

Abril 2014

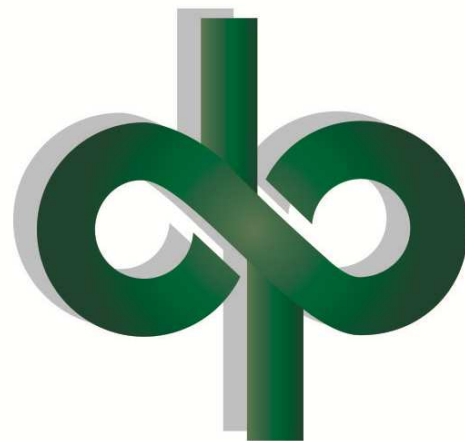
REVISTA

Edição nº 08 - 2014

DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ANDREY REGIS DE MELO
DOMINGOS BARROSO DA COSTA
EUGENIO PACELLI
JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA MOURA
JULIANA JOBIM DO AMARAL
MARIANA PY MUNIZ CAPPELLARI
VANESSA MOREIRA PERES

Coord. Editorial
Felipe Kirchner



**REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
do Rio Grande do Sul**

Porto Alegre/RS

2014



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ISSN 2177-8116

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [on line] /
Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 5, V.8
(jan/abril.2014). – Porto Alegre: DPE, 2014 –

Quadrimestral.

Modo de acesso:< <http://www.defensoria.rs.gov.br/revista> >

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

1. Direito - Periódico I. Rio Grande do Sul (estado). Defensoria Pública.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Gilmara Gomes - CRB-10/1367

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Nilton Leonel Arnecke Maria

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Marcelo Dadalt

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Luciana Pereira Kern

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Felipe Kirchner

CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Maria de Fátima Zachia Paludo

SUBCORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Rafaela Consalter

COORDENADOR DA REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Felipe Kirchner

CONSELHO EDITORIAL

Alvaro Roberto Antanavicius Fernandes

Domingos Barroso da Costa

Gustavo Lindenmeyer Barbieri

Vivian Rigo

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 – Centro Histórico

CEP 90010-100 – Porto Alegre/RS

Tel. 51 3211-2233

www.defensoria.rs.gov.br/revista

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresentamos mais uma edição quadrimestral da Revista da Defensoria.

A presente coletânea, como tem ocorrido em números anteriores, contém artigos com diferentes abordagens e reflexões sobre o fazer jurídico, visando a incentivar a produção científica e o ao aperfeiçoamento teórico e prático dos Defensores(as) Públicos(as) em sua atuação cotidiana.

Em análise e interpretação da legislação, apresentamos os artigos das Defensoras Juliana Jobim do Amaral e Mariana Py Muniz Cappellari, ambos dedicados à consideração de aspectos importantes das mudanças introduzidas pela Lei 12.403/11 no processo penal. Os artigos, já publicados em revistas jurídicas de renome, indicam tanto os avanços para o rompimento da cultura encarceradora, quanto para a adequação à legislação internacional de proteção aos direitos humanos. Juliana aponta para o fato de que a introdução de diversas modalidades de medidas cautelares de natureza pessoal potencializou nova gama de problemas a serem enfrentados em sua aplicação. Mariana, por sua vez, aborda a importante exigência e garantia do direito fundamental ao contraditório antes da concessão de medidas acautelatórias, em consonância com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em análise e interpretação de jurisprudência, apresentamos o artigo do Defensor Público Domingos Barroso da Costa sobre a definição da data-base para a segunda progressão de regime. No estudo, apresentado como "pequeno gesto de resistência a entendimentos jurisprudenciais que não podem prevalecer, por transferirem aos apenados os ônus decorrentes de históricas omissões do Estado", o Defensor sustenta que, atendidas as exigências objetiva e subjetiva para a progressão de regime – que têm por termo final de apuração o preenchimento do requisito temporal –, converte-se ela em direito subjetivo do apenado.

Já o artigo do Defensor Público Andrey Regis de Melo em coautoria com Vanessa Moreira Peres, suscita debates sobre a eficácia da aplicabilidade da Lei Maria da Penha, a partir do julgamento da ADIN nº 4424. Defendem os autores que a literalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/2006 - inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 -,

ao impedir a suspensão condicional do processo, nem sempre é a melhor solução de todos os casos de violência doméstica contra a mulher.

Ao pesquisar doutrina de direito comparado, especificamente do direito

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	6
A LEI 12.403/11: NOVOS E VELHOS PROBLEMAS	11
<i>Juliana Jobim do Amaral</i>	
ARTIGO 282, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA ESFERA INTERNACIONAL?	27
<i>Mariana Py Muniz Cappellari</i>	
CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEFINIÇÃO DA DATA-BASE PARA A SEGUNDA PROGRESSÃO DE REGIME NO CONTEXTO DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL	43
<i>Domingos Barroso da Costa</i>	
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E DIREITO PENAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO	57
<i>Andrey Regis de Melo e Vanessa Moreira Peres</i>	
HUMILHAÇÃO E DESCULPA CRIMINAL	83
<i>João Batista de Oliveira Moura</i>	
FUNCIONALISMO E DOGMÁTICA PENAL: ENSAIO PARA UM SISTEMA DE INTERPRETAÇÃO	123
<i>Eugenio Pacelli</i>	

A LEI 12.403/11: NOVOS E VELHOS PROBLEMAS¹

Juliana Jobim do Amaral²

RESUMO: Como é peculiar em alterações legislativas, a Lei 12.403/11 transformou substancialmente o Título IX do Livro I do Código de Processo Penal, trazendo modificações importantes, algumas imprecisões, não sem antes, em pontos nodais, ter mantido algumas situações pouco condizentes com o texto constitucional. Pontualmente, para além de ressuscitar o já tão discutido – senão em desuso – instituto da fiança, ampliou-se, em particular, o leque de alternativas à proteção da regular tramitação do processo penal, com a instituição de diversas outras modalidades de medidas cautelares de natureza pessoal (artigo 319) potencializando nova gama de problemas a serem enfrentados pelo ator jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 12.403/11. Alterações. Código de Processo Penal. Medidas Cautelares.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O “norte” cautelar: o princípio da proporcionalidade. 3. Análise tópica: flagrante, medidas cautelares e outros imbrólios. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Após mais de uma década de tramitação no Congresso Nacional, foi aprovado o Projeto de Lei 4.208-C/01, transformado na Lei 12.403/11. O texto, que entrou em vigor no dia 04 do mês de julho de 2011, introduziu um novo sistema de medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro, estruturando, em um mesmo arcabouço, prisão preventiva e diversas outras medidas alternativas ao cárcere (art. 319 do CPP).

¹ Artigo já publicado em: AMARAL, Juliana Jobim do. A Lei 12.403/11: novos e velhos problemas. **Revista Jurídica:** órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, ano 59, nº 404, junho de 2011; e em: AMARAL, Juliana Jobim do. A Lei 12.403/11: novos e velhos problemas. **Revista do SAJU:** para uma visão crítica e interdisciplinar do Direito/Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, 2011.

² Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Em sua parte inicial, encontramos, ainda que de forma tímida, dispositivos que vão ao encontro da Constituição da República; contudo, já na sua parte final, especialmente no capítulo da prisão preventiva, propriamente dito, ocorre exatamente o inverso, conforme passo a seguir a explanar.

2 O “NORTE” CAUTELAR: O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

De início, o art. 282 do CPP trouxe para dentro do Código de Processo Penal dois subprincípios integradores do *princípio da proporcionalidade* (CANOTILHO, 2003, p.266) servindo como elementos balizadores para aplicação das medidas cautelares, quais sejam, o da *necessidade* e o da *adequação*. Não sem muita demora, houve um acerto terminológico, trocando-se a expressão “conveniência” por “necessidade”. É o que minimamente se espera num Estado que se diga Democrático de Direito não haver espaço para pensar em prisão por mera conveniência, devendo-se tão somente recorrer à privação de liberdade quando houver necessidade com o desiderato de acautelamento da regularidade da instrução criminal.³

Em matéria penal, a exigência de *proporcionalidade* deve ser auferida mediante um juízo de ponderação entre a carga “coativa” da pena e o fim perseguido pela cominação penal. Com efeito, pelo “*princípio da proporcionalidade na relação entre crime e pena deve existir um equilíbrio – abstrato (legislador) e concreto (judicial) – entre a gravidade de injusto penal e a pena aplicada*” (PRADO, 2002, p. 122). Ademais, de acordo com Hassemer, o princípio da proporcionalidade não é outra coisa senão:

[...] uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionais (HASSEMER, 1984, p. 279).

Relembrando, ainda, que adequação “*informa que a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins*” (LOPES, Volume II, 2010, p. 174); já a necessidade:

[...] envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados (AVILA, 2010, p.172).

³ As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar, assim, patente seu caráter instrumental (ROXIN, 2000, pp. 257 ss).

Desse modo, manifesta proporcionalidade há em relação aos crimes culposos, para os quais permanece vedada a prisão preventiva (art. 313, parágrafo único, do CPP). Nesse sentido, igualmente não há razão que sustente a imposição de tal restrição da liberdade às infrações de menor potencial ofensivo, seja porque no âmbito dos Juizados Especiais Criminais o processo é orientado pelo princípio da informalidade, pela busca constante pela pacificação do conflito, seja pela possibilidade que há de suspensão condicional do processo, o que, por si só, já denota uma *ausência de necessidade* de preservação da efetividade do processo.

Com isso, denota-se uma ordem “preferencial” quando da decretação de medidas cautelares, reservando a prisão preventiva para as circunstâncias indicadoras de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa.

3 ANÁLISE TÓPICA: FLAGRANTE, MEDIDAS CAUTELARES E OUTROS IMBRÓGLIOS

No que pertine aos aspectos procedimentais das medidas cautelares, com base na nova legislação, alguns pontos merecem um cuidado especial. De acordo com o disposto no §2º do art. 282 do CPP, as medidas cautelares podem ser pleiteadas tanto na fase de investigação quanto depois de instalada a relação processual penal. Com isso, como regra, por não dependerem de anterior prisão em flagrante para a sua imposição, são consideradas *autônomas*, em que pese possam também ser aplicadas como *substitutivas* dessa, quando não for cabível a prisão preventiva. Conforme dispõe o artigo 321 do CPP:

Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

Ainda, há possibilidade de aplicação de forma *cumulada*, devendo obedecer, para tanto, aos princípios da *necessidade* e *adequação*, bem como à *natureza* ou à *modalidade* das medidas a serem aplicadas, sob o prisma da compatibilidade.

Outro aspecto a ser salientado, importante para as medidas alternativas outras que não a preventiva, foi a criação do *contraditório* (art. 282 §3º do CPP) quando do recebimento, pelo magistrado, de pedido de medida cautelar, ainda que saibamos que, na prática, nada nos faz crer que tal contraditório não é/será uma exceção, devido à “urgência” e ao “perigo de ineficácia da medida” – pressupostos de toda e

qualquer medida que possua natureza cautelar, que não tardarão em aparecer como razões para afastá-lo.

Dispôs de forma louvável a legislação ao prever expressamente ser a prisão preventiva *ultima ratio* no que se refere às prisões cautelares (§§ 4º e 6º do art. 282 do CPP), forçando o juiz, no momento da escolha, a fundamentar o motivo da opção por determinada medida cautelar em vez de outra.⁴ Assim, a decretação da prisão preventiva, que antes já deveria ser excepcional, passa a ser, em tese, ainda subsidiária, sendo apenas cabível quando não possível substituir a prisão por uma das medidas cautelares previstas no art. 319.

Como assevera Aury Lopes Junior (LOPES JR. Volume II, 2010, p. 132):

[...] há que se dar um basta à banalização das prisões preventivas, reservadas seu uso aos casos em que ela é efetivamente cautelar e faz-se estritamente necessária. A prisão preventiva e todas as demais cautelares inserem-se, perfeitamente, na lógica do sofrimento, bem tratada por SCHIETTI, segundo a qual a prisão cautelar é a possibilidade de impor imediatamente um mal, uma punição, exercer a violência contra quem praticou um delito, ou seja, é a reação violenta àquele que cometeu uma violência. É nessa linha, importante que a pessoa sofra na própria carne pelo mal que fez.

Nesse diapasão, o art. 283, para além de reproduzir o que dispõe o art. 5º LXI da CRFB, no que tange à obrigatoriedade de fundamentação quando da imposição de medida cautelar, parece ter sepultado definitivamente a possibilidade de execução provisória da condenação, conforme se depreende do *caput* do respectivo texto legal, a exigir, ou ordem escrita e fundamentada para imposição da prisão, ou sentença condenatória transitada em julgado.

