos indivíduos e para a unidade da classe operária, que o sistema penal concorre para separar, drasticamente, de suas camadas marginais” (Baratta, 2002, p. 202).

Reforma drástica do direito penal e processual penal, das instituições policiais e judiciais, aumento da participação da vítima no processo<sup>11</sup>, penas alternativas à prisão, alargamento do uso das suspensões do processo e da pena, das liberdades condicionais e dos instrumentos de execução de pena que ponham o condenado em contato com a sociedade, são medidas que democratizam o direito penal e o tornam melhor.

O papel das universidades deve ser repensado, porque o ensino, especialmente o jurídico, é conservador e reacionário, à medida que se leciona um direito penal ultrapassado, formando juristas acrílicos que, mais tarde, como advogados, delegados, agentes policiais, promotores, juízes, irão desempenhar importante e negativo papel de sustentação e reprodução da ideologia neoliberal e das teorias carcomidas que se prestam a conservar o modelo vertical de sociedade

---

<sup>11</sup> Zaffaroni (1991) assevera que “não é esclarecida a razão de se privilegiar a retribuição em vez da reparação do prejuízo material e moral causado, que seria uma maneira mais efetiva de resolver o conflito gerado pela violação do direito, particularmente por levar em conta os interesses da pessoa diretamente atingida” (p. 82).

capitalista. Basta lembrar que ainda se ensina, nas faculdades de direito, o direito penal formal e acrítico dos códigos e suas ideologias ultrapassadas, tais como as teorias retributivas ou preventivas da pena, como se isso espelhasse a real operacionalidade e função da pena.

É preciso ainda pensar em mecanismos de controle dos meios de comunicação de massa, que são instrumento indispensável para o exercício do poder do sistema penal, tanto na introjeção de uma ordem capitalista verticalizante, hierarquizada e disciplinada, e também porque eles são os grandes vetores da ilusão criada no entorno do sistema penal, legitimando o exercício de seu poder.

Os meios de comunicação social de massa – especialmente a televisão – são hoje elementos indispensáveis para o exercício de poder de todo o sistema penal.

Sem os meios de comunicação de massa, a experiência direta da realidade social permitira que a população se desse conta da falácia dos discursos justificadores; não seria, assim, possível induzir os medos no sentido desejado, nem reproduzir os fatos conflitivos interessantes de serem reproduzidos em cada conjuntura, ou seja, no momento em que são favoráveis ao poder das agências do sistema penal (Zaffaroni, 1991, pp. 127-128).

Os programas de jornalismo policial não só inventam a realidade, como também selecionam para a cobertura apenas a criminalidade de rua, dirigida contra a pessoa e o patrimônio, criando o estereótipo do delinqüente. Os seriados, assistidos por adultos e crianças, desprezam a vida humana e as garantias individuais, incentivam a violência e introjetam no ser humano, a partir da criação de uma indignação moral coletiva, a legitimidade de um sistema penal de supressão do “mal”. Tudo isso contribui para legitimar os movimentos de “lei e ordem”, pois as pessoas são programadas psicologicamente para aceitar um sistema penal neoliberal voltado para o combate à criminalidade selecionada.

Pensar em mecanismos de controle dos meios de comunicação em massa não pode se confundir com censura. Aqueles interessados na liberdade irresponsável da imprensa, sem compromisso social com a justiça social e a dignidade humana, vêm usando os próprios meios de comunicação de massa para combater qualquer pretensão de formas de controle da mídia, desafiando especialmente mecanismos que possam levá-la a cumprir seu relevante papel social definido no art. 220 e ss. da Constituição Federal.

No entanto, urge que se instituem razoáveis mecanismos de controle da comunicação social de massa, que não podem ser confundidos com censura, a fim de que o sistema penal seja reconstruído em sua legitimidade e se preste, verdadeiramente, à função de tutela efetiva de direitos fundamentais.

### 5.5.1

#### O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

A Constituição de 1988 impõe o direito penal, ao mesmo tempo em que tutela o acusado e condenado contra o arbítrio estatal. Assim, o sistema penal e os direitos fundamentais estão invariavelmente relacionados. O direito penal é um mecanismo voltado à proteção de direitos fundamentais, pois à violação deles deve corresponder a imposição de uma sanção penal. Vale dizer, à noção de que aos direitos fundamentais é imperioso conferir proteção jurídica, corresponde a tutela conferida a eles pelo direito penal<sup>12</sup>. Com efeito, os tipos penais visam sempre à tutela dos bens jurídicos mais relevantes em determinada comunidade, e sua função é a incriminação e cominação de sanção penal às condutas que, de alguma forma, lesam citados direitos. Os crimes contra a honra tutelam a honra, a vida privada, a intimidade do ser humano. Os crimes patrimoniais tutelam a propriedade e o patrimônio do indivíduo. Os crimes contra a pessoa protegem a vida e a integridade física. Trata-se, a toda evidência, de tipos que tutelam direitos fundamentais – honra, propriedade, vida, integridade, etc. Há, assim, uma imposição constitucional ao legislador, para a criação de um direito penal que proteja aqueles bens jurídicos relevantíssimos porque fundamentais, e isso se dá pela tipificação legal de condutas e pela imposição de penas em face da violação de direitos. No entanto, é também na constituição que radicam os direitos e garantias do acusado e do condenado contra o arbítrio do poder público, limitando o alcance do sistema punitivo do estado. Uma dessas garantias é a da intervenção mínima.

A eleição de condutas e penas pelo legislador deve se pautar pelo critério da *intervenção mínima*, postulado que tem assento na Constituição de 1988. O

---

<sup>12</sup> Cf. Dotti, 1998, p. 154.

direito penal da Constituição é o direito penal mínimo, baseado em uma intervenção criminal residual, para proteção tão-somente dos bens jurídicos mais relevantes inseridos no corpo da Constituição. Se bem que implícito, o referido princípio é extraído do sistema constitucional. Ao estado incumbe a solução e pacificação da conflituosidade social a partir de políticas democráticas de proteção integral dos direitos humanos e de desenvolvimento social inclusivo. Não se trata apenas de criminalizar condutas e puni-las, como forma de proteção contra a criminalidade em favor da segurança pública. A solução envolve necessariamente políticas de desenvolvimento social, a fim de combater a desigualdade, a iniquidade social, que são a causa da *violência estrutural*. *O controle social promovido pelo sistema penal deve levar em conta seu caráter subsidiário como reação às violações gravíssimas dos direitos fundamentais.*<sup>13</sup>

O direito penal da Constituição se expressa através do direito penal mínimo, ou seja, através do espaço residual que se reserva para a intervenção punitiva dentro dos limites impostos pelos dispositivos constitucionais nos marcos de uma política integral de proteção dos direitos humanos. É uma intervenção residual só tem sentido quando inevitável como reação às violações gravíssimas dos direitos fundamentais (Dornelles, 2003, p. 52).

A modernidade e o constitucionalismo cunharam o estado moderno com o fim de regular a conflituosidade social. O monopólio legítimo do uso da força pelo estado visa à contenção da violência e mediação dos conflitos sociais. Esse ideal está ainda mais presente na contemporaneidade do estado democrático de direito, que existe para a tutela e promoção dos direitos fundamentais prescritos na constituição.

O conceito de Estado tem, além dos seus três elementos constitutivos – povo (ou nação), território e governo (com soberania) – levar em consideração também a confrontação entre governantes e governados, a limitação relativa, maior ou menor, dos poderes dos governantes, e a outorga de direitos aos governados (Almeida: 1996, p. 18).

<sup>13</sup> Paulo de Souza Queiroz adverte que o princípio da intervenção mínima é apenas um dos instrumentos para o combate à criminalidade, aliado à necessária implementação de direitos sob uma perspectiva da justiça social: “Naturalmente, porém, que o direito penal mínimo, que é o mesmo que se dizer, direito penal da Constituição ou conforme a Constituição, não é em si uma solução, mas parte da solução, pois o decisivo para o controle racional da criminalidade, a par da eficientização do controle social não-penal (em especial, eficientização do controle administrativo), é privilegiar intervenções estruturais (etiológica) – e não simplesmente individualizadas e localizadas (sintomatológica) – sobretudo com vistas a melhorar as condições de vida das populações marginalizadas, por meio de políticas sociais de integração social do homem. Um direito penal mínimo não é só, portanto, um programa de um direito penal mais justo e mais eficaz; é também, e, sobretudo, parte de um grande programa de justiça social e pacificação de conflitos” (Queiroz, 2001, pp. 118-119).

Os direitos fundamentais são o coração das constituições. A organização do estado é mero instrumento para a consecução de um fim maior, a implementação dos direitos previstos na Carta Política e a constituição de um indivíduo autônomo, tanto do ponto de vista privado quanto público. Os conflitos sociais, inevitáveis, nomeadamente em sociedades tão complexas e desiguais quanto a brasileira, devem ser solucionados com a mediação do estado e sob a ótica da garantia integral dos direitos fundamentais, e isso envolve todas as gerações de direitos fundamentais, em especial a segunda, dos direitos sociais em sentido amplo, ainda sem implementação na realidade pátria.

Diante da intervenção mínima imposta pela Constituição, é vedada ao estado a criminalização do conflito social. O sistema penal é imposto pela Constituição como instrumento de tutela de direitos fundamentais, mas apenas contra graves violações desses direitos. A criminalização de condutas tem limite numa intervenção penal que leve em conta a sua absoluta necessidade, ponderando os valores dos bens jurídicos lesados e da dignidade do ser humano, sob a ótica da proteção total dos direitos fundamentais tanto dos membros da sociedade que é lesada com o delito, quanto do indivíduo para o qual se cominará a sanção penal. “O princípio da intervenção mínima, também conhecido como “ultima ratio”, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinados bens jurídicos” (Bitencourt: 2003, p. 11).

O princípio da intervenção mínima, portanto, orienta em dois sentidos a legislação penal. Impõe ao legislador, por um lado, comedimento na escolha das condutas e bens jurídicos merecedores da tutela penal. Porém, também lhe prescreve a retirada da proteção penal daqueles bens que, se no passado gozavam de suficiente relevância para invocar a tutela criminal, na atualidade perdem importância ou podem ser adequadamente tutelados por instrumentos extrapenais de solução de conflitos. Impõe-se também a constante revisão da legislação penal, a fim de que aqueles bens que ainda mereçam proteção penal sejam tutelados por penas mais condizentes com a realidade social. Isso invoca a necessidade de ampliação de penas substitutivas, dos instrumentos da justiça consensual, ou mesmo a redução de penas desproporcionalmente elevadas estabelecidas pela lei penal em vigor – é o caso do latrocínio, cuja pena cominada varia de vinte a trinta

anos de reclusão, pelo fato de que, além de um homicídio, há lesão ao patrimônio particular.

### 5.5.2

## O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade remonta ao Iluminismo, e tem assento privilegiado na clássica obra do Marquês de Beccaria, *Dos Delitos e Das Penas*, símbolo da luta pela humanização do sistema penal. A pena deve ser moderada e proporcional ao delito e ao dano causado à sociedade. *Não se matam passarinhos com canhões*.

Definindo o princípio da proporcionalidade, Paulo Bonavides (2003) preleciona que “o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo” (p. 393), havendo violação do princípio “toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fins é particularmente evidente” (idem, *ibidem*).

O princípio da proporcionalidade é desenvolvido a partir dos direitos fundamentais, a favor da liberdade como um freio contra o arbítrio, limitando o poder estatal. Sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial, o eixo central de interpretação da ordem jurídica, o princípio da mera legalidade, é substituído pelo princípio da constitucionalidade, “que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica” (Bonavides, 2003, p. 398).

Além disso, o princípio da proporcionalidade tem estatura constitucional, não especificamente voltado ao sistema penal, mas preceptivo em relação a todo e qualquer ato de exercício do poder estatal, como um autêntico princípio geral do direito<sup>14</sup>. E conquanto não se faça expreso no texto constitucional, está implícito e é extraído de uma série de outros princípios e normas, tais como o princípio da igualdade.

---

<sup>14</sup> Cf. Bonavides: 2003, p. 401.

Ademais, faz-se presente em diversas passagens constitucionais específicas – incisos V<sup>15</sup>, X<sup>16</sup> e XXV<sup>17</sup> do art. 5º, incisos IV<sup>18</sup>, V<sup>19</sup> e XXI<sup>20</sup> do art. 7º, par. 3º<sup>21</sup> do art. 36, inciso IX<sup>22</sup> do art. 37, par. 4º<sup>23</sup> do art. 40, inciso VIII<sup>24</sup> do art. 71, par. único do art. 84<sup>25</sup>, incisos II<sup>26</sup> e IX<sup>27</sup> do art. 129, *caput* do art. 170<sup>28</sup>, *caput* e pars. 3º, 4º e 5º do art. 173<sup>29</sup>, par. 1º do art. 174<sup>30</sup>, par. 1º do art. 149, *caput* do par. 1º do art. 45, fluindo, sobretudo, do

<sup>15</sup> “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

<sup>16</sup> “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

<sup>17</sup> “XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

<sup>18</sup> “IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

<sup>19</sup> “V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho”.

<sup>20</sup> “XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”.

<sup>21</sup> “§ 3º - Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade”.

<sup>22</sup> “IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

<sup>23</sup> “§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I portadores de deficiência; II que exerçam atividades de risco; III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”.

<sup>24</sup> “VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”.

<sup>25</sup> “Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações”.

<sup>26</sup> “II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”.

<sup>27</sup> “IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

<sup>28</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”.

<sup>29</sup> “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”

espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o par. 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado e Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição (Bonavides: 2003 p. 434-436).

Fernando Barcellos de Almeida (1996) assevera:

O princípio da proporcionalidade não está implícito na Constituição brasileira nem em outros textos constitucionais, porque ele é uma garantia fundamental, um direito que protege a liberdade, um princípio geral de direito (...).

É no Direito Constitucional e na sua declaração de direitos que o princípio da proporcionalidade melhor se manifesta, assumindo o prestígio de grande protetor das liberdades e de grande inimigo do arbítrio (pp. 39-40).

No âmbito penal, o princípio da proporcionalidade deita raízes em uma das matrizes dos direitos humanos, a das garantias processuais, além de ter se frutificado a partir da influência canônica no sistema penitenciário e no processo de humanização da pena. A história da humanidade é marcada pela arbitrariedade do Estado, pela insegurança na indeterminação de penas e por sua aplicação de forma cruel, degradante, desproporcional e desumana. Os sistemas de direitos humanos se afirmam na necessidade de humanização e racionalização da pena e com a instituição de instrumentos de ordem processual que tutelem tais direitos e necessidades, a exemplo da Magna Carta de 1215.

O período humanitário radicado nas correntes iluministas atacando, dentre outras arbitrariedades, a desproporcionalidade e a crueldade das penas, representa um avanço do sistema criminal paralelo à evolução dos direitos humanos. O marquês de Beccaria, em *Dos Delitos e Das Penas*, já defendia a “aplicação de penas certas, moderadas e proporcionais ao dano causado à sociedade. Opunha-se, assim, Beccaria à justiça medieval que ainda vigorava em seu tempo, bem como ao direito comum, romano-canônico da época que aqui se encerra” (Fragoso, 1993, p. 40).

A pena é necessária, como elemento de prevenção do delito, não podendo, porém, provocar ao delinqüente um mal que exceda o dano produzido pelo delito.

O princípio da proporcionalidade encontra fundamento, ainda, no princípio da individualização da pena, que se encontra expressamente previsto no texto

---

<sup>30</sup> “§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”.

constitucional, exigindo do poder punitivo estatal a justa retribuição penal pelo delito cometido, observando-se com razoabilidade a adequação de meios a fins.

O princípio da proporcionalidade, portanto, tem historicamente papel de destaque na proteção da dignidade humana, representando avanço inestimável na humanização da pena. Hoje inegavelmente presente no ordenamento constitucional brasileiro, exige do legislador<sup>31</sup> respeito à proporcionalidade na criação de leis penais, devendo avaliar com cuidado, e sob a inspiração do princípio da intervenção mínima, aqueles bens jurídicos que merecem a tutela penal e, a partir daí, estatuir penas proporcionais à conduta tipificada e ao dano causado pelo delito.

A supremacia constitucional impõe o respeito à constituição pela legislação infraconstitucional. Se a proporcionalidade tem assento na constituição, é perfeitamente possível a declaração de inconstitucionalidade de leis penais desproporcionais. Desde já se ressalta, porém, a grande dificuldade de pronta e completa observância da proporcionalidade.

Sabemos que o raciocínio da proporcionalidade não é dos mais fáceis, pois que não podemos mensurar, exatamente, quanto vale a vida, a integridade física, a honra, a liberdade sexual, etc. Contudo, faz-se mister que tal proteção ocorra mediante uma pena entendida como a mais proporcional possível, considerando-se o bem atingido pelo delito (Greco, 2005, p. 111).

A quantidade exagerada de tipos penais e de leis dificulta sobremaneira a observância da proporcionalidade. E há a necessidade de muita cautela na interferência do Judiciário no Legislativo, através do controle de constitucionalidade, sob o pretexto de conferir eficácia ao princípio da proporcionalidade. Isso poderá implicar a substituição da proporcionalidade do legislador pela do juiz, em inaceitável desrespeito à separação de poderes. A indeterminação do termo *proporcionalidade* pode conduzir a situações inadmissíveis de controle jurisdicional da atividade legislativa, um prenúncio do Judiciário intervindo indevidamente na atividade legislativa, supostamente através do direito, para que o exercício do poder do legislador se concretize à moda da proporcionalidade judicial, afetando sobremaneira a separação dos poderes. Advirta-se, porém, que o direito sempre se serviu, em grande medida, de

---

<sup>31</sup> O princípio da proporcionalidade também se aplica ao juiz. No entanto, a aplicação do princípio é bem mais problemática quando dirigida ao legislador, ou seja, na criação da lei penal. Para o juiz, existem, na legislação penal, vários critérios de fixação de pena pré-definidos que facilitam o seu trabalho, minimizando o problema da proporcionalidade.

expressões imprecisas, a fim de regular a vida em sociedade, diante da impossibilidade de o legislador prever antecipadamente todos os possíveis conflitos de interesse que podem surgir desses relacionamentos humanos, especialmente em sociedades complexas como as contemporâneas. Nesse contexto se insere, por exemplo, o papel dos princípios, que se prestam a submeter a mera legalidade aos valores inseridos nas normas constitucionais, o que se traduz no caráter acentuadamente axiológico do direito. Nessa ordem de idéias, os princípios desempenham papel fundamental no entendimento, interpretação e aplicação do direito, nomeadamente para a sua evolução adaptando-se aos novos fatos e valores. Ante sua generalidade e abstração, os princípios cumprem a função de atualização constante da ordem jurídica, à medida que sua maior abertura permite sua interpretação e aplicação concreta levando em consideração os fatos e valores vigentes na ordem social.

A elaboração de determinadas normas constitucionais deve se ancorar em uma idéia ou em um sistema mais aberto e de maior densidade abstrata, de modo a permitir a renovação e permanente atualização de seu conteúdo (...). Por isso, tais normas, os denominados *princípios*, ocupam e devem ocupar uma posição de destaque na constituição do Direito positivo (Oliveira, 2004, p. 156).

Haverá, assim, sempre uma certa dose de indeterminação, e, por conseguinte, de subjetividade na formulação de conteúdos que evidenciem o real significado e alcance de vários institutos jurídicos, dentre eles, o princípio da proporcionalidade. Esse fenômeno é inerente ao direito, com impossibilidade de eleição de critérios absolutamente objetivos e seguros de interpretação. É um mal necessário.

Não ignoramos que expressões de sentido impreciso existem em larga escala no Direito. Do mesmo modo, conceitos juridicamente indeterminados. (...)

É óbvio que nunca teremos uma fórmula mágica adequada para evitar totalmente uma certa dose de indeterminação em relação à identificação de critérios absolutamente seguros na questão. Trata-se, evidentemente, de postular pela aplicação do princípio da razoabilidade, informado pelos padrões médios do sistema social. O saudável confronto judicial, a revisão das teses em primeiro, segundo e 'terceiro grau', poderá minorar o problema, propiciando o contraditório amplo e o devido processo legal, hoje garantia constitucional explícita (Figueiredo, 1999, p. 37).

Diante da indeterminação relativa do termo proporcionalidade, há a necessidade de muita sensibilidade, equilíbrio e respeito por parte de magistrados no controle que lhes é atribuído pela Constituição. O princípio da proporcionalidade pode ser mal usado se aniquila a discricionariedade do

legislador na escolha de bens e penas do direito penal, inclusive com repercussões graves na implementação dos direitos fundamentais ou, bem usado se contribui para o aperfeiçoamento da função legislativa e de suas práticas e para a implementação de um efetivo estado democrático de direito.

É possível, portanto, o controle de constitucionalidade da legislação penal, na perspectiva da proporcionalidade, pois o contrário autorizaria o arbítrio do legislador ferindo de morte a legalidade substancial constitucionalmente definida. Esse entendimento é irretocável, à luz do acesso à Justiça na defesa dos arbítrios que viciam a história brasileira há séculos, fundado no art. 5º, XXXV<sup>32</sup>, da Constituição. Não há, na ordem jurídica brasileira, possibilidade de afastar esse controle, de modo que a tarefa do jurista passa a ser não mais a de negar a possibilidade, mas a de desenhar-lhe os contornos. Impõe-se, assim, limitação a esse controle em respeito à separação de poderes e à atividade legislativa razoavelmente discricionária.

Parecem pertinentes e recomendáveis, *mutatis mutandi*, as lições da doutrina administrativista acerca do controle judicial da discricionariedade administrativa. O termo *proporcionalidade* é impreciso, conduzindo a uma noção um tanto vaga de adequação entre meios e fins, necessitando ser densificado pelo intérprete, tarefa que é realizada no caso concreto. Isso jamais pode retirar do legislador a margem de liberdade de que ele goza para o exercício de seus misteres, mas a ele incumbe exercer essas prerrogativas de forma equilibrada. Na avaliação do que seja proporcional ou desproporcional na criação da lei penal, há certas situações em que pessoas sensatas, equilibradas e normais concluirão, com certeza positiva, que a proporcionalidade permeou o ato legislativo; em outras situações, haveria, para as mesmas pessoas, certeza negativa, no sentido de que a proporcionalidade não acompanhou a criação de tipos penais e imposição de sanções; e, enfim, em outras hipóteses, para essas mesmas pessoas sensatas, equilibradas e normais, haveria dúvida de que proporcionalidade esteja ou não presente. O efetivo controle jurisdicional somente caberá no caso negativo extremo, quando, para além de qualquer dúvida ou entredúvida, a proporcionalidade não acompanhou a prática do ato. Se o homem sensato, equilibrado e normal está a afirmar que, naquele caso concreto, a

---

<sup>32</sup> “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

desproporcionalidade extrema está presente, a conclusão óbvia é a de que o legislador subjugou o princípio constitucional para produzir uma lei penal em confronto com a Constituição. Na zona de certeza positiva, em que a proporcionalidade se evidencia, não cabe o controle jurisdicional. Da mesma forma, nas zonas cinzentas, de dúvida, onde se abre o espaço para os juízos subjetivos, por se tratar de uma situação duvidosa, não é lícito que a subjetividade do juiz substitua a do legislador, sendo defesa a invasão judicial na atividade legislativa. Esse critério, bastante convincente, é referido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>33</sup>. Celso Antônio Bandeira de Mello (2002) também se refere ao mesmo critério:

Assim como a dúvida pode se instaurar procedentemente, em inúmeras situações – quando, então, haverá espaço para um juízo subjetivo pessoal, do administrador –, em inúmeras outras, pelo contrário, não caberá dúvida alguma sobre o descabimento ou então sobre o cabimento da qualificação. Ou seja: será óbvio que dada infração não é “grave”, que não houve ofensa à “moralidade”, que inexistente “urgência”, que inócorre “tumulto”, ou, opostamente, estarão evidentes a gravidade, a moralidade, a urgência, o tumulto, etc. Aí, então, não haverá discricionariedade alguma para o administrador. Em suma: a aplicabilidade dos conceitos vagos só proporcionará discricionariedade nas situações marginais.