Nesse sentido, já sustentavam Wunderlich e Carvalho:

[...] o entendimento que funda a execução penal antecipada, advindo da leitura isolada do artigo 27, §2º da Lei nº 8.038/90, densifica o sistema inquisitivo projetado no velho CPP". E ainda acrescentam: "a experiência forense revelou que a pena antecipada acaba por ser definitiva, pois em muitas oportunidades o recorrente cumpre sua integralidade (provisoriamente), ou até é indultado, sem contudo, haver o julgamento de seus recursos aos Tribunais Superiores. (WUNDERLICH; CARVALHO, 2007, p. 451)

A grande novidade, há que se dizer, está na extinção da até então acalentada discussão entre juristas sobre o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante.

⁴ Nesse sentido, já antecipava Aury Lopes Júnior, quando da análise do Projeto de Lei 4.208-C: "se houver alguma medida que se apresente igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como 'ultima ratio' do sistema" (LOPES. Volume II, 2010, p.174).

Assim (LOPES JR. Volume II, 2010, p. 72):

A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelares, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24 horas, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.

Agora, ao que se pode inferir do art. 310 do CPP, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, não pode mais se limitar a analisá-lo nos seus aspectos meramente formais. Deverá, sim, relaxar a prisão, conceder liberdade provisória ou convertê-la em preventiva (uma vez examinado o não cabimento das demais medidas cautelares alternativas do art. 319 do CPP), sempre de maneira fundamentada, exterminando, por derradeiro, os argumentos de ser esse tipo de encarceramento espécie de prisão cautelar, sob o fundamento de que o flagrante prende “por si só”, como ressoa ainda em alguma doutrina. Esclarece-se, em suma, que sequer se trata de *manter a prisão em flagrante*, mas, se for o caso, de *sua conversão “em” ou “na” decretação da prisão preventiva* (art. 310, II, do CPP). Com isso,

[...] sepultam-se, de vez, as absolutamente ilegais prisões em flagrantes que perduravam por vários dias, muitas vezes até a conclusão do inquérito policial (!) sem a necessária decretação e fundamentação da prisão preventiva. (LOPESJR. Volume II, 2010, p. 178)

Destarte, importante ressalva, conforme alude o parágrafo 1º do art. 283 do CPP, as medidas alternativas à prisão preventiva apenas podem ser aplicadas às infrações as quais for cominada pena privativa de liberdade, não alcançando aquelas em que se prevê pena restritiva de direito.

A inovação não parou por aí. Pelo art. 306 do CPP, acerca da comunicação da prisão, até então, quando da sua realização, a mesma deveria ser comunicada ao juiz competente, família ou pessoa indicada pelo preso. Nesse rol, a lei incluiu o Ministério Público. Tal inclusão guarda relação ao fato de não poder o juiz decretar de ofício medida cautelar, ao menos na fase pré-processual – antes de se tornar “presidente do processo” diante do recebimento da denúncia –, sob pena de se converter em um *juiz-acusador*, rompendo com a sua *imparcialidade* com relação ao objeto do processo (LOPES JR, Volume I, 2010, p.135) – tencionando devidamente o argumento, tal não deveria se dar nem quando na dita fase propriamente

processual, também sob o preceito de se romper com o *sistema acusatório* resguardado constitucionalmente (PRADO, 2006).

Quanto à fiança – ainda que em nada se tenha discutido sobre o mérito de seu caráter discriminatório no tocante à possibilidade ou não de cumprimento pela maioria da clientela do sistema penal – essa, agora, pode ser arbitrada pela autoridade policial, não mais levando em consideração o tipo de pena (prisão simples ou detenção), mas tendo como parâmetro o máximo da pena privativa de liberdade cominada (não superior a quatro anos).

Em contrapartida, no art. 311 do CPP, há a consagração do poder de agir de ofício do juiz, afrontando o princípio do sistema acusatório, basilar de um Estado Democrático de Direito, não resistindo a uma filtragem constitucional. É cediço que tal espécie de sistema, na esteira do princípio do devido processo legal e também da titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público (art. 129, I, da CRFB), impõe uma postura de alheamento do juiz, sob pena de não assegurar a sua própria imparcialidade.

Assim (LOPES JR. Volume II, 2010, p. 102):

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e outro de inércia.

No que diz respeito à prisão preventiva, no sistema anterior à Lei 12.403/11, essa somente poderia ser decretada se atendidas as circunstâncias fáticas do art. 312, cumuladas com os casos expressamente mencionados no art. 313 do diploma processual penal. Hoje, com o ingresso de diversas medidas cautelares alternativas ao cárcere, nos deparamos com nova fundamentação, bem como com inéditas situações de cabimento da prisão preventiva, independentemente das hipóteses arroladas no art. 313 do CPP.

Isso porque também é possível a decretação da preventiva, não somente quando presente as circunstâncias de fato do art. 312 do CPP, mas quando e sempre que for necessário para garantir a execução de outra medida cautelar, diversa da prisão (§4º do art. 282 do CPP). Portanto, a Lei 12.403/11 criou um sistema *alternativo*, de tal modo que a prisão preventiva seja, em regra, como já sustentado, a última providência cautelar. O que não impede, todavia, que para sua

decretação seja preciso necessariamente a anterior aplicação de alguma outra medida acautelatória.

Diante do exposto, há três situações em que pode ser imposta a prisão preventiva: a) com base no art. 311 do CPP, a qualquer momento na fase de investigação ou do processo, de modo autônomo e independente; b) de acordo com o disposto no art. 310, II, do CPP, como *conversão* da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares; e c) conforme art. 282, §4º e art. 312, par. único, ambos do CPP, em *substituição* à medida cautelar eventualmente descumprida. Impende ressaltar que, nas duas primeiras hipóteses, a decretação da prisão preventiva dependerá da presença das hipóteses fáticas e normativas do art. 312 do CPP, bem como daquelas do art. 313 do mesmo diploma legal, enquanto na última não se exigirá a presença destas últimas.

Contudo, portou-se o legislador de forma precária quando, para além de incluir mais uma hipótese de prisão preventiva, qual seja, em caso de descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta (par. único do art. 312 do CPP), manteve integralmente intacto o *caput* do referido artigo, com suas expressões ambíguas quando não irrefutáveis, concretizando uma verdadeira vitória do *decisionismo judicial* (FERRAJOLI, 1995, p. 541) e, por certo, do famigerado *direito penal de autor* (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 131). Ademais, no art. 311, há a consagração do *juiz-ator* e seu poder de agir de ofício, afrontando vez mais o já tão vilipendiado princípio acusatório basilar de nosso Estado Democrático de Direito.⁵

As prisões preventivas por conveniência da instrução criminal e também para assegurar a aplicação da lei penal são evidentemente instrumentais (cautelares), intimamente relacionadas à proteção do processo penal; contudo, a manutenção das expressões *garantia da ordem pública* e da *ordem econômica* denota um verdadeiro e lamentável ranço autoritário que há tempos continua a assombrar a nossa legislação.

Nem preciso seria renovar a constatação de que a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, ao revés de proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal, resguarda uma suposta

“comunidade”, coletivamente considerada, sob o pretexto de que ela seria ferrenhamente atingida pelo não encarceramento dos supostos autores do delito, o que infere num nefasto e ilegítimo controle da vida pública social (SANGUINÉ, 2003, PP. 113-119). Adiante, tal modalidade de prisão, ao menos, viola o princípio constitucional da *presunção da inocência*, já que, quer se pretenda sustentar a prisão preventiva para a garantia da ordem pública em razão do risco de novas infrações penais, quer em razão da intranquilidade originada pelo crime, estar-se-ia partindo de uma antecipação de culpabilidade (MORAES, 2010, PP. 382-398). Ademais, o art. 312 do CPP, quanto à prisão preventiva, apenas apõe a conveniência da “instrução criminal”, já o art. 282, I, do CPP, refere-se à instrução e também à *investigação*, com certeza ampliando o arco de incidência das medidas cautelares.

Com relação à liberdade provisória com ou sem fiança, tratada a partir dos artigos 321 e seguintes do CPP, impôs-se uma completa revisão do sistema. Antes mesmo de referir as alterações, frise-se que o termo “*liberdade provisória*” equivocadamente fora mantido na nova legislação, reafirmando-se seu inadequado manejo frente ao texto constitucional (art. 5º, LXVI da CRFB). Será por força exatamente dos mesmos direitos e garantias fundamentais, esculpidos em especial no artigo 5º, que não se deve deixar incólume a infeliz expressão utilizada pelo texto, em descompasso com os demais valores republicanos. Não será porque, ao que parece, o constituinte de 88 tenha se equivocado e tenha manejado de forma pouco rigorosa a expressão *liberdade provisória*, que hoje devêssemos permanecer atrelados a isto. O que pode ser provisório, pois, é, e sempre deverá ser, a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares que impliquem restrições a direitos fundamentais. Até mesmo, a rigor, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a restrição da liberdade eventualmente imposta não será *perpétua*, sendo sempre *provisória* (Cf. KARAM, 2009).

É de se notar que a própria lei nova autoriza a concessão de liberdade provisória para *todo e qualquer crime* quando ausentes as razões que permitiriam a decretação da prisão preventiva (art. 321 do CPP), estando aí vedada a exigência de fiança justamente para os crimes ditos mais graves e de maior reprovação social

⁵ Sobre a crítica acerca do núcleo do sistema inquisitório, em doutrina nacional, dentre outros: MIRANDA COUTINHO, 2001, p. 24; LOPES. Volume I, pp. 74-83; MORAIS DA ROSA, 2006, pp. 313-

(arts. 323 e 324, ambos do CPP). Assim, por um lado, possibilita a liberdade com a imposição de uma ou de várias cautelares, desde que não seja a fiança. E, para os demais crimes, tidos por afiançáveis por não se enquadrarem no rol dos artigos 323 e 324, ambos do CPP, a liberdade poderá ser obtida mediante a imposição de uma ou de várias cautelares, incluindo a fiança.

Com isso, visível o descompasso da lei, beirando a contradição: de um lado, evita-se a fiança para não onerar excessivamente autores de infrações menos graves, para os quais sequer prevê pena privativa de liberdade; de outro, proíbe-se a fiança para as mais reprováveis e graves infrações penais. Logo, se mesmo nos crimes rotulados como inafiançáveis, ao acusado pode ser concedida liberdade provisória sem fiança, tal instituto, a menos para o juiz, tornou-se completamente inócuo, quando não esdrúxulo.

De todo modo, o legislador perdeu uma ótima oportunidade para consertar os desvios produzidos pela previsão da inafiançabilidade na Constituição da República. Contudo, como assim não o fez, alguns comentários a respeito da liberdade provisória *com fiança* merecem ser explanados.

Em tese, a simples imposição de *fiança*, isolada ou cumulativamente com outra medida cautelar, seja na fase de investigação, seja na do processo, poderia ser entendida como uma forma de “liberdade provisória com fiança”. Da mesma forma, a cominação de medida cautelar desacompanhada desse instituto, levaria à hipótese de “liberdade provisória sem fiança”. Entretanto, isso não é verdade. Por isso, há que se indicar de forma mais adequada que a expressão “liberdade provisória”, sem entrarmos novamente na discussão a respeito de sua impropriedade terminológica, deva ser reservada para as diversas formas de *restituição da liberdade*, após uma prisão em flagrante, por exemplo.

Assim sendo, a liberdade provisória com fiança se diferenciará das outras modalidades acautelatórias, sem fiança, ou vinculada, pela simples imposição da fiança, que poderá vir, ou não, acompanhada de outra medida cautelar, conforme dispõem os artigos 282 §1º e 319, §4º do CPP.

Outro aspecto instigante é o que alude o par. único do art. 322 do diploma processual penal, ao prever, na hipótese da não possibilidade de arbitramento da fiança pela autoridade policial, que o juiz decidirá sobre o requerimento de fiança em

316; PRADO, 2006, p. 104 ss., e AMARAL, 2008, pp. 125-133.

48 (quarenta e oito) horas. Frise-se que o instituto da fiança *independe* de requerimento e, por isso, pode ser imposto de ofício, após a prisão em flagrante (art. 310, III, do CPP), além das outras oportunidades em que ele se mostre necessário e adequado (art. 282, §§ 2º e 6º, todos do CPP).