É que mesmo estes conceitos chamados “fluidos” possuem um núcleo significativo certo e um halo circundante, uma auréola marginal, vaga ou imprecisa. Daí resulta que haverá sempre uma *zona de certeza positiva*, na qual ninguém duvidará do cabimento da aplicação do conceito, uma zona circundante, onde justamente proliferarão incertezas que não podem ser eliminadas objetivamente, e, finalmente, uma *zona de certeza negativa*, onde será indisputavelmente seguro que descabe a aplicação do conceito (p. 385).

A análise da legislação penal brasileira revela uma infinidade de situações *gritantes e extremas* de desproporcionalidade, as quais são passíveis de controle jurisdicional. O caso mais espetacular é o dos crimes contra o patrimônio particular.

Definidos no Título II da Parte Especial do Código Penal, os crimes contra o patrimônio tipificam condutas que lesam o patrimônio privado, cominando penas à sua violação. É adequada a incriminação de tais atos, afinal, a propriedade é um direito fundamental de grande relevo, e o direito penal se presta à proteção dos bens jurídicos mais importantes. O que se questiona, contudo, são as exageradas penas cominadas aos delitos contra o patrimônio particular.

---

<sup>33</sup> Cf. Moreira Neto: 2001.

É razoável supor que exista, ao menos do ponto de vista moral, certa hierarquia entre bens jurídicos. A vida prevalece sobre a integridade física e sobre a honra. A honra e a integridade física prevalecem sobre o patrimônio particular. Aliás, é o próprio ordenamento jurídico, interpretado sistematicamente, que fornece elementos para uma hierarquização de bens jurídicos. É princípio geral do direito privado que o patrimônio particular é, via de regra, disponível. Já a honra, ou a vida, ou a integridade física, envolvem direitos da personalidade, indisponíveis, inalienáveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis<sup>34</sup>. O direito penal, porém, não segue essa hierarquia, valorizando extrema e injustificadamente o patrimônio particular, em comparação com outros bens jurídicos, o que, nesse aspecto específico, conduz à evidente e flagrante desproporcionalidade da legislação penal.

A pena cominada ao crime de furto simples (*caput* do art. 155 do Código Penal<sup>35</sup>) ou de apropriação indébita (*caput* art. 168 do Código Penal<sup>36</sup>) é de um a quatro anos de reclusão, além da multa. Às lesões corporais leves (*caput* do art. 129 do Código Penal<sup>37</sup>), que tutelam a integridade física do indivíduo, comina-se pena de três meses a um ano de detenção. Se as lesões forem graves, na forma do par. 1º do art. 129<sup>38</sup>, a pena cominada é quase idêntica à do furto simples ou da apropriação indébita.

À guisa de exemplo, se o agente furta um livro, ou se apropria de um caderno de que tem a posse, merecerá pena de reclusão, que variará de um a quatro anos, além da multa. Se o agente agride a integridade física da vítima, com uma facada que não cause lesões graves, merecerá pena de apenas três meses a um ano de detenção. Se dessas lesões, porém, resultar perigo de morte para a vítima, a pena privativa de liberdade cominada é quase a mesma do furto ou da

<sup>34</sup> Diz o art. 11 do Código Civil: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

<sup>35</sup> “Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa”.

<sup>36</sup> “Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa”.

<sup>37</sup> “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano”.

<sup>38</sup> “§ 1º Se resulta:

I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto: Pena- reclusão de um a cinco anos.”

apropriação, porque punida com reclusão de um a cinco anos, não havendo cominação de multa. O furto qualificado pelo concurso de agentes, tipificado no art. 155, par. 4º<sup>39</sup> do Código Penal, comina, além da multa, pena de reclusão de dois a oito anos para o agente que subtrair para si, em concurso de pessoas, coisa alheia móvel. No par. 2º do art. 129<sup>40</sup> do Código Penal, comina-se pena de dois a oito anos de reclusão para a prática de lesões corporais gravíssimas. Se dois indivíduos furtam um par de sapatos do comércio, o sistema criminal permite a punição com reclusão de dois a oito anos, além da multa. Se um indivíduo, dolosamente, decepa a perna de outro, é passível da mesma pena de reclusão, sem a cominação da multa.

As penas cominadas aos crimes contra a honra – injúria, difamação e calúnia<sup>41</sup> – não superam dois anos de detenção, enquanto é raro um crime contra o patrimônio ter cominada pena mínima menor que um ano de reclusão. Em geral, os crimes contra o patrimônio praticados sem violência ou grave ameaça cominam penas mais severas que a diversidade de crimes que tutelam bens jurídicos aparentemente mais relevantes que a propriedade. Isso é uma constante na legislação penal.

Nos crimes contra o patrimônio particular, praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, a desproporcionalidade aumenta. A seletividade do direito penal o direciona à punição das classes subalternas, e dos crimes de maior visibilidade. A violência ou grave ameaça voltada à lesão patrimonial é exemplo

<sup>39</sup> “§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas”.

<sup>40</sup> “§ 2º Se resulta:

I - Incapacidade permanente para o trabalho;

II - enfermidade incurável;

III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função;

IV - deformidade permanente;

V - aborto;

Pena - reclusão, de dois a oito anos”.

<sup>41</sup> “Calúnia

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Difamação

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa”.

típico de delito que é “escolhido”, pelo sistema estabelecido, para ser prioritariamente punido. O latrocínio<sup>42</sup> pune, com multa e reclusão de vinte a trinta anos, o agente que rouba, ou seja, subtrai patrimônio alheio mediante violência ou grave ameaça, decorrendo do fato, ainda que culposamente, a morte da vítima. O homicídio simples doloso comina pena de seis a vinte anos de reclusão<sup>43</sup>. Assim, uma morte ainda que *culposa*, porque aliada à proteção patrimonial, é mais grave, aos olhos da lei penal, do que uma morte *dolosa* desacompanhada de lesão ao patrimônio alheio.

Dentro dos próprios crimes contra o patrimônio particular, evidenciam-se desproporcionalidades gritantes. O roubo, ou seja, subtração de coisa alheia móvel praticada com violência e grave ameaça, comina pena de quatro a dez anos de reclusão e multa. O esbulho possessório<sup>44</sup>, também praticado com violência ou grave ameaça numa de suas modalidades, comina pena de um a seis meses de detenção, além da multa. Ou seja, o roubo, de maior incidência nas classes subalternas, é severamente punido. O esbulho, praticado pelos latifundiários das classes dominantes, é brandamente punido, inserindo-se, inclusive, no conceito de crimes de menor potencial ofensivo. No entanto, já há correntes políticas com pretensões à exacerbação extrema do esbulho possessório, diante das invasões de terra que vêm sendo praticadas pela população brasileira miserável.

Cotejando o furto qualificado pelo concurso (art. 155, par. 4º, IV, do Código Penal), com o roubo praticado também em concurso de agentes (art. 157, par. 2º, II, do Código Penal), constata-se o absurdo de o concurso de agentes duplicar a pena do furto – que passa de um a quatro anos de reclusão para dois a

---

<sup>42</sup> “Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. (...) § 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa”.

<sup>43</sup> “Art 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos”.

<sup>44</sup> “Art. 161 - Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem: (...)

II - invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório”.

oito – enquanto para o roubo, perpetrado nas mesmas circunstâncias, há previsão de causa especial de aumento de apenas 1/3 na pena<sup>45</sup>.

Voltando os olhos à legislação penal especial, é possível a identificação de outras excrescências de desproporcionalidade em favor do patrimônio particular. Os crimes contra o sistema financeiro, definidos na Lei 7.492/86, são, por excelência, delitos que atingem grandes proporções e representam graves repercussões sociais, especialmente porque podem atingir centenas de milhares de vítimas. Nem por isso as penas do roubo, delito que em regra é direcionado a uma única vítima, são menores que as penas cominadas aos delitos contra o sistema financeiro. A pena mínima cominada ao roubo é maior que as penas mínimas de todos os delitos contra o sistema financeiro. E a pena máxima somente é menor que a de um delito, tipificado no 4º da Lei 7.492/86<sup>46</sup>.

Da mesma forma, os crimes contra o meio ambiente lesam direito difuso de grande envergadura constitucional – art. 225 da Constituição. A Lei 9.605/98 define os crimes contra o meio ambiente, e o mais grave deles tem pena de reclusão que varia de um a cinco anos. Cotejando-o com o universo dos crimes contra o patrimônio particular, é fácil extrair a desproporcionalidade do sistema penal. Se a poluição de um curso d'água provoca a interrupção do abastecimento de água de uma grande comunidade, a pena aplicada variará de um a cinco anos<sup>47</sup>. Se o agente pratica extorsão mediante seqüestro, é punido com reclusão de oito a quinze anos, além de multa<sup>48</sup>.

Os crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/90), contra as relações de consumo (Lei 8.078/90 e 8.137/90), contra a ordem econômica (Lei 1.521/51 e 8.137/90), e os crimes de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98) têm potencial lesivo

<sup>45</sup> Entendendo bem o princípio da proporcionalidade, já decidiu o TJRS: “FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO. AGRIDE AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA ISONOMIA O AUMENTO MAIOR DA PENA AO FURTO EM CONCURSO DO QUE AO ROUBO EM GERAL. APLICA-SE O PERCENTUAL DE AUMENTO DESTA A AQUELE” (TJRS, Apelação Criminal n. 70000284455, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, Data do Julgamento 09/02/2000).

<sup>46</sup> “Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena – reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa”.

<sup>47</sup> “Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (...)”

§ 2º Se o crime: (...) III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade; (...) Pena - reclusão, de um a cinco anos.”

<sup>48</sup> “Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Pena - reclusão, de oito a quinze anos”.

amplo, e em geral penas muito menos severas que os delitos contra o patrimônio, cuja capacidade lesiva é dirigida quase sempre a uma única vítima.

Registre-se ainda a diferença de tratamento na persecução penal dos crimes contra o patrimônio, se comparados com outros delitos que tutelam, em tese, bens jurídicos mais relevantes. A lesão corporal leve é crime de ação pública condicionada, dependendo da representação do ofendido para a deflagração da ação punitiva estatal (art. 88 da Lei 9.099/95). Os crimes contra a honra são, via de regra, de ação privada, dependo da propositura da queixa-crime pelo ofendido, o que na prática incoorre, em razão da miserabilidade da população, que não tem acesso à Justiça. Entretanto, quando se trata de crimes contra o patrimônio, são raros os casos de necessidade de queixa-crime ou de representação do ofendido. E nenhum dos crimes contra o patrimônio cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa exige representação ou queixa como condição para sua punibilidade. Se de um crime contra o patrimônio resulta, ainda que *culposamente*, lesão corporal leve na vítima, o crime é de ação pública, pelo só fato de que se lesou o patrimônio. Se há um delito de lesão corporal leve *doloso*, exige-se a representação da vítima.

Outro fator de desproporcionalidade é a classificação de alguns delitos, que tutelam relevantes bens jurídicos, como de menor potencial ofensivo, inserindo-os na competência do modelo de Justiça consensual da Lei 9.099/95, admitindo a composição civil de danos – art. 74 da Lei 9.099/95 – ou a transação penal – art. 76 da Lei 9.099/95 – em contraposição a crimes contra o patrimônio, cometidos sem violência ou grave ameaça, que não se enquadram no perfil de crimes de menor potencial ofensivo, tais como o furto, o estelionato, a receptação, a apropriação indébita, e outros mais.

O patrimônio particular merece proteção penal, por se tratar de um direito fundamental. Não se discute a adequação da lei penal em promover essa tutela. O que se questiona, porém, é a desproporcionalidade na cominação de penas e na aplicação de institutos favoráveis ao acusado, o que vicia com a pecha da inconstitucionalidade o Título II da Parte Especial do Código Penal. Diante da flagrante desproporcionalidade, é sugerida ao legislador a readequação desses crimes à realidade da legislação brasileira. E enquanto isso não é implementado, incumbe ao Judiciário promover a efetivação do princípio constitucional da

proporcionalidade para corrigir as graves distorções da legislação penal, para tanto usando do critério da analogia, amplamente admitido no direito penal, se em favor do réu, além de contar, para esse mister, com o princípio da igualdade. Luiz Regis Prado (1999) define a analogia como

um raciocínio que permite transferir a solução prevista para determinado caso a outro não regulado expressamente pelo ordenamento jurídico, mas que comparte com o primeiro certos caracteres essenciais ou a *mesma ou suficiente razão*, isto é, vinculam-se por uma matéria relevante *simili* ou a *pari*” (p. 97).

A analogia pressupõe, assim, que um dos casos, sobre o qual incidirá a lacuna da integração da ordem jurídica, não esteja juridicamente disciplinado. A aplicação da analogia poderia ser questionada quando usada para corrigir a desproporcionalidade do direito penal, uma vez que ela incidiria em espécies já reguladas pela ordem jurídica, faltando, assim, um dos requisitos para sua aplicação. O argumento é tecnicamente correto. No entanto, a analogia é apenas mais um instrumento para combater as graves distorções do sistema. Outros mecanismos concorrem nessa missão, tais como o princípio da igualdade e o próprio princípio da proporcionalidade. O princípio da igualdade, na sua acepção material, impõe o tratamento isonômico para situações iguais ou similares, e o tratamento desigual para situações desiguais. O direito penal deve observar a hierarquia entre bens jurídicos ao tipificar condutas e cominar penas. Bens jurídicos mais relevantes são protegidos por penas mais severas, e vice-versa. Se o legislador descarta do princípio constitucional da igualdade, distorcendo essa hierarquia, produz lei inconstitucional. O princípio constitucional da proporcionalidade age no mesmo sentido, sendo certo, inclusive, considerá-lo como desdobramento do princípio da igualdade, porque exige proporcionalidade entre situações iguais ou similares, e desproporcionalidade entre situações distintas.

De início, há de se exigir, nos crimes contra o patrimônio particular, a representação do ofendido, como condição de persecução penal e de punibilidade, mesmo se houver grave ameaça – já que o patrimônio é direito disponível e o crime de ameaça (art. 147 do CP) exige representação. A mesma exigência ocorrerá quando houver violência na sua prática, da qual decorra lesões leves, já que o delito de lesões corporais leves exige a representação. Ademais, para esses mesmos delitos deverá ser permitida a transação penal e a composição civil,

previstas na Lei 9.099/95. Se o patrimônio particular é hierarquicamente inferior à integridade física e à honra, justifica-se, por critérios analógicos, de isonomia, proporcionalidade e justiça, que benefícios jurídicos aplicáveis a esses se apliquem àqueles.

Quanto às graves e desproporcionais penas cominadas aos tipos que tutelam o patrimônio, a interferência do Judiciário é extremamente complicada, se bem que possível, através também da analogia comparativa e de critérios de isonomia aferidos a partir de outros tipos previstos na legislação, o que poderá conduzir à redução pelo Judiciário da pena cominada abstratamente pelo legislador. Como exemplo, cite-se, mais uma vez, o roubo (art. 157 do Código Penal), que “nada mais é do que um furto associado a outras figuras típicas, como as originárias do emprego de violência ou de grave ameaça” (Nucci, 2003, p. 529). Ou seja, é um delito de furto + lesão corporal, ou um delito de furto + ameaça. Ora, o furto tem pena de reclusão que varia de um a quatro anos (art. 155 do Código Penal). A pena da lesão corporal simples varia de três meses a um ano de detenção (art. 129 do Código Penal). A da ameaça, de um a seis meses de detenção (art. 147 do Código Penal). Se o roubo se constituir em furto + lesão corporal, a pena aplicada ao roubo deverá ser a soma das penas aplicadas ao furto e à lesão corporal. A essa modalidade de roubo se cominará pena de reclusão de um ano e três meses – pena mínima, consistente na soma da pena mínima do furto com a pena mínima das lesões corporais – a cinco anos – pena máxima, consistente na soma da pena máxima do furto com a pena máxima das lesões corporais –, afastando-se a aplicação da pena originariamente definida, com evidente desproporcionalidade, pelo legislador no preceito secundário do roubo, ou seja, de quatro a dez anos de reclusão. Da mesma forma, ao roubo na modalidade furto + ameaça, aplicar-se-á pena de reclusão de um ano e um mês – pena mínima, consistente na soma da pena mínima do furto com a pena mínima da ameaça – a quatro anos e seis meses – pena máxima, consistente na soma da pena máxima do furto com a pena máxima da ameaça. A casuística é interminável, exigindo conhecimento, equilíbrio e justiça do magistrado, podendo ser aplicada em relação a vários outros delitos.

Outro instituto bastante eficiente no combate à seletividade do sistema, e que se relaciona com a proporcionalidade, é o da insignificância. Incumbe ao

direito penal a tutela dos bens jurídicos mais relevantes de uma sociedade. No entanto, essa tutela deve incidir tão-só sobre condutas que efetivamente lesem o bem jurídico tutelado, de modo a não merecer a punição penal aqueles atos dos quais decorra lesão mínima, ou insignificante, ao bem jurídico, pois o direito penal não se ocupa de bagatelas.

A tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio da bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado (Bitencourt, 2003, p. 19).

A insignificância é desdobramento do princípio da proporcionalidade, porque invoca a necessidade de um dano efetivo ao bem jurídico como condição para a aplicação da sanção penal. Exige-se um dano em nível suficiente para justificar a intervenção penal, *numa dimensão de proporcionalidade entre o dano causado e a exigência da tutela penal*. Se ausente essa proporcionalidade, evidenciando a insignificância da lesão praticada, é de se concluir pela inexistência do crime e impossibilidade da aplicação da sanção penal. Já ovacionado pela doutrina, o princípio da insignificância vem sendo largamente utilizado pela jurisprudência brasileira<sup>49</sup>.

Ao Judiciário incumbe a implementação da Constituição e de seus princípios, tais como o da proporcionalidade. Gregório Assagra de Almeida (2003) registra que o Poder Judiciário

tem hoje uma função primordial: a de implementar materialmente o Estado Democrático de Direito delineado no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.

Essa implementação material do Estado Democrático de Direito brasileiro pela via jurisdicional é fundamental e ocorrerá se o Poder Judiciário, consciente e lúcido de seu dever, desenvolver atividade interpretativa: de um lado, de proteção

<sup>49</sup> “A aplicação do princípio da insignificância deve ser precedida de uma valorização subjetiva do resultado produzido pela conduta típica, onde se verifica, sob o prisma do sujeito passivo do delito, qual o tamanho da lesão do bem jurídico de que é titular. No caso, o resultado produzido lesionou infimamente o bem jurídico protegido pela norma penal, sendo plenamente aplicável o princípio da insignificância, pois o constrangimento causado pela simples instauração da instância criminal seria desproporcional ao dano causado pelo autor através de sua conduta” (Recurso Especial nº 221292/PR, 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves. j. 21.03.2000, Publ. DJU 10.04.2000, p. 138 REVJUR vol. 00270, p. 00127).

dos direitos e garantias constitucionais já consagrados formalmente; de outro, de efetivação no plano material, desses direitos e garantias constitucionais, sejam eles de natureza individual, sejam eles de natureza coletiva (p. 150).

Até que o legislador acorde para seu trabalho, o Poder Judiciário deve cumprir seu papel de guardião da Constituição e de seus princípios, devendo desde já, e até contra o texto da lei penal em benefício da Constituição, usar da proporcionalidade para corrigir graves distorções do direito penal brasileiro que provocam a seletividade e a ilegitimidade do sistema penal. Isso deve se dar, no entanto, *de modo equilibrado e razoável*, a fim de evitar que o uso de instrumentos jurídicos pela jurisprudência se torne um fator de recrudescimento da seletividade.

### 5.5.3

#### **DIREITO PENAL, CO-CULPABILIDADE, AGÊNCIA E O SISTEMA QUADRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DE PENAS**

Uma criança nasce na mais pobre favela do Brasil. Seu nome é *José da Silva*. Filho de “mãe solteira”, pois o companheiro da genitora a abandonou no primeiro mês de gestação, o menino tem sérias complicações sanitárias, decorrentes de ausência de pré-natal porque no SUS não havia vaga, e pela desnutrição da genitora durante a gestação, porque a fome assombrava a morada da família. Recém-nascido, divide o minúsculo cubículo chamado “quarto” com outros oito irmãos e com a mãe. A casa, muito pobre, não conta com camas e colchões, e nem com eletrodomésticos. Cada um se vira como pode, para dormir e sobreviver.

Aos dez anos, *José da Silva*, sem acesso a educação, saúde, moradia e alimentação dignas, lazer, cultura, sem proteção de sua integridade física e psíquica, sem enfim, uma vida de bem-estar mínimo, é aliciado e trabalha armado para o tráfico de drogas da favela. Entra para a vida do crime, em troca de reconhecimento social e dinheiro que lhe permitam fazer o que a cada um convém numa economia de mercado.

Aos doze anos, em razão da prática de um homicídio qualificado, é internado em instituição de custódia para adolescentes infratores, onde permanece

até os quinze anos, e onde vive o processo de “prisionização”, absorvendo a “subcultura” do cárcere e vivendo a violação diuturna de seus direitos humanos pelo estado.

De volta à liberdade, e de novo na favela, sem perspectivas de uma vida melhor, volta para o tráfico, a única porta que a ele se abre. Aos dezoito anos, autor de latrocínio, é condenado pelo sistema penal a uma pena de reclusão de vinte anos, voltando ao cárcere, agora numa cadeia pública, onde passa novo processo de “prisionização” e de desregrada violação de seus direitos. Aos trinta e um anos de idade, após cerca de treze anos de cárcere, é beneficiado com o livramento condicional e ganha a liberdade. Sua opção de vida, agora, é a falta de opção. Sem educação e preparo mínimo para enfrentar a vida capitalista, sem emprego, egresso do sistema prisional sobre o qual recaem as mais duras discriminações, sem acesso a qualquer direito, sem identidade própria, sem autoestima, sem o reconhecimento próprio e o da sociedade, é possível prever que o caminho que *José da Silva* trilhará é, mais uma vez, o do crime, o da reincidência, o de devolver à sociedade aquilo que ela lhe deu.

O exemplo é extremo, mas recorrente e assaz ilustrativo. A devastação social do (neo) capitalismo e da ordem estabelecida atinge um sem número de “cidadãos”, negando-lhes o acesso a direitos fundamentais solenemente declarados que seriam, se implementados, suficientes para a reta formação do cidadão agente. Ao contrário, à absoluta ausência de sua implementação corresponde a formação do pseudo-cidadão, do homem incapaz ou não plenamente capaz de fazer escolhas e de responder por elas. E isso em todos os aspectos da vida, seja a escolha política, seja a escolha civil ou social, *seja a escolha pela vida “moralmente correta” ou pela vida do crime*. Questiona-se se esse indivíduo é mesmo capaz de entender plenamente o caráter criminoso de uma conduta lesiva a bens jurídicos selecionados pelo sistema que o excluiu. Se ele mesmo é excluído do acesso a bens fundamentais, é questionável que ele possa valorizar tais bens e não violá-los. É questionável que ele tenha atingido um nível de formação capaz de inculcar-lhe a importância desses valores e a necessidade de respeitá-los. *Um dos pressupostos fundamentais aqui é o de que quem não vive uma vida digna não pode optar por permanecer na vida digna ou por incursionar-se na vida do crime*. Quem não vive uma das possíveis opções não é

capaz de optar pela “melhor” ou pela “pior” opção. E isso envolve a responsabilidade pela sua opção. *Quem não é capaz de optar não é responsável pela opção “pior”,* e “não pode haver resposta criminalizante racionalmente aceita quando a autonomia com que o sujeito realizou a ação é ínfima ou nula, ou mesmo muito duvidosa” (Zaffaroni, 1991, p. 266).

Essas considerações envolvem a noção de livre-arbítrio, de determinismo e de *co-culpabilidade*. O *meio social* é capaz de influenciar profundamente as atitudes e escolhas do indivíduo, que é produto de seu meio. Num estado democrático de direito, a constituição organiza a sociedade e o poder político, em benefício da implementação de direitos fundamentais que sejam capazes de constituir o verdadeiro cidadão. A pobreza e a miserabilidade da esmagadora maioria da população brasileira depõem contra a constituição formal, contra um sistema jurídico ideal que não encontra realização prática. A pobreza e a miserabilidade da esmagadora maioria da população brasileira são a causa *estrutural e duradoura* da violência. À opressão, ao arbítrio, à discriminação, corresponde o crime e a violência, como uma consequência quase impensada, como uma “escolha” profundamente influenciada pelo meio social.

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “co-culpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar (Zaffaroni e Pierangeli, 2001, p. 610-611).