Tal fato denota mais um exemplo da falta de sistematicidade no trato com a matéria, pois, após a prisão em flagrante (art. 310, *caput*, do CPP), o juiz deverá, como já exposto, relaxar a prisão, ou converter o flagrante em prisão preventiva, ou, ainda, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Isto é, a concessão de liberdade provisória, seja com ou sem fiança, *independe* de qualquer requerimento do aprisionado ou de qualquer outra pessoa.

Destarte, nada impede, também, que o juiz imponha outra medida cautelar além da fiança, ainda quando da existência de pedido unicamente dela pelo aprisionado. Assim, não se trata mais de um “benefício” a ser conferido, mas de imposição de restrição de direitos por necessidade acautelatória, o que modifica tudo, sob o ponto de vista da aplicação da fiança, e, sobretudo, quanto ao momento e à pertinência de sua apreciação.

Por seu turno, imperiosa a análise do inciso I do art. 310. Por tratar de caso de relaxamento da prisão, por óbvio, não diz respeito a qualquer forma de liberdade provisória. A expressão relaxamento significa exclusivamente uma via de controle da *legalidade* da prisão, independentemente da modalidade, não se restringindo à hipótese de flagrante delito, em que pese a sua aplicação prática, em regra, ocorra em relação a essa.

Importante registrar que, havendo uma situação de excesso de prazo na prisão preventiva decretada, o tribunal, por via do remédio constitucional do *habeas corpus* ou até mesmo de recurso inominado, deve cassar a decisão, determinando de imediato o *relaxamento* do encarceramento, cuja continuidade já seria ilegal. Todavia, diferentemente do relaxamento, a *revogação* da prisão deve ser decidida, tanto pelo juiz que a decretou como pelo tribunal em grau de revisão, com fundamento na falta de motivo para que subsista, nos termos do art. 316.

Com isso, tendo o juiz constatado a existência de *ilegalidade* da prisão em flagrante, deve determinar, de imediato, seu relaxamento e, por consequência, parece claro, sem a imposição nem de fiança nem de qualquer outra modalidade de cautelar, limitando-se à exigência de comparecimento a todos os atos do processo,

sob pena de revogação. Assim, agora parece adequada a antiga classificação doutrinária “liberdade vinculada”, embora pouco técnica, para a diferenciação da providência com as demais cautelares dos artigos 319 e 320, que podem ser impostas isolada ou cumulativamente, incluindo a fiança.

Desta maneira, deparamo-nos com as seguintes espécies de liberdade: a) liberdade provisória em que é *vedada a fiança*, com possibilidade de imposição de qualquer modalidade de cautelar prevista nos artigos 319 e 320, ambos do CPP, por absoluta vedação do instituto da fiança (artigos 323 e 324 do CPP); b) liberdade provisória *com fiança*, sempre cabível após a prisão em flagrante ou quando não necessária a preventiva (imposição de fiança, além de outra cautelar, se assim entender necessário o juiz); c) liberdade provisória *vinculada* ao comparecimento obrigatório a todos os atos do processo (art. 310, parágrafo único, do CPP); d) liberdade provisória *sem fiança*, cabível após a prisão em flagrante, quando inapropriada ou incabível a preventiva, com posterior imposição de qualquer outra medida cautelar.

Já o par. único do art. 313 traz a possibilidade de prisão preventiva em razão da dificuldade na identificação civil do acusado, sem mencionar em quais tipos de crimes tal medida poderá ser aplicada, nem se os requisitos do art. 312 devem estar presentes para tal decretação. Desse modo, profundamente preocupante, e necessário o alerta:

Uma leitura isolada (que infelizmente será feita) permite prisão preventiva para averiguações, ainda que judicialmente autorizada, burlando as restrições existentes na prisão temporária, em que a jurisprudência consagrou a impossibilidade de prisão com base (isoladamente) no inciso II do artigo 1º da Lei nº 7.960. Essa prisão será contrária a toda principiologia da prisão preventiva e constituirá fonte de graves abusos (LOPES JR. Volume I, 2010, p. 179).

Não bastando tais aspectos problemáticos da nova legislação processual penal, a reforma deixou de tratar de temas importantíssimos, como por exemplo, a fundamental questão quanto ao prazo para a prisão preventiva. Não se estipulando prazo algum, continua-se a abrir a guarda para a pouco democrática *teoria do não-prazo* (DEU, 2007, p. 183).

Outro aspecto esquecido pelo legislador foi em relação ao recurso cabível da decisão que defere e que indefere a medida cautelar. Para além da possibilidade de impetração do habeas corpus, com fundamento no risco mediato à liberdade de locomoção, dado que, uma vez descumprida aquela será possível a preventiva,

entendo ser também cabível, salvo melhor juízo, o recurso em sentido estrito, com base no art. 581, V.

Neste interregno, uma pergunta ainda está a instigar a atenta doutrina: o tempo de cumprimento das medidas cautelares diversa da prisão preventiva será levado em conta para detração da pena, conforme o caso, como se se tratasse de verdadeira prisão provisória, nos termos do artigo 42 do Código Penal?

Alhures, embora com precioso anseio, instituiu-se um sistema polimorfo, como dito, com diversas medidas cautelares alternativas à prisão preventiva (art. 319), o que veio a plasmar sua excepcionalidade. Contudo, pouco se refletiu sobre se tal engenho fará com que acusados, que antes respondiam ao processo em liberdade sem qualquer tipo de ônus ou encargo, terão que suportar algum deles, seja, por exemplo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, seja manter contato com pessoa determinada, ampliando assim a malha de controle punitivo estatal.⁶ Isso denota que o legislador, no afã de tentar desinchar e desafogar a máquina judiciária, além de ter criado uma verdadeira lista de ônus a serem suportados por pessoas que antes se “livrariam soltas” para responder o processo em liberdade, sem qualquer tipo de encargo a ser cumprido, não se preocupou com os gravames que terão de ser suportados pelos serventuários da justiça que, para além dos infindáveis afazeres cotidianos, padecerão ainda mais na incumbência de fiscalizarem o cumprimento de tais medidas.

Contudo, importante tecer alguns comentários a respeito de algumas destas outras medidas cautelares. A primeira medida (inciso I) implica o comparecimento periódico a sede do juízo, para informação a respeito das atividades regulares. Tal medida deve se limitar às *informações* sobre as eventuais atividades em desenvolvimento pelo investigado ou processado, ou, conforme o caso, as razões pelas quais não se exerce qualquer uma delas. Interpretação diversa implicaria reconhecer como válida, imagine-se, uma norma penal que pune, por exemplo, a “vadiagem”, tal como formalmente previsto no art. 59 do DL 3.688/41 (Contravenções Penais). Assim, deve-se cuidar para não confundir uma investigação a respeito da *origem* dos recursos utilizados para a manutenção e

⁶ Sobre os mecanismos utilizados para ampliar o manancial de controle do sistema penal sobre os cidadãos, ver AMARAL, (Out 2010/Jan 2011), p. 406.

sobrevivência daquele que afirma não ter fonte de receitas, com algo muito diferente que é punir a indolência ou, ainda, a miserabilidade.

A segunda cautelar (inciso II) refere à proibição de acesso ou frequência a determinados lugares. A medida, ressalte-se, fulcrada na tentativa de impedir a prática de novas infrações, não requer a imposição, cumulativa, do monitoramento eletrônico (art. 319, IX).

Uma inovação trazida pela Lei 12.403/11 repousa na previsão de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (inciso V). Trata-se de medida de acautelamento prévio e anterior à decretação da preventiva, podendo até ser imposta independentemente de anterior prisão em flagrante, mas, segundo parece, mais adequada se revelaria como *substitutiva* da prisão em flagrante.

Importante salientar a diferença que há entre o *recolhimento domiciliar* e a *prisão domiciliar*. Esta última é cabível somente como *substitutivo* da prisão preventiva, atendidas determinadas condições e circunstâncias pessoais do agente, segundo artigo 318 do CPP.

Ademais, tal inciso não se entusiasmou em apontar a finalidade do recolhimento domiciliar, como o fez nos demais, o que indica maiores cuidados quando do seu manejo.

No que refere à internação provisória do imputável ou do semi-imputável (inciso VII), isto dependerá, por adequado, além da existência de indícios veementes de autoria e de materialidade do delito, que este seja de natureza violenta ou cometido mediante grave ameaça.

Com a Lei 6.416/77, que alterou o par. único do art. 310 do Código de Processo Penal, o instituto da fiança havia perdido sua importância, em razão da instituição legal da liberdade provisória sem fiança. Ao que parece, agora, o legislador fez ressurgir das cinzas tal instituto (inciso VIII). Medida essa que faz com que aspectos econômicos e financeiros do cidadão interfiram na manutenção de sua liberdade, trocando-a por pecúnia.

Não há como deixar passar imune à crítica tal inovação. Em que pese a lei se refira apenas ao comparecimento ao *processo penal*, não resta dúvida que ela poderá ser imposta e prestada desde o momento da efetivação da prisão em flagrante, o que denota ser completamente aceitável quando ainda na fase de investigação. Destarte, o legislador não pôde ser mais inconsistente quanto ao

requisito “resistência injustificada à ordem judicial”, devendo-se, ao menos, entender que se refira ao descumprimento de outra cautelar, como mecanismo de tentativa a salvar o instituto da fiança, como espécie de medida cautelar. Assim, a única alternativa para tentarmos compreender a inserção de tal instituto como espécie de medida cautelar é entendermos como apenas um reforço de fundamentação no que diz respeito ao comparecimento obrigatório a todos os atos do processo, sempre que a tanto for intimado, com base nos arts. 327 e 328. Ou seja, fiança como espécie de liberdade provisória substitutiva da prisão em flagrante.

Por derradeiro, a novidade de maior destaque encontra-se no inciso IX, qual seja o monitoramento eletrônico. Medida essa que deve ter um teor excepcional, devendo contar com a concordância e aderência do monitorado, pois mais importante ainda é não confundir o monitoramento a presos já condenados (como alternativa à prisão já imposta), com o monitoramento previsto aqui como medida cautelar.

Superada tal questão, o monitoramento eletrônico parece ser uma ferramenta que possibilita uma alternativa ao cárcere provisório, bem como a oportunidade de antecipar o fim da segregação provisória do acusado, permitindo de plano o retorno ao convívio familiar e o acesso a programas de tratamento disponibilizados pelo Estado, promovendo sua reinserção na sociedade. Todavia, importante observar que, se de um lado, o monitoramento eletrônico pode estigmatizar o usuário, uma vez que, dependendo do sistema utilizado, ao seu corpo é fixado um dispositivo que não poderá ser violado enquanto perdurar a condição imposta; de outro, o Estado não parece querer abrir mão de aprofundar seu poder de vigilância sobre o corpo social.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com alguma força de síntese, ao final, permite-se dizer que a nova Lei 12.403/11 trouxe relevantes alterações no âmbito das prisões e da liberdade provisória, bem como fez inserir, (in)felizmente, inúmeras alternativas ao cárcere, cabendo aos juízes e tribunais romperem com a cultura até então existente, para finalmente reservar-se a prisão preventiva para situações excepcionalíssimas. Porém, as novas espécies de cautelares pessoais não podem ser banalizadas e muito menos serem objetos de utilização indiscriminada pelos operadores do direito,

tendo em vista que, por lógica, nenhuma providência cautelar pode se tornar superior ao resultado final do processo a que se destina tutelar.

Desse modo, somente com a observância dos princípios da *provisoriedade*, *provisionalidade*, *excepcionalidade* e *proporcionalidade* (DEU, 2007, pp.171) é que as medidas cautelares, bem como as espécies de prisões acautelatórias poderão estar constitucionalmente conforme. Do contrário, serão consideradas ilegítimas, por configurarem espécies de antecipação de pena, desproporcional e desnecessária.

5 REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. **Violência e Processo Penal: Crítica Transdisciplinar sobre a Limitação do Poder Punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **A Cultura do Controle Penal na Contemporaneidade**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, vol. 12, nº 98, out 2010/jan 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DEU, Maria Teresa. **Leciones de Derecho Procesal Penal**. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid: Trotta, 1995.