O estado democrático de direito decorre da conjugação do estado liberal, em que imperavam as liberdades negativas, com o estado social, no qual se demandava a promoção positiva dos direitos de natureza social. A conjugação de ambas as noções ideológicas conduz à afirmação da autonomia privada e pública do indivíduo, ou seja, da sua capacidade plena de se relacionar com outros membros da comunidade, e da sua capacidade plena de se relacionar com o poder e com o estado. Apenas com a afirmação dessa autonomia é possível ao indivíduo efetivamente se autodeterminar.

José Maria Gomez (2004) parte da “premissa de que entre os direitos humanos, o desenvolvimento e a democracia não existe apenas uma compatibilidade desejável, mas uma interconexão intrínseca” (2004, p. 72). A efetiva aplicação dessa tríplice aliança é condição para a implementação de uma

concepção moral do ser humano como agente dotado de razão prática, autonomia e responsabilidade, isto é, um sujeito de liberdade cujas capacidades e direitos básicos lhe permitem fazer escolhas e participar das distintas esferas da vida social, política, econômica e cultural nas quais esteja concernido, sendo responsável pelas consequências das decisões que toma (Gómez, 2004, p. 72).

Em todo regime democrático há uma presunção de agência, pressupondo-se que o ser humano é dotado dessa qualidade, carregando consigo a condição de pessoa portadora de direitos subjetivos e a capacidade de fazer escolhas livres, sendo por elas responsável. Ocorre que essa autonomia, essa razão prática, essa qualidade moral do ser humano é muito questionável, especialmente em países como o Brasil, pois “quem tem fome não é livre”, e sua opção “é determinada, na realidade das coisas, não pela livre atuação da vontade, mas pelas necessidades mais irracionais, derivadas do instinto de conservação” (Coelho, 2003, p. 538).

Os direitos fundamentais são indivisíveis. As “gerações” de direitos, se contribuem para um melhor entendimento histórico sobre o tema, ocultam a impossibilidade de se lhes cindir, sob pena de sua absoluta inefetividade. O’Donnell (2000) adverte que “sin embargo, como muchos han argumentado, esta construcción del agente como portador de derechos subjetivos, al omitir las condiciones reales del ejercicio de tales derechos, ayuda a reproducir relaciones extremadamente desiguales, especialmente entre capitalistas y trabajadores” (p. 31). E continua afirmando que “Los derechos de agencia en la esfera política pueden difícilmente ser realizados si los individuos carecen de derechos sociales básicos” (p. 60). José Luiz Quadros de Magalhães (2000) adverte:

Não é difícil visualizar a indivisibilidade dos direitos fundamentais, bastando, para isto, enumerar os diversos direitos que compõem os grupos de direitos fundamentais mencionados e perceber, do ponto de vista lógico, que não há efetivamente liberdade sem que existam as condições mínimas para o seu exercício, que são os direitos sociais e econômicos, que surgem aí como garantias sócio-econômicas de implementação dos direitos individuais e políticos (Magalhães, 2000, p. 8).

O direito penal e o sistema penal pressupõem um indivíduo ideal. Assim como a constituição pressupõe um sistema social ideal regularmente disciplinado pelo direito com as relações políticas a ele subordinadas. A constituição real é,

porém, diferente, bastante diferente da constituição formal. O sistema penal tem seu fundamento principal na constituição, que define a política criminal de um estado. O sistema penal também pressupõe um indivíduo ideal, que é livre porque porta e goza todos os direitos fundamentais a ele atribuídos pelo ordenamento jurídico. O acesso e efetivo gozo desses direitos são suficientes para constituir um indivíduo autônomo, um cidadão civil, político e social, consciente de suas escolhas, do caminho de vida pelo qual opta, e pelas conseqüências de seus atos. Ocorre que todas essas premissas e presunções são falaciosas, embora usadas pelos grupos microssociais hegemônicos para manipulações ideológicas e para legitimar a ordem estabelecida. Essa legitimidade decorreria da existência de um estado e de uma ordem jurídica que atribuem e garantem direitos fundamentais a todos os membros da sociedade. Contudo, quando se cotejam os dizeres do direito com a realidade, é possível constatar a magreza das realizações.

A estrutura social não permite, pois, na mesma medida, a todos os membros da sociedade, um comportamento ao mesmo tempo conforme aos valores e às normas. Esta possibilidade varia, de fato, de um mínimo a um máximo, segundo a posição que os indivíduos ocupam na sociedade (Baratta, 2002, p. 64).

O direito não cumpre sua promessa. A autoridade do estado entra em crise. Crise que atinge de forma contundente um dos mais elementares instrumentos de controle social, o sistema penal. Vale dizer, um sistema posto à disposição do estado para o controle social e, portanto, para a manutenção da ordem estabelecida, passa a ser questionado à medida que se questiona a autoridade do estado e a legitimidade da própria ordem estabelecida.

A ilegitimidade do direito é, dessa forma, fenômeno que se insere na crise da tríplice aliança: democracia, direitos humanos e desenvolvimento. Esses elementos têm entre si profunda relação de dependência e de pressuposição recíproca. Foi longo e sinuoso o caminho da formação do estado moderno. Assim também, paralelamente à criação do estado nacional, ou melhor, com intensa relação com a formação do estado nacional, foi longo e sinuoso o caminho trilhado para a conquista – ao menos no plano formal – dos direitos humanos. A história dessas formações é marcada por uma evolução bastante inconstante, com avanços e retrocessos, numa teia extremamente complexa e singular de relações sociais, sendo certo que a maioria dos direitos humanos “no fueron simplemente otorgados; ellos **fueron conquistados por medio de múltiples luchas llevadas**

**adelante por las clases subordinadas y sectores discriminados**” (O’Donnell, 2000, p. 35).

Se bem que os direitos fundamentais solenemente declarados na constituição, especialmente em países como o Brasil, não foram sequer implementados, os processos parasitários e predatórios do capitalismo global e da dominação imperial têm em vista exatamente a derrogação desses direitos ou de sua grande parte e, por conseguinte, de toda a luta que marcou a história da humanidade por sua conquista. Negar direitos é negar a história, é jogar por terra um número literalmente incontável de vidas que se perderam ao longo dos séculos envolvidas na luta por direitos e na luta pela própria formação do estado.

O direito penal, tal como concebido na legislação brasileira, é carente de legitimidade por fechar os olhos à realidade do povo brasileiro. Inserido num sistema seletivo, voltado, sobretudo, à punição das classes subordinadas, o que já representa uma grande injustiça, o fato de lidar com “meios-seres-humanos”, ou seja, seres humanos de capacidade incompleta, acaba por arrematar sua ilegitimidade. Combater esse aspecto da ilegitimidade do direito penal é reconhecer as mazelas do sistema social, a começar pela crítica ao tripé “democracia- direitos humanos- desenvolvimento”, que hoje vem sendo tratado exclusivamente como democracia meramente representativa, direitos humanos meramente civis, e desenvolvimento que se traduz apenas em crescimento econômico, sem a menor preocupação com a efetiva democracia participativa, com a efetividade da universalidade dos direitos humanos, e com crescimento econômico que se traduza em redução das desigualdades e justiça social. A sociedade e o estado não conseguem realizar as promessas do direito, em síntese, não conseguem, pela proteção e implementação integral dos direitos fundamentais, constituir o indivíduo autônomo dotado de razão prática que lhe permita fazer escolhas e ser por elas responsável, que lhe permita desenvolver sua personalidade e seu projeto pessoal de vida, vivendo uma vida digna de respeito a seus direitos e de garantia de um mínimo necessário à felicidade humana.

É preciso, portanto, que o conceito de co-culpabilidade seja reconhecido, nomeadamente num país onde a maioria esmagadora da população alterna a vida na pobreza e na miséria, faça parte do direito penal que não pode fechar os olhos à realidade, devendo haver mecanismos legais que imponham ao sistema penal

reconhecer a parcela de culpa da sociedade pelo delito praticado pelo “pseudo-cidadão”, retirando-lhe ao menos parte da sanção penal que, na verdade, é devida pela sociedade e por ela deve ser suportada. Aqui o que se faz é relacionar o livre-arbítrio do indivíduo com o determinismo do meio social. O livre-arbítrio é característico de cada ser humano. Uns o têm com mais intensidade; outros com menos, já que “O peso específico da escolha individual ou da determinação da vontade, como também o dos caracteres (naturais) da personalidade, é muito relativo” (Baratta, 2002, p. 76). O determinismo é imposto pelo meio social, que influenciará mais do que se imagina o comportamento humano. É dessa equação que se extrai o conceito de co-culpabilidade, ou seja, da parcela de culpa por que a sociedade responderá por ter criado um meio social determinante na prática do delito pelo indivíduo. A co-culpabilidade da sociedade se presta, por conclusão, a reduzir a culpabilidade individual do delinqüente. O exemplo do *José da Silva* é extremo, mas recorrente, e ilustra com precisão a idéia que inspira a co-culpabilidade. O meio social de toda a vida do *José da Silva* o influenciou de modo decisivo, *talvez sem opção de outra escolha*, para que ele seguisse a vida delituosa. Não é justo que as conseqüências do problema social causado pela sociedade sejam infligidas ao cidadão individualmente considerado. Isso representa uma dupla punição: pune-se o indivíduo pela vida miserável, pela ausência de direitos, pela falta de dignidade e reconhecimento, e pune-se o mesmo indivíduo porque, em razão da primeira punição, praticou um delito contra a sociedade e a ordem estabelecida. Ao reconhecer esses problemas, e procurar para eles soluções, o direito penal estará despertando para a realidade e para ideais de justiça, e rumará para a reconstrução de sua legitimidade.

O que se propõe é um sistema ou modelo de aplicação de pena que leve em consideração a equação livre-arbítrio-determinismo e, portanto, a noção de co-culpabilidade, a fim de reconhecer a influência do meio social na prática do delito pelo indivíduo, de modo a ensejar a redução da pena, e em casos extremos, a sua exclusão. É a sociedade sendo, por vias indiretas, punida por ter criado um meio social desigual, iníquo e miserável que conduziu o indivíduo para a vida delituosa.

Alguns autores propõem, nessa perspectiva da co-culpabilidade, o reconhecimento da parcela de culpa da sociedade na prática do delito através da atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal, cuja redação é a seguinte:

*“A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.*

O critério usado para a fixação da pena privativa de liberdade no direito penal brasileiro é o trifásico. Segundo esse sistema, o juiz deve fixar, numa primeira etapa, a pena-base, dentro dos limites mínimo e máximo cominados no preceito secundário do tipo penal, para tanto sopesando as “circunstâncias judiciais” previstas no *caput* do art. 59 do Código Penal. Levando em conta a culpabilidade do fato, os antecedentes do réu, sua conduta social e sua personalidade, os motivos do crime, suas circunstâncias e conseqüências, bem como o comportamento da vítima, o juiz fixará a pena-base dentro dos limites mínimo e máximo previstos no preceito secundário do tipo penal. Após a fixação da pena-base, cabe ao juiz verificar a ocorrência de circunstâncias agravantes e atenuantes.

Na última fase do sistema trifásico, incidem as causas de aumento ou redução de pena previstas nas Partes Geral ou Especial do Código Penal.

Após as três etapas, estará individualizada a sanção criminal, em processo que levou em conta a cominação da pena imposta pelo legislador, as condições do agente praticante do delito, bem como os vários elementos que circundaram o fato para torná-lo único e suscetível de uma pena singular suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

No entanto, em nenhuma das referências dadas ao juiz há referência expressa à co-culpabilidade, ou à necessidade de redução de pena pelo fato de que a prática do delito foi influenciada pelo meio social. Assim, alguns doutrinadores se utilizam da atenuante do art. 66 para tal mister, uma vez que, sendo genérica, poderá ser interpretada com larga margem de discricionariedade pelo magistrado, nela cabendo a noção de co-culpabilidade.

Esse é sem dúvida um dos caminhos que podem ser seguidos pelo juiz para levar em conta a realidade e minorar os efeitos maléficos da ilegitimidade do direito penal causada pela ordem estabelecida, fazendo com que o sistema penal vá ao encontro da realidade, prestando-se tão-só como um instrumento de controle social para a manutenção e reprodução da iniquidade e injustiça sociais.

Outro possível caminho seria inserir a co-culpabilidade numa das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, qual seja, a própria *culpabilidade*. Na fixação da pena-base, deve o juiz considerar, dentre outras, a culpabilidade do réu. A culpabilidade de que se fala não é mais a de fundamento da pena. Sabe-se que o crime, segundo doutrina amplamente majoritária, é uma conduta típica, ilícita e culpável. A culpabilidade, no sentido de fundamento da pena<sup>50</sup>, é um dos elementos necessários à existência do crime. Contudo, a culpabilidade prevista no art. 59 é referencial para a aplicação da pena. É, pois, um elemento de determinação e medição da pena, sendo certo que, aqui,

(...) a culpabilidade funciona não como *fundamento* da pena, mas como *limite* desta, impedindo que a pena seja imposta *aquém* ou *além* da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos, etc.

(...) impõe-se que se examine aqui a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade do comportamento praticado, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de outra conduta (Bitencourt, 2003, pp. 553-554).

Ambos os caminhos são inadequados, porque ambos não trazem expressa a possibilidade de consideração da co-culpabilidade, o que pode gerar contestações. Ademais, não são suficientes para atender a uma redução da pena em patamares que em alguns casos seriam desejáveis. A circunstância judicial da culpabilidade se presta como referência para a aplicação da pena-base, que deve permanecer dentro do mínimo e do máximo de pena privativa de liberdade já abstratamente cominada no preceito secundário do tipo penal. É de se supor que em determinados casos, esse montante de pena seja exagerado para o agente por se fazer presente com muita intensidade a co-culpabilidade, ou seja, nos casos em que o meio social foi em grande medida determinante para a prática delituosa do indivíduo, a fixação da pena-base dentro daquele mínimo e máximo representará uma reprimenda penal exacerbada para o indivíduo. Daí a insuficiência do critério.

Quanto ao uso da atenuante genérica, traz-se à baila a Súmula 231 do STJ, com a seguinte redação:

---

<sup>50</sup> Nesse sentido, a culpabilidade envolve os conceitos de imputabilidade, de exigibilidade de conduta diversa e de consciência da ilicitude (cf. Bitencourt, 2003, p. 295).

*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*

Isso significa que, para a jurisprudência consolidada do STJ, fixada a pena-base no mínimo legal cominado abstratamente ao delito no preceito secundário, fica proscria a aplicação de quaisquer atenuantes. O entendimento pretoriano é equivocado, uma vez que a dicção do *caput* do art. 65 do Código Penal é no sentido de que as atenuantes *sempre* atenuam a pena<sup>51</sup>, e deveriam representar, em razão do advérbio *sempre*, uma redução do *quantum* da sanção criminal também nos casos de fixação da pena-base no mínimo legal. O uso da atenuante genérica inserindo a co-culpabilidade como referência para a aplicação de pena esbarraria nesses obstáculos jurisprudenciais, nos casos em que, fixada a pena-base no mínimo legal, e havendo co-culpabilidade, fosse vedada a sua consideração. Ademais, ainda que a pena-base não fosse fixada no mínimo legal, haveria hipóteses em que a co-culpabilidade poderia representar uma redução de sanção superior ao acréscimo de pena em relação ao mínimo legal. Supondo uma pena mínima cominada de um ano de reclusão, tendo sido, no caso concreto, fixada a pena-base em um ano e dois meses de reclusão, a atenuante genérica somente poderia representar redução da pena em dois meses de reclusão, ainda que a co-culpabilidade no caso seja maior que esse montante. Dessa forma, o “crédito” que o condenado teria por participar de um meio social que o influenciou na prática do delito seria simplesmente desconsiderado ou apenas parcialmente considerado, gerando uma distorção inaceitável.

Propõe-se, por conseguinte, a reformulação do clássico sistema trifásico, instituindo-se uma quarta fase no processo de aplicação de pena, na qual se avaliaria, com exclusividade, a ocorrência da co-culpabilidade e da redução de pena que ela representaria. O sistema trifásico seria aperfeiçoado, com a fixação da pena-base na primeira fase, a incidência de agravantes e atenuantes na segunda, das causas de aumento e de diminuição de pena na terceira e, por fim, na quarta etapa, a consideração da co-culpabilidade e da eventual redução de pena, *ou mesmo da exclusão da pena* nos casos extremos como o do José da Silva, inaugurando-se um novo modelo de aplicação de pena que corrigiria em parte a crise de legitimidade do direito penal e as graves distorções do sistema penal que

---

<sup>51</sup> “Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...)”.

cria a situação social de delinquência e pune aquele que é influenciado ou cooptado pelo meio social para a prática do delito. É uma forma inclusive de se combater, por vias indiretas, a seletividade do sistema penal, pois que a criminalização da miséria e da pobreza sofreriam uma grande amenização através da redução da pena aplicada àqueles delinquentes para os quais freqüentemente a sociedade e o estado negaram o acesso a direitos fundamentais e a um mínimo de existência digna.

De *lege ferenda*, é sugerida ao legislador a correção da legislação penal, para instituir o sistema quadrifásico de aplicação de pena, inclusive regulamentando, de forma tanto objetiva quanto possível, o *quantum* de redução de pena que poderá ensejar a co-culpabilidade. No entanto, isso não impede que o Poder Judiciário, consciente de seu papel na implementação de um estado democrático de direito constitucionalmente definido e legitimado, aplique o instituto, que, se ainda não instituído pela legislação infraconstitucional, é extraído do sistema jurídico-constitucional.

Com efeito, os conceitos de direitos humanos, estado, constitucionalismo e pena estão imbricados e são incidíveis. O desenvolvimento de todos eles está intimamente relacionado com o modelo sócio-econômico e com a forma de estado em que se engendra o sistema criminal. O estado absoluto surgido ao longo do último milênio é paulatinamente substituído pelo estado liberal a partir da conquista de direitos humanos de primeira geração, dentre eles a humanização e a proporcionalidade da pena. Nesse contexto, o constitucionalismo surge como teoria e instrumento de limitação do poder do estado e de proteção dos direitos humanos. A questão social é sucedida pelos direitos de segunda geração, num novo paradigma que logo no início do século XX constitucionalizará o estado social. Da junção das demandas liberais com as necessidades sociais a partir dos horrores da Segunda Guerra Mundial decorrerá o estado democrático de direito sob o fundamento da democracia participativa, do desenvolvimento social inclusivo e da proteção integral dos direitos fundamentais. O sistema criminal e a pena acompanham todo esse processo evolutivo porque são instrumentos indispensáveis ao estado para a regulação da vida social e para a defesa da ordem jurídica. Cada estado terá uma distinta fundamentação para todo o seu sistema punitivo.

O Brasil vive hoje, no plano formal-constitucional, o último estágio conhecido de regulação e disciplina da ordem político-social: o estado democrático de direito. Se isso não é a realidade vivenciada nas práticas políticas e sociais, nem por isso deve o jurista descurar da árdua missão de, dia-a-dia, implementá-lo. De fato, não se muda no repente uma realidade social secular tradicionalmente arbitrária, autoritária, despótica e caudilhesca, marca da história de um povo escravizado pelas elites econômicas por mais de quinhentos anos e amplamente radicada nas relações de poder em todos os níveis sociais – da casa à escola, do trabalho ao clube, do mercado ao estado. Essa mudança é gradual e lenta, envolve avanços e retrocessos, mas é irrefreável, vez que as bases que a sustentam já estão solidamente lançadas na Constituição de 1988, que representou e representa o grande passo rumo à implementação de uma verdadeira democracia participativa fundada no desenvolvimento social inclusivo e na proteção integral dos direitos fundamentais.

O sistema criminal deve ser implementado a partir de todo esse contexto, lembrando que é a constituição que lhe dá os contornos principais, e não a legislação infraconstitucional. A política criminal de um estado é definida pela constituição, tendo lá suas bases. A ordem constitucional inaugurada em 1988 no Brasil gravita em torno dos direitos fundamentais, que são o coração da Constituição Federal e de toda a ordem jurídica. É a proteção e implementação dos direitos fundamentais que deve nortear o sistema criminal e suas políticas. Isso envolve a proibição da criminalização da miséria e da desgraça social, e a necessidade de que a co-culpabilidade – no sentido de que a sociedade deve assumir sua parcela de responsabilidade pela delinquência que provoca por meio da negação de direitos – seja sopesada como elemento indispensável para fundamentar e legitimar o poder punitivo estatal.

O sistema quadrifásico de aplicação de pena é, assim, extraído do espírito que anima a Constituição de 1988, e do regime democrático de proteção integral de direitos fundamentais que ela define, fazendo com que, ao contrário do que amiúde ocorre, o direito penal seja interpretado a partir da Constituição e de seus princípios e postulados básicos.

#### 5.5.4

### MEDIDAS PROTETIVAS AO CONDENADO EM SITUAÇÃO DE RISCO

A legislação brasileira infraconstitucional, atendendo a ditames constitucionais, vem evoluindo bastante a partir de 1988. Em muitos casos específicos a Constituição determina que certos grupos sociais ou minorias, em razão de sua vulnerabilidade fática, sejam especialmente tutelados pelo poder público, seja pela legislação especial, seja por medidas administrativas. Dois casos semelhantes são o das crianças e adolescentes, e o dos idosos.

O art. 227 da Constituição trata da proteção à criança e ao adolescente, tendo sido regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90. O ECA, partindo da vulnerabilidade fática da criança e do adolescente, em razão de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, prevê situações de risco, em que existe efetiva ou potencial violação dos seus direitos. Na dicção do art. 98 do ECA:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta.

O avanço da legislação está no fato de reconhecer que situações de risco que violam ou possam violar direitos das crianças e adolescentes podem ser criadas tanto pelos menores, quanto pela família, pelo estado ou pela sociedade. Há, assim, um expreso reconhecimento de que o meio social pode influenciar negativamente a vida do cidadão – ainda que menor – e colocá-lo em situação de risco. E essa situação de risco pode, inclusive, se resumir à prática de ato infracional pelo menor. Ou seja, o ECA reconhece que crianças e adolescentes não são *maus por natureza*, mas que, por fatores diversos, sobretudo oriundos do meio social – vindos da família, do estado ou da sociedade – são levados à situação de risco que pode consistir na prática de ato infracional.

A prática de ato infracional é a prática de um fato típico previsto na legislação penal, mas cometido por um adolescente<sup>52</sup>. É, assim, um crime ou contravenção que, em razão da inimputabilidade do adolescente, denomina-se ato infracional. E a ele correspondem medidas sócio-educativas<sup>53</sup>. Se a sanção criminal tem, porém, um caráter retributivo de castigo, a medida sócio-educativa se afirma muito mais como um instrumento de proteção ao adolescente infrator, sob o pressuposto de que a prática de ato infracional revela situação de risco criada muitas vezes pela própria sociedade, e que ao adolescente, em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, é devido muito mais proteção que castigo.

Não havendo a prática de um ato infracional, mas se revelando, porém, uma situação de risco, faz-se possível a aplicação não de medidas sócio-educativas, mas de medidas protetivas, previstas no art. 101 do ECA<sup>54</sup>. Abre a legislação a possibilidade de que o poder público, diante de situação de violação atual ou iminente dos direitos de crianças e adolescentes, promova medidas de proteção voltadas a cessar a lesão ou ameaça. Possibilita o ECA, ainda, que

<sup>52</sup> “Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.” (Lei 8.069/90).

<sup>53</sup> “Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições”.

<sup>54</sup> “Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - abrigo em entidade;
- VIII - colocação em família substituta.

Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade”.

mesmo diante da prática de ato infracional, seja aplicada ao adolescente apenas a medida protetiva, em vez da medida sócio-educativa, ou que se apliquem ambas complementarmente (inciso VII do art. 112 do ECA).

O Estatuto do Idoso – Lei 10.741/03, seguindo os passos do ECA, tem disciplina normativa quase idêntica. Prevê em seu art. 43:

Art. 43. As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento;
- III – em razão de sua condição pessoal.

Em razão da vulnerabilidade fática do idoso, são previsíveis situações de risco que possam ensejar a lesão ou ameaça de lesão aos seus direitos, seja por ação deles mesmos, da família, do estado ou da sociedade. Reconhece o poder público, mais uma vez, a influência que o meio social pode representar na vida do indivíduo e no seu comportamento. Às situações de risco, também o Estatuto do Idoso prevê um rol de medidas de proteção, cuja finalidade é fazer cessar a lesão ou ameaça aos direitos do idoso<sup>55</sup>.