GIACOMOLLI, Nereu. **Juizados Especiais Criminais**. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos de Derecho Penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Sapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias. Escritos sobre a liberdade**. Vol. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume I. 5ª edição. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume II. 3ª edição. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **O papel do novo juiz no processo penal**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 3ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. 1ª ed. 2ª reimp. Tradución de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SANGUINÉ, Odone. **A Inconstitucionalidade do Clamor Público como fundamento da Prisão preventiva**. Revista de Estudos Criminais, nº 10. Porto Alegre: Nota Dez, 2003.

WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. **Crítica à Execução Antecipada da Pena** (a Revisão da Súmula 267 pelo STJ). In: CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ARTIGO 282, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA ESFERA INTERNACIONAL?⁷

Mariana Py Muniz Cappellari⁸

“Primeiro levaram os negros
Mas não me importei com isso
Eu não era negro

Em seguida levaram alguns operários
Mas não me importei com isso
Eu também não era operário

Depois prenderam os miseráveis
Mas não me importei com isso
Porque eu não sou miserável

Depois agarraram uns desempregados
Mas como tenho meu emprego
Também não me importei

Agora estão me levando
Mas já é tarde.
Como eu não me importei com ninguém
Ninguém se importa comigo.” (Bertold Brecht)

RESUMO: Com o presente artigo se objetiva num primeiro momento a análise do disposto no artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 12.403/11, objetivando vincular-lhe ao princípio constitucional do contraditório, conferindo-lhe status de direito fundamental e humano, para, após, ao se relacionar a norma em questão com o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, proceder-se questionamento no que diz com o avanço legislativo processual do tema e, em contraponto, se da sua não-aplicação e conseqüente descumprimento, há a possibilidade de eventual condenação do Estado Brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo em vista a norma em

⁷ Artigo já publicado em: CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. Artigo 282, §3º, do Código de Processo Penal: Possibilidade de condenação do Estado brasileiro na esfera internacional? **Revista de Direito Brasileira, RDB**, ano 3, v. 4, jan-abr/2013, p. 169/183. Publicação oficial do CONPEDI.

⁸ Mariana Py Muniz Cappellari é Mestra em Ciências Criminais pela PUCRS (2013), Especialista em Ciências Penais pela PUCRS (2010), Especialista em Direito Privado pela UNISINOS (2004) e Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

comento encontrar correspondência na Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal. Prisão. Contraditório. Direitos Fundamentais. CADH.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal e da sua vinculação ao contraditório. 3. Do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: descumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos que gera responsabilização do Estado no plano internacional. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 12.403/11, introduziu-se no Código de Processo Penal um novo regime jurídico da prisão processual, da liberdade provisória, bem como se inseriu um rol de medidas cautelares diversas da prisão, ou melhor, alternativas ao cárcere.

Dentro deste contexto, a edição do artigo 282 do Código de Processo Penal, que, além de estabelecer os critérios os quais deverão pautar a aplicação das medidas cautelares, traz em seu §3º, para dentro do que então poderíamos chamar de processo penal cautelar, o contraditório.

O contraditório, além de tratar-se de princípio constitucional, estatuído no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, revela-se em direito fundamental e, por primeiro, direito humano, tutelado na Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992.

Dessa forma, num primeiro momento, se analisará o referido artigo de lei em questão e a sua confluência com o princípio do contraditório. Perspectiva tendo por foco os direitos humanos fundamentais, para, após, ao encontrar amparo para o referido dispositivo legal de direito interno na Convenção Americana de Direitos Humanos, trabalhar-se a possibilidade de condenação do Estado Brasileiro junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, levando-se em conta, que, embora o avanço legislativo nesse ponto, a sua não-aplicação e consequente descumprimento, pode gerar tal medida, mormente se considerado o fato de ter o

Brasil ratificado a Convenção em comento, bem como diante o disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Ao final, será delineada conclusão acerca da exposição, incluindo-se as referências bibliográficas.

2 DO ARTIGO 282, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DA SUA VINCULAÇÃO AO CONTRADITÓRIO

A Lei nº 12.403/11, mais uma das reformas pontuais produzidas junto ao Código de Processo Penal, pode-se dizer que trouxe um novo regime jurídico da prisão processual, da liberdade provisória, inovando ao estatuir um rol de medidas cautelares alternativas ao cárcere.

Nesse contexto, restaram estabelecidos no artigo 282 do Código de Processo Penal os critérios necessários à aplicação das medidas cautelares e mais especificamente, em seu §3º, o seguinte: *“Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”*.

Partindo-se do pressuposto que a estrutura processual é eminentemente dialética, o contraditório revela-se imprescindível, quiçá, por se considerar como marca distintiva dos demais procedimentos. Segundo FERRUA⁹, o contraditório, juntamente às condições de paridade e do Juiz imparcial, constitui um dos valores primários da justiça.

Entretanto, a doutrina há muito pautava a cautelaridade no processo penal fora da compreensão estrita de processo, justamente porque não havia como se falar em contraditório pleno, prévio ou concomitante à constrição, em que pese a existência de outros direitos e garantias vinculadas ao próprio contraditório.

Dessa forma, é evidente o avanço legislativo, na medida em que trouxe o contraditório antecipado à decisão acerca da concessão ou não das medidas cautelares, de forma obrigatória, exceto em caso de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, caso em que o contraditório, então, dar-se-á de forma postergada, diferida.

⁹ Em GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e Cautelares Alternativas ao Cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 29.

Mas em que se traduz este contraditório?

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, reconhece o contraditório como um direito fundamental de todo o cidadão, ao estatuir o seguinte: *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes”*.

Segundo LOPES JUNIOR o contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética¹⁰.

Dessa forma, pode-se dizer que o contraditório engloba o direito de as partes debaterem frente ao Juiz, que possam ter participação efetiva no processo, assim como se requer da postura do Magistrado, por conseguinte. Contudo, mais que isso, traduz-se no direito de o acusado ser ouvido pelo Juiz, de poder dar as suas razões, de exercer o seu direito de defesa, o qual está umbilicalmente vinculado ao contraditório. Nesse sentido é o próprio dispositivo constitucional transcrito.

E veja-se que o contraditório, além de alicerçar-se como princípio constitucional, garantindo-lhe o constituinte a pecha de direito fundamental, vem por primeiro conceituar-se como direito humano. Sinala-se que tal conceito é de suma importância, na medida em que, singelamente falando, os direitos humanos representariam aquela parcela de direitos reconhecidos internacionalmente como indispensáveis à existência humana, existência que se requer e se impõe de forma digna.

E é por isso que a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como o Pacto de San José da Costa Rica, pontua o contraditório, muito mais especificamente no que diz com o direito à liberdade pessoal, quando em seu artigo 7.5., assim dispõe:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

¹⁰ É o mesmo autor quem diz: “[...] O contraditório é uma nota característica do processo, uma exigência política, e mais do que isso, se confunde com a própria essência do processo. Como define RANGEL DINAMARCO – claramente inspirado em Elio Fazzalari -, o conceito moderno de processo necessariamente deve envolver o procedimento e o contraditório, sem o que não existe processo.” LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 197.

Nesse sentido, também o seu artigo 8.1., o qual discorre sobre as garantias judiciais, asseverando o seguinte:

Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Assim, o alcance pretendido pelo §3º do artigo 282 do Código de Processo Penal abrange estas disposições. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo-a ratificado em 1992. Mais do que isso, a redação do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal também assim já importaria, sem precisar se ingressar na discussão da supralegalidade ou não dos tratados internacionais protetivos de direitos humanos, já que o que se pretende é a interpretação e a leitura conjunta do dispositivo legal de direito interno em questão (lei ordinária) e daqueles da Convenção.

Resulta evidente, portanto, que nas hipóteses de flagrante delito convertido em prisão preventiva, bem como na decretação de prisão preventiva autônoma, exceto quando houver urgência ou perigo de ineficácia da medida, impõe-se a oitiva do preso e a sua apresentação ao Juízo competente.

Isso porque não se discute que tenha a legislação, ainda que sutilmente, conforme nos diz LOPES JUNIOR¹¹, permitido um tímido contraditório; em que pese não tenha a lei, e isso é comentado pela doutrina, deixado claro de que forma e quem exerceria este direito ao contraditório.

Com razão, a lei nos fala em intimação da 'parte contrária', que melhor se traduziria em acusado ou indiciado, ao menos, não se imagina o contrário, ou quem poderia ocupar esta posição senão o acusado ou indiciado. Ao depois, a intimação se daria para quê? Apresentação de resposta escrita? Para a realização de uma audiência?

Veja-se que diante o que já foi ressaltado, por tratar-se o contraditório de direito fundamental na ordem jurídica interna e, principalmente, de direito humano na órbita internacional, encontrando correspondência na Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme já se anunciou; ratificada pelo Brasil, o qual, portanto, e, segundo o que dispõe o artigo 1º da Convenção, comprometeu-se a respeitar os

direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, nos parece que imperiosa seria a realização de audiência como resposta à terceira pergunta antes formulada, quiçá, diante do que enuncia o artigo 7.5. da Convenção, quando nos diz que toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um Juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. Nesse sentido, o magistério de LOPES JUNIOR¹².

Dessa forma, parece claro que o ideal seria o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, intimar o indiciado ou acusado para uma audiência, na qual efetivamente se poderia falar em contraditório e direito de defesa, eis que presentes todas as partes (acusação e defesa), poderiam estas sustentar de melhor forma os seus pedidos, o que contribuiria sobremaneira com a decisão a ser proferida pelo Magistrado, dado maior grau de acerto.

Evidentemente, em caso de perigo ou ineficácia da medida, nada impede que, após o decreto de prisão, se assim entender o Juiz em decretá-la, seja designada uma audiência de forma imediata para a oitiva do indiciado ou acusado, o qual através de sua defesa poderá demonstrar a desnecessidade da medida, quanto mais isso se torna imprescindível nos casos de substituição, cumulação ou revogação da medida cautelar e decretação da preventiva (uma de suas novas

¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15.

¹² “Nossa sugestão, sempre foi de que o detido fosse desde logo conduzido ao juiz que determinou a prisão, para que, após ouvi-lo (interrogatório), decida fundamentadamente se mantém ou não a prisão cautelar. Através de um ato simples como esse, o contraditório realmente teria sua eficácia de ‘direito à audiência’ e, provavelmente, evitaria muitas prisões cautelares injustas e desnecessárias. Ou ainda, mesmo que a prisão se efetivasse, haveria um mínimo de humanidade no tratamento dispensado ao detido, na medida em que, ao menos, teria sido ‘ouvido pelo juiz’. Para os ‘operadores’ do Direito já imunizados pela insensibilidade, isso pode não representar muito, mas com certeza, para quem está sofrendo a medida, é um ato de maior relevância. Não sem razão, o art. 8º.1. da CADH determina que ‘toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente [...]’”. *Ibid.*, p. 15.

hipóteses, introduzidas pela Lei nº 12.403/11. Ver art. 312, parágrafo único¹³). Ainda acerca do discorrido, vale transcrever as palavras de GIACOMOLLI¹⁴.

Pondera-se que a questão da excepcionalidade da prisão cautelar é preocupação de todos os países civilizados, pois, embora a prisão provisória possa ser a medida mais efetiva para o cumprimento dos fins do processo, às vezes; é também a medida cautelar que comete as maiores violações da liberdade individual e de outros direitos fundamentais do indivíduo.

Não é sem razão que SANGUINÉ¹⁵ ao discorrer acerca da prisão provisória na Espanha, nos coloca:

“[...] La introducción de la audiencia previa refuerza la idea de que el derecho al contradictorio incluye, además, el derecho del preso provisional a ser oído personalmente por la autoridad judicial antes de adoptar la prisión provisional o, en su caso, mediante determinada representación, que se incluye entre las garantías fundamentales del procedimiento aplicadas en materia de privación de libertad [...].

Em assim sendo, parece evidente que há um considerável avanço legislativo no dispositivo legal em comento. Entretanto, questiona-se: a sua aplicação tem ocorrido desta forma no plano judicial interno? Se sim, ao menos não é o que diz a prática judiciária diária. Nessa esteira, há a possibilidade de responsabilização do Estado Brasileiro no plano internacional pelo descumprimento daquilo que se

¹³ “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)”. BRASIL. **Código de Processo Penal**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2012.

¹⁴ “Urge o cumprimento do determinado nos artigos 7º.5., da Convenção Americana dos Direitos do Homem, a qual ocupa patamar superior as leis ordinárias. Não é o que ocorre na Law in action. Tanto nas hipóteses de flagrante delito convertido em prisão preventiva, quanto na decretação de prisão preventiva autônoma, o preso não é ouvido e nem apresentado ao juiz. Isso não ocorre imediatamente e nem em um prazo razoável. Com isso se descumpre a CADH e a Constituição Federal, com o silêncio de toda a estrutura jurídica, em todos os níveis decisórios, postulatórios e doutrinários. O preso somente será ouvido quando da instrução processual e, via de regra, no final do procedimento, meses após a sua prisão. Nas situações de flagrante, o que é apresentado imediatamente ao juiz é a documentação da prisão, mas não o detido. Com isso, se esboroa o contraditório. Também, deveria ser cumprido o disposto no art. 8º.1, da Convenção Americana dos Direitos do Homem. O direito à audiência, de ser ouvido, é um desdobramento da ampla defesa (defesa pessoal) e do contraditório, na medida em que se daria ao sujeito a possibilidade de expor as suas razões defensivas, possibilitando a concessão da liberdade provisória ou a substituição da prisão pelas cautelares alternativas.” (GIACOMOLLI, *op. cit.* p. 30-31).

¹⁵ SANGUINÉ, Odone. **Prisión Provisional Y Derechos Fundamentales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 589.

obrigou a reconhecer, respeitar e efetivar? Passaremos, então, a trabalhar nesse sentido. Vejamos.

3 DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DESCUMPRIMENTO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS QUE GERA RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO NO PLANO INTERNACIONAL

Segundo PIOVESAN¹⁶, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos constitui o legado maior da chamada “Era dos Direitos”, que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional contemporâneo. A internacionalização dos direitos humanos é fenômeno recente na história, surgindo a partir do pós-guerra, evidentemente, como resposta às atrocidades e aos horrores produzidos de toda a sorte durante a vigência dos regimes totalitários.

A barbárie do totalitarismo rompeu e negou o valor da pessoa humana, razão pela qual o pós-guerra implica reconstruir os direitos humanos, tanto na esfera internacional, como na de direito interno, o que se verificou com a emergência de um novo direito constitucional.

Dessa sorte, o advento da Declaração Universal de 1948 e posteriormente, porque é o que aqui nos interessa, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1978, com o desenvolvimento de um sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos.

Diferentemente do sistema regional europeu e africano, o sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos apresenta singularidades, marcadas pelo seu contexto histórico. Os Estados da América Central e do Sul, por exemplo, são regiões que apresentam elevado grau de exclusão e desigualdade social, convivendo com reminiscências dos regimes autoritários ditatoriais que se fizeram presentes nestes Estados, bem como com a transição política aos regimes democráticos, o que revela adaptação e necessidade imperiosa de fortalecimento dos Estados de Direito, bem como, precária tradição de respeito aos direitos humanos.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

O instrumento de maior importância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 1969, tendo entrado em vigor em 1978.

Apenas Estados-membros da Organização dos Estados Americanos têm o direito de aderir à Convenção Americana. O Estado Brasileiro foi um dos Estados que mais tardiamente aderiu à Convenção, fazendo-o apenas em 25 de setembro de 1992.

A Convenção estabelece um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia, o qual é integrado pela Comissão Interamericana e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esta última é a que nos interessa no momento.

A Corte é o órgão jurisdicional do sistema regional, apresentando competência consultiva e contenciosa. Daí resulta que cumpre à Corte a interpretação das disposições da Convenção Americana, assim como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos, bem como a solução de controvérsias que se apresentem acerca da interpretação ou aplicação da própria Convenção, nesse último caso, de contenciosidade, podendo determinar ao Estado que violou direito da Convenção, a adoção de medidas necessárias à restauração daquele direito violado e, ainda, a sua condenação ao pagamento de uma justa compensação à vítima. A jurisdição da Corte é facultativa, sendo que o Brasil a reconheceu por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998.

Pois bem, ligando-se o aqui formulado ao que já se disse anteriormente, parece lógico afirmar que, em sendo o Brasil Estado-parte da Convenção, estando sujeito, portanto, à jurisdição da Corte, ao desrespeitar o disposto nos seus artigos 7.5 e 8.1, o que se comprometeu a respeitar e garantir, estaria sujeito, sim, a ser condenado no plano internacional, porque embora o avanço legislativo, não há aplicação eficaz do contraditório, no processo cautelar, dentro dos moldes desenvolvidos e estatuídos pela própria Convenção.

Em palestra proferida no dia 16 de agosto de 2012, no V Congresso Interamericano de Defensorias Públicas, realizado em Fortaleza/CE, Dorina Zoon, Representante da Open Society, uma Organização não governamental, afirmou que as chamadas audiências de custódia, onde o preso se apresenta ao Juiz ou a uma

autoridade assim também competente, já existem em todos os demais países da América Latina, ou, ao menos se encontram incorporadas às suas legislações, o que difere substancialmente do Brasil.

Veja-se que no plano do direito interno, o descumprimento do artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal, gera a nulidade da decisão proferida, atacável via habeas corpus, o que não exclui a possibilidade de arguição do aqui disposto, como inserção do chamado controle jurisdicional de convencionalidade das leis. É PIOVESAN¹⁷ quem diz.

Aqui, inserem-se os chamados deveres de proteção dos direitos fundamentais, considerado o contraditório como direito humano e fundamental. Os deveres de proteção dos direitos fundamentais advêm da construção dogmática constitucional que destaca a dupla dimensão dos direitos fundamentais. Uma dimensão subjetiva, de defesa, frente ao Estado, que se abstém de intervir; e uma dimensão objetiva, onde os deveres de proteção são tratados como imperativos de tutela, exigindo uma atuação positiva por parte do Estado, através do binômio proibição de excesso x proibição de proteção deficiente, fruto do modelo de Estado adotado pela Constituição e filosoficamente assentado no contratualismo.

GOMES¹⁸ pontua que diante do que dispõe a Convenção no sentido de que toda a pessoa detida deve ser apresentada, sem demora, à autoridade judiciária competente, a violação dessa garantia torna a prisão arbitrária, conforme Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1994, p. 186, El Salvador.

Saliente-se que no caso López Álvarez¹⁹ a Corte determinou que o direito reconhecido no artigo 7.5 da Convenção é essencial para garantir não somente o direito à liberdade pessoal, mas, também, outros direitos, como a vida e a integridade pessoal. Também na ótica da Corte é o controle judicial imediato um

¹⁷ “Como atenta Thomas Buergenthal: ‘Os Estados-partes na Convenção Americana têm a obrigação não apenas de ‘respeitar’ esses direitos garantidos na Convenção, mas também de ‘assegurar’ o seu livre e pleno exercício. Um governo tem, conseqüentemente, obrigações positivas e negativas relativamente à Convenção Americana. De um lado, há a obrigação de não violar os direitos individuais; por exemplo, há o dever de não torturar um indivíduo ou de não privá-lo de um julgamento justo. Mas a obrigação do Estado vai além desse dever negativo e pode requerer a adoção de medidas afirmativas necessárias e razoáveis, em determinadas circunstâncias, para assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos pela Convenção Americana’”. *Ibid.*, p. 129-130.

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio e MARQUES, Ivan Luís (Coord.). **Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 72.

¹⁹ ANÁLISIS de La Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad (Artículos 7 y 5 de La Convención Americana sobre Derechos Humanos). San José: Corte IDH, 2010, p. 51.

meio de controle idôneo para evitar a arbitrariedade e a ilegalidade das detenções, tomando em conta que em um Estado de Direito corresponde ao Julgador garantir os direitos do detento, autorizar a adoção das medidas cautelares e de coerção, quando necessárias, procurando sempre conciliar estas com o princípio da presunção de inocência.

Para a Corte Interamericana²⁰ o simples conhecimento judicial de que uma pessoa está detida não satisfaz a garantia estabelecida no artigo 7.5 da Convenção, sendo necessário que o detido compareça pessoalmente e preste as suas devidas declarações perante um Juiz ou autoridade competente a tanto. Nessa senda, os casos *García Asto*, *Palamara Iribarne*, *Acosta Calderón* e *López Alvarez*.

Tanto isso faz sentido, que no Informe Anual da Corte Interamericana do ano de 2011²¹ resultou assentado o seguinte:

GARANTIAS JUDICIAIS

A Corte reiterou sua posição a respeito de que o artigo 8.1 da Convenção não se aplica somente a processos acompanhados perante juízes e tribunais judiciais, visto que as garantias que estabelece devem ser observadas nos distintos procedimentos em que os órgãos estatais adotam decisões sobre a determinação dos direitos das pessoas, já que o Estado também outorga a autoridades administrativas, colegiadas ou unipessoais, a função de adotar decisões que determinam direitos. Assim, as garantias contempladas no artigo 8.1 da Convenção são também aplicáveis ao suposto em que alguma autoridade pública adote decisões que determinem tais direitos, levando em consideração que não lhe são exigíveis aquelas próprias de um órgão jurisdicional, mas sim deve cumprir com aquelas garantias destinadas a assegurar que a decisão não seja arbitrária.

DIREITO A SER OUVIDO

A Corte declarou que o direito a ser ouvido implica, por outro lado, um âmbito formal e processual de assegurar o acesso ao órgão competente para que determine o direito que se reclama em apego às devidas garantias processuais (tais como a apresentação de alegações e o aporte de prova). Por outra parte, esse direito abrange um âmbito de proteção material que implica que o Estado garanta que a decisão que se produza através do procedimento, satisfaça o fim para o qual foi concebido.

DIREITO À LIBERDADE PESSOAL

LIMITES DA PRISÃO PREVENTIVA

A Corte destacou que o Estado no momento de realizar uma detenção deve respeitar as garantias consagradas na Convenção e sua aplicação deve ser de caráter excepcional e respeitar o princípio à presunção de inocência e os princípios de legalidade, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis em uma sociedade democrática.

A Corte reiterou que os Estados estão obrigados a estabelecer, tão exaustivamente quanto seja possível e de forma prévia, as “causas” e as “condições” da privação da liberdade física. Por isso, a Corte

²⁰ *Ibid.*, p. 53-54.

²¹ INFORME Anual da Corte Interamericana do Ano de 2011. Disponível em: <<http://corteidh.or.cr>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

reiterou que qualquer requisito estabelecido na lei nacional que não seja cumprido ao privar uma pessoa de sua liberdade, gerará que tal privação seja ilegal e contrária à Convenção Americana. (o grifo é nosso)

No âmbito europeu, veja-se que BARONA VILAR²² aponta para a recomendação nº R (80) 11 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 27 de junho de 1980, dirigida a todos os seus Estados-membros, no sentido de reduzir a aplicação da prisão provisória por razões humanitárias e sociais ao mínimo compatível com os interesses da justiça, e, de outro lado, instituir, em nível europeu, certas normas aplicáveis às pessoas que se encontram presas provisoriamente a responder um processo judicial, aconselhando que se levem em conta determinados princípios, entre eles, o de todo acusado ou processado privado de sua liberdade ser conduzido sem demora à presença de uma autoridade judicial competente, para que esta decida sem dilações acerca da sua prisão.

O artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal inova ao trazer o contraditório para dentro do que então se poderá chamar processo cautelar e o faz numa dimensão até então não percebida pelos seus operadores, na medida em que a norma em questão apresenta reciprocidade àquilo que a Convenção dispõe. Dessa forma, o não-cumprimento do artigo em comento na sua extensão completa, viola a Convenção e, conseqüentemente, gera para o Estado Brasileiro a possibilidade de vir a ser condenado no âmbito internacional, porque embora cumpra parte do seu dever, no que diz com a adoção de disposições de direito interno, é o que se vê do artigo 2º da Convenção, falha ao não estabelecer de forma eficaz aquele direito, ao qual se comprometeu a garantir através do livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição. De tudo o que se disse fica então assentado que o sistema interamericano está se consolidando como importante e eficaz estratégia de proteção dos direitos humanos quando as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas, cumprindo aos atores processuais, nas suas respectivas posições, fazer dar vazão ao efetivo e real cumprimento das normas estatuídas na Convenção e, na espécie, no que diz com o artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal, com reciprocidade na ordem jurídica interna

²² VILAR, Silvia Barona. **Prision Provisional y Medidas Alternativas**. Barcelona: Libreria Bosch, 1988, p. 162.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da modernidade e com as fraturas operadas pelo pós-guerra, urge a reconstrução dos direitos humanos (o que já vem ocorrendo em âmbito internacional), quiçá, no plano do direito interno, como mão única à consolidação de um Estado de Direito que se quer e pretende Democrático.