Ambos os diplomas legais são louváveis e merecem aplausos. O que importa, entretanto, é chamar a atenção para o fato de que eles revelam o reconhecimento, pelo estado, de que o meio social é capaz de criar situações de risco aos menores e aos idosos, e que tais situações podem influenciar o comportamento deles, por se tratar de categorias sociais faticamente vulneráveis. As medidas protetivas são aplicáveis mesmo quando a situação de risco é gerada pelo próprio protegido – certamente sob o pressuposto de que a causa desse comportamento deita raízes no meio social.

Trazendo, num pensamento inspirado pela igualdade e pela analogia, esses dispositivos normativos e sua fundamentação ético-social para o direito penal, é

---

<sup>55</sup> “Art. 45. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I – encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade;
- II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III – requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;
- IV – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;
- V – abrigo em entidade;
- VI – abrigo temporário”.

possível concluir que a ordem jurídica, ainda que implicitamente, reconhece a acentuada influência que o meio social exerce não só sobre menores e idosos, mas sobre qualquer indivíduo que esteja em *situação fática de vulnerabilidade*. E a isso deve corresponder, muito mais que castigo, a promoção da proteção do indivíduo para a sua (re)inclusão na regularidade da ordem social. É evidente que a sanção criminal tem fundamento na necessidade de ressocialização do delinqüente, e a pena criminal, tal como hoje aplicada, corresponderia, em certo aspecto, a uma medida protetiva devida ao delinqüente. Ocorre que esses argumentos se tornam vazios se cotejados com a realidade. A pena de prisão está falida, e não cumpriu suas promessas. Ainda assim o direito penal, como um rolo compressor sobre o indivíduo indefeso frente ao poderio esmagador do estado, aplica a pena e a executa contra todos os prognósticos, além de fazer incidir a sanção seletivamente sobre a parcela mais *vulnerável* da sociedade, isto é, sobre as classes subalternas.

Por conseguinte, é recomendável uma interpretação sistemática da ordem jurídica, sob a máxima da proteção integral dos direitos fundamentais. Partindo da dura realidade social, e reconhecendo, na grande maioria dos “clientes” do sistema criminal, *sujeitos socialmente vulneráveis*, é exigível do Estado-juiz, assim como faz com outras categorias sociais vulneráveis como a dos menores e idosos, a aplicação, além da pena criminal, a partir do paradigma adotado pelo ECA e pelo Estatuto do Idoso, também de medidas protetivas previstas no ordenamento jurídico, a fim de afastar a vulnerabilidade social do indivíduo e a situação de risco que o envolve, e que o influenciou e o influenciará à reincidência, se não lhe for dada a proteção necessária. A analogia e o princípio da igualdade recomendam ao legislador o aperfeiçoamento da legislação penal para a inclusão de medidas protetivas a delinqüentes em situação de risco ou de vulnerabilidade. Negar essa necessidade é incentivar a reincidência e a criminalidade, à medida que o cárcere e o meio social influenciarão o indivíduo a permanecer na vida do crime.

A ausência atual de norma jurídica penal voltada especificamente para esse fim não impede que o Poder Judiciário aplique tais medidas, usando da analogia e do princípio da igualdade, pois em situações iguais – de vulnerabilidade e influência do meio social para crianças, adolescentes, idosos e delinqüentes – devem ser trilhados caminhos semelhantes.

Poderá e deverá o juiz, por conclusão, aplicar a pena ao sentenciado, cumulada, quando o caso evidenciar a necessidade, de medidas protetivas nos moldes do ECA ou do Estatuto do Idoso<sup>56</sup>.

### 5.5.5

#### A REINCIDÊNCIA E OS MAUS ANTECEDENTES

Os institutos da reincidência – art. 63 do CP – e dos maus antecedentes – art. 59, caput, do CP – são uma constante no direito penal, em especial no que se refere à aplicação de pena, e como requisitos para se deferir ao réu ou condenado alguns benefícios legais.

O caput de art. 59 do CP prevê que o juiz deve levar em conta os maus antecedentes do réu, ao fixar a pena-base, de modo que a presença dessa circunstância conduz à exacerbação da pena.

Para que o acusado faça jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do CP, ou ao sursis, nos moldes do art. 77 do mesmo diploma legal, necessário que apresente bons antecedentes criminais e não seja reincidente.

Para o deferimento da suspensão condicional do processo de que trata o art. 89 da Lei 9.099/95, exige-se que o réu seja primário e ostente bons antecedentes.

Se o réu possuir maus antecedentes, ou for reincidente, somente fará jus ao livramento condicional, nos termos do art. 83 do CP, cumprindo metade da pena

---

<sup>56</sup> Como exemplo de descaso do estado com a delinquência influenciada pelo meio social, citem-se os delitos que têm causa direta ou indireta no alcoolismo ou na dependência de entorpecentes. O uso imoderado de bebidas alcoólicas por dependentes – alcoólatras – é causa de um sem-número de delitos, processados, sobretudo, nos Juizados Especiais, criando uma clientela normalmente miserável que encontra na bebida uma válvula de escape para os problemas pessoais. O poder público em geral prefere punir o indivíduo, mesmo que com uma transação penal, do que criar alternativas para o tratamento da dependência. São raras as comarcas que possuem instituição de tratamento de dependentes de álcool, e quando existem, não são estatais, mas associações civis criadas pela sociedade civil organizada. A situação é a mesma para os dependentes de entorpecentes proibidos, com uma agravante. A recente Lei 11.343/06 – Lei de Tóxicos – impõe ao estado a criação de instituições de tratamento de dependentes. Elas não existem, sendo previsível que demandará muito tempo para a sua criação. Como se sabe, os entes da República Federativa do Brasil não são muitos afeitos a cumprir a lei.

privativa de liberdade imposta, e não apenas um terço, para os primários. A reincidência tem efeitos negativos nos prazos prescricionais (art. 110, caput, do CP).

A fixação do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, tal como prescrito no art. 33 do CP, deve levar em conta os maus antecedentes e eventual reincidência do réu.

A reincidência tem efeitos negativos nos prazos prescricionais (art. 110, caput, do CP).

A legislação penal e processual penal se apega com extremismo a esses institutos penais, sob o fundamento de que ao réu foi dada a oportunidade de se reeducar com a pena a ele imposta e, usando seu “livre arbítrio” e “autonomia” na escolha pela vida “normal” ou “desviante”, voltou a delinquir, devendo portanto sofrer restrições de direitos e intensificação de pena.

São várias as contradições lógicas e práticas que apontam para a ilegitimação da legislação penal e processual penal ao consagrar os institutos dos “maus antecedentes” e da “reincidência”.

A primeira contradição é evidente e consiste no fato de que, se o réu volta a delinquir, dando ensejo à configuração de seus maus antecedentes, ou mesmo da reincidência, isso indica que o sistema penal não foi capaz de cumprir a missão primordial a que se propôs, que é controlar o desvio ressocializando, com a pena, o delinqüente. A insistência na prática do delito aponta para a ineficácia do sistema, e indica muito mais a necessidade de reformas, que a vontade livre do cidadão de voltar a praticar crimes.

Por outro lado, os maus antecedentes, bem como a reincidência, configuram um *bis in idem*, ou seja, uma dupla punição ao autor do fato pelo estado. Se o delinqüente já foi uma vez punido pelo desvio praticado, não pode ser novamente, ainda que de forma indireta, punido pelo mesmo fato. E isso é o que faz a reincidência e os maus antecedentes. Qualquer exacerbação de pena ou restrição de direitos não têm fundamento, tão-só, no novo fato delituoso praticado, mas deita raízes na anterior conduta desviante, o que permite concluir que o estado está a punir o autor duas vezes pelo mesmo fato criminoso, ainda que de forma indireta. Paulo de Souza Queiroz (2001) assevera que o legislador,

não raro, vulnera, claramente, o mandamento da proporcionalidade. Exemplo disso é a adoção do instituto da reincidência (CP, arts. 61, I, e 63), uma vez que, ao se punir mais gravemente um crime, tomando-se por fundamento um delito precedente, está-se, em verdade, valorando e punindo, uma segunda vez, a infração anteriormente praticada (em relação à qual já foi o agente condenado e punido (p. 29)<sup>57</sup>.

Se assim não fosse, não haveria razão para o estado aumentar penas e restringir direitos diante do novo fato delituoso.

Registre-se, como se fez ao longo do presente trabalho, que “o direito penal é um instrumento precípua de produção e de reprodução de relações de desigualdade, de conservação da escala social vertical e das relações de subordinação e de exploração do homem pelo homem” (Baratta, 2002, p. 206), e que “os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa” (Baratta, 2002, p. 183).

O direito penal é altamente seletivo e se presta, como instrumento de controle social, à manutenção das relações sociais de poder em favor das elites econômicas e políticas. A escancarada ilegitimidade do sistema penal é suficiente para pôr em xeque os institutos da reincidência e dos maus antecedentes. Se a delinquência é criada pelo sistema em desfavor dos membros vulneráveis das classes subalternas, e se esses indivíduos são selecionados para assumirem o papel de criminosos, disso se conclui que a reincidência e os maus antecedentes, enquanto institutos negativos ao criminoso, somente se prestam a corroborar a ilegitimidade do direito penal, e devem, desde já, ser abolidos.

Com efeito, ainda que haja ampla previsão legal na legislação penal e processual penal determinando ao juiz a aplicação dos institutos, cabe ao Judiciário, como guardião da Constituição e da legitimidade do exercício do poder democrático, negar vigência àqueles instrumentos legais que contribuem com a manutenção da desigualdade e da injustiça social, tal como é o sistema penal e seus institutos correlatos.

Ao legislativo incumbe repensar o papel desses institutos na legislação brasileira, de modo a extingui-los definitivamente. No entanto, isso não impede,

---

<sup>57</sup> A mesma crítica ao instituto da reincidência faz Zaffaroni (Cf. Zaffaroni, 1991, p. 237).

antes impõe ao Judiciário que cumpra sua missão em benefício da sociedade e em deferimento à Constituição.

### 5.5.6

## SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – CRIMES DE MÉDIO POTENCIAL OFENSIVO

A suspensão condicional do processo é instituto inaugurado na legislação brasileira pela Lei 9.099/95, cujo artigo 89 prevê:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Trata-se de um instituto despenalizador, inserido na legislação brasileira na esteira das idéias reformistas que dominaram a promulgação da Lei 9.099/95, em vista da completa falência da pena de prisão. Assim como a transação penal – art. 76 – e como a composição civil dos danos – art. 74 – a suspensão condicional do

processo visa à despenalização da sociedade e da conflituosidade social, sobretudo quanto aos delinquentes primários autores de fatos de pouca relevância social.

Trata-se de um instituto de política criminal, benéfico ao acusado, proporcionando a suspensão do curso do processo, após o recebimento da denúncia, desde que o crime imputado ao réu não tenha pena mínima superior a um ano, mediante o cumprimento de determinadas condições legais, com o fito de atingir a extinção da punibilidade, sem necessidade do julgamento do mérito propriamente dito (Nucci, 2006, p. 409).

Assim, para aqueles crimes cuja pena mínima cominada no preceito secundário seja igual ou inferior a um ano e, preenchendo o réu os demais requisitos previstos no citado art. 89, é dever do Ministério Público propor-lhe a suspensão do processo, mediante o cumprimento, durante certo lapso temporal, de algumas condições. Findo o prazo legal, e cumpridas as condições impostas, declarar-se-á a extinção da punibilidade, sem condenação e sem o estigma que ela provoca.

O instituto merece aplausos, em razão da profícua e legítima missão que lhe foi confiada pela legislação. É preciso, porém, repensar o requisito objetivo instituído para que o réu faça jus ao benefício, qual seja, pena mínima cominada ao delito menor ou igual a um ano.

Na ocasião da edição da Lei 9.099/95, ficou estabelecido, pelo art. 61, que os crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, crimes para os quais seria cabível a transação penal, seriam aqueles cuja pena máxima cominada fosse igual ou inferior a um ano, prescrição que seguiu o comando do art. 98, I, da Constituição Federal. Ocorre que a mesma lei criou também os delitos de médio potencial ofensivo, e o fez ao instituir a suspensão condicional do processo. Assim, os crimes com pena máxima cominada até um ano seriam os de menor potencial ofensivo, os crimes com pena mínima cominada igual ou inferior a um ano, e, portanto, para os que caberia a suspensão condicional do processo, seriam os de médio potencial ofensivo, e os demais crimes foram classificados pela doutrina como de maior potencial ofensivo, dentre os quais havia, ainda, os de máximo potencial ofensivo, que seriam os crimes hediondos e equiparados.