A Lei nº 12.403/11 avançou ao estatuir no seu artigo 282, § 3º, a inserção do contraditório, no plano do processo cautelar, o que, há alguns anos, representaria motivo de severa crítica, senão heresia jurídica, no dizer de LOPES JUNIOR.²³

Entretanto, a devida extensão a ser dada ao contraditório, na condição de direito humano fundamental, ainda carece de efetivação. Dentro desta afirmativa é que se concluiu pela possibilidade de condenação do Estado Brasileiro no plano internacional, na medida em que falha como agente responsabilizado que é pelo resguardo e concretização deste direito, o qual se obrigou a zelar quando da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Mas quer-se aqui levantar uma consideração. Não existe contraditório, se inexistentes partes. O contraditório é dialético, e, assim, pressupõe partes adversas. O sistema acusatório aponta para a divisão de papéis no processo penal: a Defesa, a Acusação e o Juiz. Logicamente, cumpre aos atores processuais não se calar, dando voz ao impugnar as decisões e ao requerer o efetivo cumprimento da norma em sua extensão completa, chamando ao artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal, um real contraditório, aquele corolário do disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Contraditório como Direito Humano Fundamental, condutor do direito de audiência, do direito de ser ouvido e de dar as suas razões ao Julgador, possibilitando-se, com isso, o direito de convencer o Magistrado acerca dos seus motivos, ou, ainda, com o intuito de justificar a face igualitária da justiça, pois, de acordo com LOPES JUNIOR²⁴ ao citar W.GOLDSCHMIDT, “*quien presta audiencia a uma parte, igual favor debe a la outra.*”

Em época em que se discute a superlotação carcerária, em que se pugna pela redução dos números de presos provisórios no País, parece-me que a adoção do artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal, e sua consequente aplicação em sua

²³ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, p. 14.

devida extensão (como direito humano fundamental, nos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos), causaria impacto surpreendente e positivo no (des)encarceramento cautelar.

Nesse ponto, cumpre, ainda, destacar o papel da Defensoria Pública nesta seara. A Defensoria Pública, ao ser criada pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental do cidadão, veio com o intuito de assegurar o cumprimento de outro direito fundamental que é o acesso à justiça. Acesso que deve possibilitar a todos aqueles que não possuem recursos financeiros suficientes para adimplir com as custas do processo e com os honorários advocatícios.

Ocorre que, hoje, a dimensão institucional da Defensoria Pública é mais do que ser essencial à função jurisdicional do Estado, é, de acordo com a redação conferida ao artigo 1º da Lei Complementar nº 80/94, dada também pela Lei Complementar nº 132/2009, a de promoção dos direitos humanos.

Na atualidade, é objetivo da Defensoria Pública, de acordo com o artigo 3º-A, da já citada legislação, a prevalência e a efetividade dos direitos humanos. E, veja-se que, em seu artigo 4º, aponta-se como uma dentre tantas outras funções institucionais da Defensoria Pública, a de representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos.

Não é por acaso que no ano de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos assinou um Acordo de Entendimento com a Associação Interamericana de Defensorias Públicas (doravante AIDEF), para prover de assistência legal gratuita as supostas vítimas que carecem de recursos econômicos ou de representação legal perante a Corte, em conformidade ao estabelecido no Regulamento da Corte que entrou em vigor em janeiro de 2010, com a finalidade precípua de implementar a figura do defensor interamericano.

Dessa sorte, sabido que a Defensoria Pública se faz constantemente presente nas Varas Criminais (poder-se-ia dizer quase na sua totalidade), diante o fato da seletividade do sistema criminal (e não se pretende aqui discutir tema cuja extensão seria imprópria para a presente proposta, apenas se afirma aquilo que empiricamente se consegue perceber), contando na ponta dos acusados e indiciados, em geral, pessoas que não possuem condições econômicas para prover um advogado, eis que operada a desigualdade e exclusão social (outro dado que

²⁴ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, p. 196.

poderia gerar maior debate); se lhe impõe de toda a sorte, e mais do que a qualquer outro ator processual, dar voz ao cumprimento e efetividade ao Direito Humano e Fundamental do contraditório, na forma estabelecida pelo artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal.

Mas isto, com certeza, demanda caminhar o caminho²⁵, abrindo-se tema para outra e futura discussão.

5 REFERÊNCIAS

ANÁLISIS de La Jurisprudência de La Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad. San José: Corte IDH, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2012.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere**. Marcial Pons, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). **Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

INFORME Anual da Corte Interamericana do Ano de 2011. Disponível em: <<http://corteidh.or.cr>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

LEGISLAÇÃO da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: ADPERGS, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas. Atualizado – Lei 12.403/11**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁵ Vale aqui a transcrição do poema de António Machado, poeta sevilhano: “Caminante, son tus huellas el camino, y nada más; caminante, no hay camino, se hace camino al andar. Al andar se hace camino, y al volver la vista atrás, se ve la senda que nunca se ha de volver a pisar. Caminante, no ya camino, sino estrellas en la mar.” Disponível em: <<http://ocanto.esenseu.net/destaque/machado.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANGUINÉ, Odone. **Prisión Provisional y Derechos Fundamentales.** Valência: Tirante lo Blanch, 2003.

VILAR, Silvia Barona. **Prision Provisional y Medidas Alternativas.** Barcelona: Libreria Bosch, 1988.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEFINIÇÃO DA DATA-BASE PARA A SEGUNDA PROGRESSÃO DE REGIME NO CONTEXTO DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL²⁶

Domingos Barroso da Costa²⁷

RESUMO: O presente trabalho visa a uma abordagem crítica da postura incoerente e assistemática que marca a execução penal no Brasil. Para tanto, após partir de uma análise dos aspectos *macro* da temática em foco – em que se procura descortinar os desígnios velados a que serve a execução penal no Brasil –, adentra-se o plano *micro*, no que se desenvolvem considerações sobre a ausência de critérios na definição da data-base para a segunda progressão de regime. Nessa dinâmica, defende-se que o lapso temporal previsto como condição objetiva para acesso ao direito em questão deve ser tomado como termo final para a apuração quanto ao preenchimento dos requisitos subjetivos.

PALAVRAS-CHAVE: Execução penal. Seletividade. Sistema penal. Data-base. Progressão de regime.

SUMÁRIO: 1. Reflexões introdutórias 2. Sobre a definição da data-base para a segunda progressão de regime 2.1. Quanto à natureza declaratória das decisões que reconhecem o direito à progressão de regime, livramento condicional ou à aplicação judicial do indulto e da comutação 3. Considerações finais. 4. Referências.

1 REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS

É seguro afirmar que a Execução Penal é uma das temáticas menos exploradas pela doutrina nacional, sendo esse um dos motivos pelos quais o cumprimento de pena no Brasil converte-se em verdadeira *terra de ninguém*, bem refletindo o pouco interesse que se tem quando se está em jogo qualquer questão

²⁶ Artigo já publicado em: COSTA, Domingos Barroso da. Considerações sobre a definição da data-base para a segunda progressão de regime no contexto da execução penal no Brasil. **Boletim IBCCRIM**, v. 20, n. 239, out. 2012.

que diga respeito àqueles que suportam os efeitos de uma condenação criminal. Aliás, não é demais lembrar aqui que os submetidos ao sistema prisional brasileiro compõem uma massa de indivíduos já previamente selecionados nos nichos de miséria resultantes das mais variadas omissões do Estado em conferir, a todos e igualmente, o acesso a padrões mínimos de existência digna.

Ou seja, nunca é demais lembrar que a exclusão social é prévia e a condenação criminal apenas um dos últimos selos confirmatórios de uma condição marginal, para o que já alertavam as teorias sociológicas que revolucionaram a Criminologia, citando-se, por todas, a teoria do *labeling approach*. Em superação ao paradigma etiológico, que buscava nos sujeitos uma essência criminosa, as teorias sociológicas – como a do *labeling approach* – afastaram-se de perspectivas que *naturalizavam* o crime – como se tal *qualidade* fosse inerente a algumas condutas –, passando a abordá-lo como fenômeno complexo, de forte carga política.

Nessa dinâmica, trouxeram ao debate uma realidade que, de tão óbvia, mesmo hoje se faz pouco pensada: as condutas não são criminosas em si mesmas, mas assim são rotuladas segundo os interesses de grupos sociais dominantes, que elaboram leis e definem comportamentos em conformidade com seus objetivos que, à toda evidência, incluem a conservação do poder. E mais: não só a definição do que seja crime, mas também o próprio combate do que se define como crime é seletivo, de modo que nem toda conduta rotulada como criminosa é alvo de efetiva repressão pelo sistema penal.

Não por acaso, portanto, encontram-se nossos cárceres repletos de suspeitos, acusados e condenados por furtos, roubos, homicídios e tráfico de drogas, mas vazios de indivíduos aos quais se atribuam práticas como lavagem de dinheiro, sonegação fiscal e todo tipo de corrupção. E, especialmente no Brasil, certo é que essa realidade não decorre da existência de um menor número de autores dos chamados *crimes de colarinho branco* em relação à quantidade daqueles envolvidos com as outras práticas mencionadas (homicídios, roubos, furtos etc.).

Nada mais normal. Afinal, em regra que comporta raríssimas exceções, os autores de furtos, roubos, homicídios e tráfico de drogas têm características bem definidas que, desde sua origem já marginalizada, os tornam alvos certos do

²⁷ Domingos Barroso da Costa é Defensor Público no Estado do Rio Grande do Sul, Especialista em Criminologia e Direito Público e Mestre em Psicologia pela PUC-Minas.

sistema penal. Noutros termos, trata-se de indivíduos que geralmente já nascem com a missão de desempenhar o papel de contraponto das *peças de bem*, os quais, numa sociedade que se estrutura e mantém pelo consumo, se identificam pela condição de “consumidores falhos”, em designação assinada por Bauman.

Segundo o autor polonês:

[...] Na sociedade de consumidores, os “inválidos” marcados para a exclusão (uma exclusão final, irrevogável, sem apelação) são “consumidores falhos”. De maneira distinta dos considerados inadequados à sociedade de produtores (desempregados e rejeitados pelo serviço militar), não podem ser concebidos como pessoas necessitadas de cuidados e assistência, uma vez que seguir e cumprir os preceitos da cultura de consumo é algo considerado (de modo gritantemente contrafactual)

Para Bauman, portanto, diferentemente do que se verificava na dita sociedade de produtores – em que gastos com cuidado e assistência justificavam-se por proporcionarem a *recuperação* de indivíduos considerados inadequados, tendo em vista sua integração aos processos de produção (daí, inclusive, a função ressocializadora atribuída às penas) –, numa sociedade de consumidores, a pronta e irreversível exclusão é o que se reserva para quem venha a ser considerado inválido para o consumo. Afinal, pressupõe-se – contrafactualmente – que a adequação aos preceitos de uma cultura de consumo é algo universalmente possível e, assim sendo, qualquer falha nesse processo de inclusão há de ser atribuída exclusivamente ao indivíduo que fracassou em sua missão, o qual pode então ser identificado como “consumidor falho”.

Aliás, não haveria de ser diferente num contexto neoliberal, em que o Estado se afasta de seus compromissos de inclusão e passa a adotar medidas excludentes como solução para problemas sociais, em projeto cuja execução encontra no sistema penal e no encarceramento em massa suas alternativas mais eficazes – de menor custo e melhores resultados, uma vez que ainda rendem votos, na medida em que se apresentam como bandeiras do combate à criminalidade, cujos efeitos os meios de comunicação de massa cuidam de maximizar.