Em 2001, porém, foi editada a Lei 10.259, que instituiu os Juizados Especiais Criminais Federais, e nesse novo diploma legal foi alargado o conceito de crimes de menor potencial ofensivo, que passaram a ser definidos como aqueles delitos cuja pena máxima cominada não ultrapassasse dois anos. É

verdade que a Lei 10.259/01 estabeleceu esse conceito apenas no âmbito dos Juizados Federais, mas logo a jurisprudência, que se tornou amplamente dominante, estendeu o conceito aos Juizados Estaduais, em razão do princípio da isonomia, de modo que também no âmbito de aplicação da Lei 9.099/95, eram considerados crimes de menor potencial ofensivo aqueles cuja pena máxima não superasse dois anos. Em recente modificação legislativa, a redação do art. 61 da Lei 9.099/95 foi corrigida pela Lei 11.313/2006, sufragando o entendimento jurisprudencial.

Após a edição da Lei 10.259/01, não faltou doutrina para advogar a tese de que, implicitamente, o conceito dos delitos de médio potencial ofensivo também fora alargado. Antes da edição da lei, o máximo da pena do crime de menor potencial ofensivo coincidia com o mínimo da pena da suspensão condicional do processo. Por aplicação lógica e sistemática, se houve aumento da pena máxima dos delitos de menor potencial, também haveria aumento da pena mínima da suspensão condicional do processo, a se permitir que coubesse o benefício nas hipóteses de crimes cuja pena mínima cominada fosse igual ou inferior a dois anos. “Com o advento da Lei 10.259/01, elevou-se em um ano o limite anteriormente estabelecido na Lei 9.099/95, de tal sorte que devem ser considerados como de menor potencial ofensivo os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos” (Podval, 2002, p. 1835).

Jurisprudência amplamente majoritária acabou por afastar esse entendimento doutrinário, mantendo o conceito original de crime de médio potencial ofensivo<sup>58</sup>.

Melhor é, porém, o entendimento segundo o qual de fato houve um aumento da pena mínima dos delitos de médio potencial ofensivo. E a razão é simples. Esse entendimento vai ao encontro da reconstrução da legitimidade do direito penal, à medida que contribui não só para a aplicação de um direito penal mínimo, como também proporciona a paralisação dos processos de criminalização em curso que chegam ao Judiciário. O alargamento do benefício propicia menos

---

<sup>58</sup> O STF pacificou o tema: “A Lei dos Juizados Especiais Federais, ao estipular que são infrações de menor potencial ofensivo aquelas cuja pena máxima não seja superior a dois anos, não produziu o efeito de ampliar o limite, de um para dois anos, para o fim da suspensão condicional do processo (HC 86452 / RS; Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA; Julgamento: 07/02/2006; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJ 03-03-2006; PP-00091).

aplicação repressiva do direito penal, eis que evitará a imposição da pena de prisão, bem como o estigma e a criminalização que ela proporciona.

Incumbe ao legislador modificar, no âmbito legal, o conceito de delitos de médio potencial ofensivo, mas isso não impede, antes impõe ao Judiciário a aplicação do conceito, para permitir que réus processados por crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a dois anos façam jus ao benefício legal da suspensão condicional do processo.

### 5.5.7

#### **SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA**

Outro dos requisitos para que o acusado faça jus ao benefício legal da suspensão condicional do processo é não estar sendo processado por outro crime – *caput* do art. 89 da Lei 9.099/95. Portanto, aos olhos da lei penal, o fato de o réu estar sendo meramente processado por qualquer outro crime lhe subtrai o direito à suspensão processual.

Vozes doutrinárias se levantaram contra tal requisito, eis que é direito fundamental, prescrito expressamente na Constituição Federal, o princípio do estado de inocência<sup>59</sup>, que consiste em se considerar o réu culpado apenas após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Pelo que está previsto no referido art. 89, estando em curso outro processo contra o acusado, já não haveria possibilidade de suspensão. Nessa parte, o art. 89 conflita flagrantemente com o princípio constitucional da presunção de inocência. Estando o processo em curso o acusado é reputado inocente. Logo, não pode o legislador tratá-lo como se condenado fosse. A regra de tratamento derivada da presunção de inocência impede que o “acusado” seja tratado como “condenado”. A existência de outro processo em curso, destarte, impõe ao juiz um exame mais aprofundado das chamadas condições judiciais (culpabilidade, conduta social, personalidade, motivos etc.), mas por si só não pode ser obstáculo à suspensão do processo (Grinover, 2002, p. 290).

Negar ao réu o direito à suspensão processual por estar sendo apenas processado por outro crime, sem a vigência de sentença condenatória transitada em julgado, violaria o citado dispositivo constitucional.

<sup>59</sup> A propósito do princípio do estado de inocência, cf. Oliveira, 2003, p. 23.

Antes de se chegar a essa conclusão é preciso, porém, verificar qual é o fundamento lógico da norma restritiva. Ao que parece, quis o legislador evitar que delinquentes recorrentes pudessem, seguida e concomitantemente, fazer jus ao benefício em variados processos, o que impediria o seguimento desses processos e imposição de pena a criminosos reiterados. Com efeito, se um delinquente praticasse diversos furtos simples, que têm pena mínima cominada de um ano de reclusão, faria jus à suspensão dos processos relativos a todos os delitos, de modo que jamais seria condenado, ainda que se mostrasse um ladrão de profissão. O dispositivo que institui a limitação quis evitar exatamente essa situação, e por isso taxou a restrição em benefício da segurança pública contra a prática reiterada de delitos pelo mesmo réu.

Se por um lado a restrição tem fundamento lógico, por outro se mostra efetivamente contrária ao princípio do estado de inocência. A razão é simples. A norma constitucional que trata do estado de inocência não traz exceções, não sendo lícito ao legislador infraconstitucional fazê-lo. Diz a Constituição que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória – art. 5º, inc. LVII, da CF. Assim, nem direta nem indiretamente pode o legislador traçar conseqüências penais ou processuais penais desfavoráveis ao réu com base meramente na existência do processo<sup>60</sup>.

Esse mesmo entendimento, *mutatis mutandi*, deve ser estendido ao objeto do presente capítulo. Vale dizer, a mera existência de um processo criminal não pode prejudicar o réu, nem direta nem indiretamente. Como afirma Nucci (2003), “antecedentes são apenas as condenações com trânsito em julgado que não são aptas a gerar reincidência. Todo o mais, em face do princípio da presunção de inocência, não deve ser considerado” (p. 264).

Veja-se que o processo criminal, no mundo jurídico, deve ser, em regra, considerado um nada, já que ele pode resultar em uma absolvição, ficando

---

<sup>60</sup> Já decidiu o STF: “A mera existência de investigações policiais (ou de processos penais em andamento) não basta, só por si, para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes. A só existência de inquéritos policiais ou de processos penais, quer em andamento, quer arquivados, desde que ausente condenação penal irrecorrível - além de não permitir que, com base neles, se formule qualquer juízo de maus antecedentes -, também não pode autorizar, na dosimetria da pena, o agravamento do "status poenalis" do réu, nem dar suporte legitimador à privação cautelar da liberdade do indiciado ou do acusado, sob pena de transgressão ao postulado constitucional da não-culpabilidade, inscrito no art. 5º, inciso LVII, da lei fundamental da república” (HC 84687 / MS; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 26/10/2004; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJ 27-10-2006; PP-00063).

evidente a ilegitimidade de se negar ao réu benefícios legais com base na sua mera existência, pois isso violaria direta ou indiretamente a presunção constitucional de inocência. Se o constituinte não permitiu exceções à aplicação do princípio, não pode o legislador infraconstitucional atropelar o comando constitucional.

A exigência da presença do requisito objetivo – não estar sendo processado por outro crime –, indubitavelmente, fere a presunção de inocência, pois coloca em posição dispar aquele que está respondendo a processo (ainda sem sentença condenatória com trânsito em julgado), diferenciando-o dos que não respondem a processo criminal. Ora, esse tratamento diferenciado (face ao chamado requisito objetivo) é, em última análise, exatamente o que se procurou evitar com o princípio da presunção de inocência – tratar desigualmente os que se encontram em situações iguais (Podval: 2002, p. 2022).

Incumbe ao legislador revogar, no âmbito legal, a restrição contida no caput art. 89 da Lei 9.099/95, para propiciar ao réu, mesmo quando esteja apenas sendo processado por outro crime, o direito ao sursis processual, mas isso não impede, antes impõe ao Judiciário a desconsideração da restrição, dando aplicabilidade ao princípio constitucional do estado de inocência para negar validade à citada limitação legal.

### 5.5.8

## **A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO NOS CRIMES PRATICADOS COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA**

Disciplinando a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, dispõe o art. do CP:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo (...) (grifo nosso).

Nesse referente, o CP foi modificado pela Lei 9.714/98, alargando as hipóteses de substituição da prisão por penas alternativas, o que merece aplausos, a partir da constatação não só da seletividade do sistema penal, como também da falência do cárcere.

Ocorre que o legislador, indevidamente, traçou como um dos requisitos para a substituição que o crime pelo qual foi o réu condenado não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

O direito penal é seletivo, e “o sistema de valores que neles se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados” (Baratta, 2002, p. 176). O sistema penal se presta como instrumento posto à disposição das elites para o controle social e para a manutenção das relações de poder desiguais do sistema tardo-capitalista. Essa seletividade se expressa à medida que o sistema escolhe quem serão os criminosos, e por quais crimes eles serão condenados.

Estão fora da seleção os integrantes das classes dominantes, e os delitos que produzem elevada danosidade social, tais como os crimes econômicos, ambientais, do colarinho branco, etc. São selecionados os membros vulneráveis das classes subalternas, e os delitos por ele normalmente cometidos como reação individual ao sistema social desigual, tais como os crimes patrimoniais e contra a pessoa.

Os delitos selecionados pelo sistema são os de maior visibilidade para a sociedade, os delitos que estão nos programas policiais das grandes redes de comunicação social. Os crimes econômicos, do colarinho branco, contra o Estado – já que o dinheiro público não tem um dono específico – têm pouca ou nenhuma visibilidade, de modo que o sistema penal, acompanhado e incentivado pela mídia, se preocupa com e seleciona os crimes que atingem interesses particularizados e visíveis.

O direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que freqüentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem às relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é freqüentemente muito larga quando os tipos legais têm por

objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder (Baratta, 2002, p. 165).

A violência ou grave ameaça são elementos que se fazem presentes apenas nos delitos tradicionalmente selecionados pelo sistema penal. Nos crimes contra as relações de consumo, contra a ordem tributária, contra a concorrência, contra o Estado, nos delitos ambientais, não se evidencia violência ou grave ameaça contra a pessoa, muito embora tais delitos provoquem infinitamente mais danosidade social do que os primeiros.

Ao traçar, como requisito para a substituição da prisão pelas penas alternativas, a inexistência de violência ou grave ameaça à pessoa na prática do delito, o legislador não fez mais que reiterar a seletividade do sistema e, por conseguinte, sua ilegitimidade, eis que a substituição será negada exatamente para os delinquentes e para os delitos que são recorrentemente escolhidos pelo sistema, e ainda se permitirá a aplicação de penas alternativas nos raros casos de condenação dos altos dignitários das elites nos crimes que repercutem negativamente nos interesses sociais.

Trata-se de uma inversão de valores que só contribui para a perda da legitimidade do sistema penal, e, por essa razão, não só o legislador tem o dever de revogar o requisito legal, como se impõe ao Judiciário negar-lhe validade, eis que viola a Constituição e sua imposição de um sistema penal legítimo e condizente com um regime democrático de justiça social.

Negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da existência de violência ou grave ameaça é punir duas vezes o réu, uma porque ele foi arbitrariamente escolhido pelo sistema – “por que a mim?”, poderia ele se perguntar – e outra porque se lhe negará a possibilidade de deixar de cumprir uma pena na espiral da criminalidade que é o cárcere.