Nas palavras de Wacquant:

Máquina varredora de precariedade, a instituição carcerária não se contenta em recolher e armazenar os (sub)proletários tidos como inúteis, indesejáveis ou perigosos, e, assim, *ocultar* a miséria e *neutralizar* seus efeitos mais disruptivos: esquece-se freqüentemente que ela própria contribui ativamente para estender e perenizar a insegurança e o desamparo sociais que a alimentam e lhe servem de caução. Instituição total concebida para os pobres, meio criminógeno e desculturalizante moldado pelo imperativo (e pelo fantasma) da segurança, a prisão não pode senão empobrecer aqueles

que lhe são confiados e seus próximos, despojando-os um pouco mais dos magros recursos de que dispõem quando nela ingressam, obliterando sob a etiqueta infamante de “penitenciário” todos os atributos suscetíveis de lhes conferir uma identidade social reconhecida (como filho, marido, pai, assalariado ou desempregado, doente, marselhês ou madrilenho etc.), e lançando-os na espiral irreversível da pauperização penal, face oculta da “política social” do Estado para com os mais pobres, que vem em seguida naturalizar o discurso inesgotável sobre a “reincidência” e sobre a necessidade de endurecer os regimes de detenção (com o obsessivo tema das “prisões três estrelas”), até que finalmente se comprovem dissuasivos. (2001, ps. 143-144)

Inegável, portanto, que a execução criminal serve aos mais inconfessáveis desígnios, alguns mais, outros menos explícitos, mas obviamente transcendentais ao que deveria estar restrito à efetivação de uma sentença penal condenatória, a partir de meios capazes de propiciarem uma harmônica (re)inserção social daqueles submetidos a uma pena. Especificamente quanto a este escopo ressocializador, embora previsto como princípio máximo de orientação da execução penal (LEP, art. 1º), é de se reconhecer que há muito se mostra esvaziado de sentido, expondo-se cada vez mais o potencial excludente e estigmatizante das sanções penais, enquanto ápice da intervenção punitiva do Estado.

Breves visitas a estabelecimentos prisionais ou simples consultas à vida pregressa dos criminalmente condenados neste país são suficientes à comprovação do que se acaba de afirmar, na medida em que revelam aquela que atualmente pode ser considerada a principal – embora não declarada – função da execução penal: a de neutralizar uma parcela de sujeitos desde sempre privados das mais básicas condições de cidadania. Noutros termos, trata-se a execução penal – e, principalmente, a pena privativa de liberdade – de uma forma barata e eficaz encontrada pelo Estado para manter sob controle os rejeitos do capitalismo de consumo neoliberal, que é fundamento de suas políticas econômicas.

Daí converterem-se os cárceres em verdadeiros *depósitos de gente* – com o perdão pelo clichê, na falta de expressão que melhor defina os estabelecimentos prisionais no Brasil. Daí também o motivo de não despertarem maior interesse ou terem mais visibilidade os debates que se propõem a uma aprofundada análise do tema, sob os aspectos social, jurídico e político. Afinal, não se trata de questão que renda votos. Ao contrário, pela *boca* da mídia exploradora do discurso da vingança pública mediante o *espetáculo do aprisionamento*, o descaso com a execução penal se institui como postura mais simpática à sociedade.

Nesse contexto de culto ao *punitivismo* e confirmação jurídica da exclusão social, quanto mais intransponíveis forem os óbices opostos ao avanço progressivo do apenado rumo à liberdade – tal como previsto na Lei de Execução Penal –, mais aprovação se angariará junto à opinião pública, que, em terras nossas, se confunde com a opinião publicada.

Tem-se, pois, terreno fértil para as mais clamorosas irracionalidades no que concerne à aplicação de nossa LEP, a qual se converte em letra morta pelas penas de grande parte de nossos magistrados, que se recusam a interpretá-la à luz dos princípios constitucionais, com o que terminam por avalizar as mais absurdas omissões estatais.

Desse quadro *kafkiano* emergem inúmeras e complexas questões que poderiam ser objeto de análise no âmbito do presente estudo. Porém, considerando-se as limitações de aprofundamento e extensão do trabalho que constitui um artigo, propõe-se aqui a abordagem específica da problemática que envolve a definição da data-base para obtenção da segunda progressão de regime.

2 SOBRE A DEFINIÇÃO DA DATA-BASE PARA A SEGUNDA PROGRESSÃO DE REGIME

Não bastasse a chancela do STF quanto à exigência de exame criminológico para a progressão de regime (*HC 103.224/SP* e *HC 103.209/SP*) – em mui questionável ampliação à restrição contida na lei, que, a título de requisito subjetivo, exige “*bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento*” (LEP, art. 112) –, é entendimento ainda corrente que se considere como data-base para obtenção da segunda progressão aquela em que proferida a decisão autorizadora do primeiro *avanço* de regime prisional²⁸. A justificar esse posicionamento, chega-se a afirmar que:

[...] A antecipação da data de progressão ao dia em que implementado o requisito objetivo é medida que favorece tão-somente aqueles que tardam a implementar o requisito subjetivo²⁹, isto é, aqueles que mais demoram a demonstrar aptidão para usufruir de regime mais brando. Decisão agravada

²⁸ Tomam-se por referência execuções sem *incidentes* que, pela lei, determinam a alteração da data-base, como é o caso das faltas graves.

²⁹ Como se a *tardança* não fosse do Estado, em apurar o atendimento aos requisitos subjetivos.

mantida. Agravo em Execução improvido. (TJRS, Ag 70057692014, 8.^a Câm. Crim., rel. Dálvio Leite Dias Teixeira, J. 19.02.2014)³⁰.

Com a devida vênia, nada mais descabido, especialmente porque, em regra, a verificação quanto ao preenchimento do requisito subjetivo somente se dá depois de observado o transcurso do lapso temporal necessário ao alcance da progressão, o que, em tese, não poderia acontecer.

Oportuno destacar que o Estado não faz *favor* ao reconhecer o direito³¹ do apenado à progressão de regime – ou ao livramento condicional, o mesmo se podendo dizer em relação à aplicação judicial do indulto e da comutação. Se o Estado é que determina a punição pela privação da liberdade, é ele o responsável por garantir que a pena não se torne excessiva e que, pelo excesso, essa privação de liberdade se converta em injusta e cruel punição. Afinal, toda e qualquer consideração que aqui se faz tem por referência o paradigma do Estado de Direito, em que o exercício de poder encontra fundamentação e limite na *lei*³² que o institui.

Nesses moldes, conclui-se que é dever do Estado que pune pelo aprisionamento assegurar àqueles que assim mantêm sob sua custódia um aparato eficaz em garantir-lhes o acesso aos direitos que resistem à privação da liberdade, dentre os quais se apresentam com especial importância os relativos ao progressivo acesso à liberdade, fundamentais à harmônica reinserção social do apenado. Afinal, constituindo a *liberdade* direito fundamental (CF, art. 5.^o, *caput*), qualquer restrição imposta a seu gozo só se faz legítima nos limites do que autoriza a *lei*.

Posto isso, avança-se no raciocínio para afirmar que, se é dever do Estado zelar pelo efetivo cumprimento das leis que soberanamente impõe aos seus cidadãos – e, logo, pelo efetivo cumprimento da LEP –, só resta a conclusão lógica de que ao Poder Público e seus agentes cabe apurar, de pronto, se ao tempo do preenchimento do requisito objetivo-temporal também atendia seu custodiado às *exigências* subjetivas previstas em lei como condições de acesso ao regime mais brando.

Em termos simples: ao tempo do preenchimento do requisito temporal – que é marco objetivo –, o Estado já deve ter apurado o atendimento ou não das condições

³⁰ No mesmo sentido: TJRS, Ag 70047431358, 1.^a Câm. Crim., rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 25.04.2012.

³¹ Não se trata de benefício.

³² Em sentido amplo, abrangendo princípios e regras.

subjetivas imprescindíveis à fruição do direito à progressão. Parece óbvio, mas o que se afirma contraria a prática corrente, sendo comum que, consoante antecipado, a verificação quanto ao atendimento dos requisitos subjetivos para acesso a direitos em execução penal só se dê após constatado o cumprimento do requisito objetivo.

Ocorre que a superação do marco objetivo sem a apuração relativa ao atendimento das condições subjetivas caracteriza *excesso de restrição* e, portanto, só pode ser vista como constrangimento ilegal.

Justamente por ser objetivamente considerável, a fração de pena prevista como condição de acesso a direitos em execução penal há de ser tomada como termo final para verificação quanto ao preenchimento dos requisitos subjetivos. Idealmente, a extrapolação desse limite – em mora que só pode ser atribuída ao Estado, já que detém o monopólio da repressão penal – representa excesso de prazo que, caracterizando constrangimento ilegal, torna imperativo que se assegure ao réu o pronto acesso ao direito almejado – progressão ou livramento, por exemplo³³ –, ainda que posteriormente se restabeleça o *status quo ante* devido ao não preenchimento dos requisitos subjetivos.

Portanto, ainda que uma realidade que persiste no tempo e resiste à Constituição seja coercitiva ao determinar a aceitação das limitações do Estado em cumprir com seus deveres em sede de execução penal e, muito a contragosto, se admita a exigência de exame criminológico para a progressão de regime, a sua realização somente após a constatação de preenchimento do requisito objetivo não pode se converter em ônus a ser suportado pelo apenado.

Ante todo o exposto, o mínimo que se pode esperar é que, observado o atendimento às *exigências* subjetivas, deve-se considerá-lo retroativamente à data em que preenchido o lapso temporal (requisito objetivo) para obtenção da progressão, devendo aí ser fixada a data-base para obtenção de novo avanço no cumprimento da pena³⁴. Somente assim não se impõe restrição ainda maior que a determinada em lei à liberdade – já bastante limitada – do custodiado.

³³ O mesmo se aplicando no que tange às conhecidas moras do Conselho Penitenciário em manifestar-se por ocasião do processamento de indultos e comutações.

³⁴ Não é demais esclarecer que se cuida de hipóteses em que também se observe o cumprimento das condições subjetivas numa primeira apuração. Caso isso não ocorra, haverá de se considerar como data-base para uma segunda progressão aquela em que efetivamente constatado o preenchimento dos requisitos subjetivos de acesso ao direito.

Com razão, portanto, o Desembargador Ivan Leomar Bruxel, do TJRS, ao afirmar que:

[...] uma vez atendido o requisito objetivo, até aquela data já deveriam estar providenciados os elementos a respeito do requisito objetivo [subjetivo]. Melhor seria, aliás, admitir o processamento do pedido, com certa antecedência, para que, uma vez completado o tempo mínimo necessário, já estivessem concluídas as avaliações, sabidamente demoradas. Pretender que o marco, para nova progressão, seja aquela do efetivo ingresso no novo regime, em caso de progressão, significa que o regime mais rigoroso estendeu-se no tempo (Ag 70046377586, j. 01.03.2012).

No mesmo sentido, o julgado do TJMG cuja ementa transcreve-se a seguir:

EXECUÇÃO PENAL - PROGRESSÃO - MARCO INICIAL - RETROATIVIDADE - DATA QUE O REEDUCANDO FAZIA JUS À PROGRESSÃO DE REGIME - POSSIBILIDADE. Não tendo o apenado dado causa à demora na prestação jurisdicional, o marco inicial para a concessão da progressão de regime deve retroagir à data em que o reeducando preencheu os requisitos necessários, e não ser fixada a data do próprio decurso, como forma de compensação pelo excesso de execução que lhe foi imposto, devendo esse excesso ser considerado como tempo cumprido no novo regime. Agravo provido. (Agravo em Execução Penal 1.0000.09.489661-0/001 – Rel.: Antônio Armando dos Anjos – 3ª Câmara Criminal – j. 28.04.09 – Publ. 17.06.2009).

Como motivos da decisão acima exposta, o relator Antônio Armando dos Anjos expôs os seguintes argumentos:

Na espécie, a meu ver, tenho que a decisão hostilizada está a merecer um pequeno reparo, pois não se pode prejudicar o condenado em razão de atraso na prestação jurisdicional, notadamente em situações injustificáveis e sem que este tenha dado causa à demora.

Ora, deve-se entender que os dias posteriores à data fixada para a obtenção de algum benefício da execução penal (requisito temporal objetivo), deverão ser aproveitados para a concessão dos benefícios consequentes, sob pena de prejudicar o apenado.

A data-base para a progressão de regime prisional deve ser, efetivamente, aquela em que o apenado preencheu os requisitos exigidos em lei, sob pena de causar a este um excesso na execução.

Portanto, a meu ver, a retroação do marco inicial à data em que o agravado fazia jus à progressão de regime apenas representa uma forma de compensação pelo excesso de execução que lhe foi imposto, devendo o excesso ser considerado como tempo de cumprimento no regime subsequente.

Apesar da resistência de muitos, uma hermenêutica constitucionalizada dos dispositivos que regem a execução penal impõe que o acesso à progressão de regime e ao livramento condicional – dentre outras situações favoráveis ao apenado – seja tomado como direito daquele que esteja submetido à execução penal, e não como benefício que pode ser concedido segundo a conveniência e vontade do magistrado.

2.1 Quanto à natureza declaratória das decisões que reconhecem o direito à progressão de regime, livramento condicional ou à aplicação judicial do indulto e da comutação

O que os entendimentos até aqui apresentados revelam e se cuida de defender, portanto, nada mais é do que o caráter declaratório da decisão que, por exemplo, reconhece ao apenado o direito à progressão de regime – que é o caso especificamente tratado neste estudo –, mas também ao livramento condicional, bem como à aplicação judicial do indulto e da comutação. Ou seja, trata-se simplesmente do reconhecimento de direito adquirido pelo apenado ao preencher determinados requisitos – objetivos e/ou subjetivos – previstos em lei, em análise que tem por limite o marco temporal (requisito objetivo) para acesso ao direito, sob pena de se caracterizar o excesso, consideradas as peculiaridades que caracterizam a execução penal, especialmente quando se diz de sua intervenção direta sobre o direito fundamental da liberdade, o qual só pode restringir nos limites da *lei*.

E, tendo natureza declaratória, a decisão que reconhece o direito à progressão de regime, livramento condicional ou à aplicação judicial de indulto e comutação tem eficácia *ex tunc* – retroativa ao preenchimento do requisito objetivo, no que tange à progressão e ao livramento, e, com relação ao indulto e à comutação, à entrada em vigor do Decreto Presidencial fixador das hipóteses de seu cabimento.

Uma vez que o tema abordado remete à teoria geral do processo, aproveita-se o ensino de Cândido Rangel Dinamarco para esclarecer o que se acaba de afirmar:

Como *afirmação* que é, toda declaração tem sempre por objeto direitos e obrigações preexistentes a ela, resultantes de fatos também pretéritos (*supra*, nn. 5 e 889), sendo por isso natural que a eficácia das sentenças declaratórias se reporte à situação existente no momento em que o fato ocorreu ou seu efeito jurídico se produziu. Elas têm eficácia *ex tunc*, colhendo as realidades desse passado e assim prevalecendo quanto aos atos e fatos ocorridos depois. [...]. (2009, p. 232)

Em síntese, nos casos sob análise, a decisão não cria uma relação jurídica, mas apenas reconhece um direito aperfeiçoado após a superação de exigências legais, retroagindo à data em que preenchido o requisito objetivo, uma vez que até lá deveria estar apurado o preenchimento ou não do requisito subjetivo.

Nesse sentido – relativamente à natureza declaratória da decisão reconhecedora do direito à progressão de regime –, o acórdão cuja ementa se transcreve a seguir, que teve por relator o Des. Eduardo Brum, do e. TJMG:

Habeas corpus – Progressão de regime – Marco temporal – Data em que o paciente fez jus à progressão anterior – Ordem concedida. I – A decisão concessiva da progressão de regime tem caráter declaratório, e não constitutivo, pois apenas anuncia a existência dos requisitos para a progressão. Logo, é possível fixar o marco inicial para obtenção de nova progressão em data anterior à do efetivo reconhecimento na origem, produzindo efeitos a partir de quando o réu preencheu todos os requisitos. II – Ordem concedida (HC 1.0000.10.016492-0/000, Publ. 26.05.2010).

De igual modo, mas destacando a retroatividade dos efeitos da decisão à data de preenchimento do requisito objetivo-temporal, o seguinte julgado, também do TJMG:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. DATA RETROATIVA PARA CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL. POSSIBILIDADE. DEVE SER CONSIDERADA PARA FINS DE PROGRESSÃO, A DATA EM QUE, EFETIVAMENTE, OCORREU O CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. O APENADO NÃO PODE SER PREJUDICADO PELA MOROSIDADE DA JUSTIÇA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (TJMG - Agravo em Execução. 1.0000.08.475715-2/001 - Rel. Des. Doorgal Andrada - publ. 02.09.2009).

Dessa forma, especificamente quanto à progressão de regime³⁵, atendidas as exigências objetiva e subjetiva para seu gozo – que têm por termo final de apuração o preenchimento do requisito temporal³⁶ –, converte-se ela em direito subjetivo do apenado. Justamente por isso deve a data de preenchimento do requisito objetivo-temporal ser tomada como marco para obtenção de nova progressão, ainda que posterior tenha sido a constatação quanto ao atendimento das condições subjetivas de acesso ao direito, uma vez que caberia ao Estado tê-las apurado ao tempo da superação do lapso temporal por aquele submetido à privação da liberdade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção de um saber próprio à Execução Penal submete-se, no que se pode aplicá-los, aos mesmos princípios básicos de orientação à interpretação e aplicação do Direito e Processo Penal, especialmente porque se refere ao momento

³⁵ Mas em raciocínio que também se aplica ao livramento condicional e à aplicação judicial do indulto e da comutação, consoante exposto.

³⁶ Considerando-se que as condições subjetivas venham a ser cumpridas, repita-se.

de efetiva intervenção estatal na liberdade do sujeito, no qual mais atenção há de se dedicar à observância de suas garantias, já tão reduzidas.

Porém, essa não é a tônica regente dos posicionamentos de nossos tribunais no que concerne à matéria, predominando, nesse campo, a incoerência e inconsistência das decisões tomadas, que, muitas vezes, terminam por cancelar as históricas e notórias omissões do Estado em se tratando de Execução Penal.

Considerando-se a precariedade dos cárceres brasileiros e a ausência de segurança que impera no que diz respeito às decisões tomadas em matéria de Execução Penal – haja vista a inexistência de coerência ou correspondência identificável relativamente ao que se decide em Direito e Processo Penal –, pode-se afirmar que os apenados no Brasil experimentam um estado de exceção, convertendo-se muitos de nossos estabelecimentos prisionais em verdadeiras *casas dos mortos*³⁷, na medida em que aos ali depositados não é garantido um mínimo de dignidade a permitir sejam identificados como seres humanos viventes. Outra conclusão não é possível diante de uma realidade que vai da superlotação à ausência de assistência jurídica, passando por abusos sexuais e violências de todo tipo, potencializadas pelo contexto político e econômico a cuja abordagem se procedeu nas reflexões introdutórias.

Frente à tão desértica situação, o presente estudo se apresenta como um pequeno gesto de resistência a entendimentos jurisprudenciais que não podem prevalecer, por transferirem a apenados os ônus decorrentes de históricas omissões do Estado, as quais resultaram no funesto quadro acima descrito. As instituições responsáveis pela efetivação da Justiça já não podem ignorar a calamidade que faz ruir o sistema prisional brasileiro, convertendo em letra morta a Constituição, contexto no qual cabe à Defensoria Pública o papel de porta-voz de contumaz crítica ao poder, seja protagonizando a interdição dos estabelecimentos onde seus donos (do poder) depositam os despojos do capitalismo de que se alimentam, seja a partir do questionamento e combate a entendimentos que se prestam a legitimar as históricas e evidenciadas omissões já referidas³⁸, justamente o que se procura expressar por este trabalho.

³⁷ Em alusão ao título da obra de Dostoiévski, “Recordações da casa dos mortos”, na qual relata sua experiência no cárcere, aguardando a execução de uma pena de morte que não foi cumprida.

³⁸ Do *micro* ao *macro* e vice-versa, em hermenêutica circular.

4 REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 103.209. Paciente: Edvaldo de Oliveira Araújo. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 11/05/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612392>>. Acesso em: 06/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 103.224. Paciente: Luís Fernando Sassa ou Luiz Fernando Sassa. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 11/05/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612393>>. Acesso em: 06/04/2014

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de processo civil: volume III**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Recordações da casa dos mortos**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1982.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução 1.0000.08.475715-2/001. Agravante: Ministério Público Estado Minas Gerais. Agravado: Aracauna Mateus Pereira. Relator: Des. Doorgal Andrada. Belo Horizonte, 02/09/2009. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=6660538BE9C7C93D1F0C5F124FB05B7A.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.08.475715-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 06/04/2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 1.0000.10.016492-0/000. Paciente: Jerônimo Bento De Oliveira Miranda. Autoridade Coatora: Juiz de Direito da Comarca de Iturama. Relator: Desembargador Eduardo Brum. Belo Horizonte, 26/05/2010. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.10.016492-0%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 06/04/2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal 1.0000.09.489661-0/001. Agravante: José do Carmo Ferreira Rocha - Agravado: Ministério Público Estado Minas Gerais. Relator: Antônio Armando dos Anjos. Belo Horizonte, 28/04/09. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.09.489661-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 06/04/2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em execução 70046377586. Agravante: Ministério Público Estado Rio Grande do Sul. Agravado: Muriel Carlos

Teixeira. Relator: Desembargador Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 01/03/2012.

Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70046377586&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>.

Acesso em: 06/04/2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em execução 70057692014.

Agravante: Alcino Weber Freitas. Agravado: Ministério Público Estado Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Dálvio Leite Dias Teixeira. Porto Alegre,

19/02/2014. Disponível em:

<<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=a+antecipa%E7%E3o+da+data+de+progress%E3o+ao+dia+em+que+implementado+o+requisito+objetivo+%E9+medida+que+favorece+t%E3o->

somente+aqueles+que+tardam+a+implementar+o+requisito+subjetivo+%2C+isto+%E9%2C+aqueles+que+mais+demoram+a+demonstrar+aptid%E3o+para+usufruir+de+regime+mais+brando+&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>.

Acesso em: 06/04/2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em execução 70047431358.

Agravante: Ministério Público Estado Rio Grande do Sul. Agravado: Adriano Paulo Rodrigues. Relator: Desembargador Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. Porto Alegre, 25/04/2012. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=+CONDENADO+POR+TR%C1FICO+DE+DROGAS+%28DELITO+EQUIPARADAO+A+HEDIONDO%29.+PROGRESS%C3O+DO+REGIME+SEMIABERTO+PARA+O+ABERTO+DEFERIDA+EM+1%BA+GRAU.+CUMPRIMENTO+DE+APENAS+1%2F6+DO+RESTANTE+DA+PENA+QUANDO+ESTAVA+EM+REGIME+SEMIABERTO.+IRRESIGNA%C7%C3O+MINISTERIAL.+PROVIMENTO.+LEI+11.464%2F2007.&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>.

Acesso em: 06/04/2014.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E DIREITO PENAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Andrey Régis De Melo³⁹
Vanessa Moreira Peres⁴⁰

RESUMO: O presente artigo intenciona realizar um debate acerca da incidência do instituto despenalizador da suspensão condicional do processo nos crimes de violência doméstica praticados contra a mulher. Para tanto, a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424 pelo Supremo Tribunal Federal, há que se verificar se tal instituto não se constitui em mais uma ferramenta a serviço da violação dos direitos humanos, especialmente por ser uma causa potencial de extinção da punibilidade do agressor. Não obstante, também é de suma importância verificar se a suspensão condicional do processo, ante o cotidiano fracasso do Direito Penal, pode ser um espaço multidisciplinar de atendimento tanto à vítima como ao agressor no objetivo de (re)construir um convívio familiar harmônico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Violência doméstica. Multidisciplinaridade. Suspensão condicional do processo.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O (in)sucesso do Direito Penal no âmbito da violência doméstica 3. Uma solução multidisciplinar à violência doméstica 4. Os empecilhos à aplicação da suspensão condicional do processo e a ADI nº 4424. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No longínquo ano de 1826, o imperador D. Pedro “teria tentado arrastá-la à força até a sala da cerimônia puxando-a pelo braço. Diante da resistência obstinada,

³⁹ Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul.

⁴⁰ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Estagiária da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

teria desfechado o chute no abdômen”.⁴¹ A agressão física ocorreu contra Maria Leopoldina, a primeira imperatriz brasileira, segundo a narrativa de Laurentino Gomes. Com efeito, não é preciso uma digressão mais robusta para apontar que a violência doméstica permeia o palmilhar da sociedade brasileira há séculos.

Muito embora a diuturna existência de violência contra a mulher no ambiente doméstico, tal questão tardiamente foi objeto de atenção pela comunidade jurídica. Nesse aspecto, é preciso anotar que a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, de 9 de junho de 1994, é o primeiro tratado internacional a reconhecer a violência contra a mulher como violação de direitos humanos.⁴² A importância do mencionado diploma pode ser verificada na anotação de Lynn Hunt, pois

Os direitos humanos são difíceis de determinar porque sua definição, e na verdade a sua própria existência, depende tanto das emoções quanto da razão. A reivindicação de autoevidência se baseia em última análise num apelo emocional: ela é convincente se ressoa dentro de cada indivíduo. Além disso, temos muita certeza que um direito humano está em questão quando nos sentimos horrorizados pela sua violação.⁴³

Assim, tal exposição torna protuberante a contribuição da Convenção de Belém do Pará, pois reafirma o fenômeno social como um grave vilipêndio de direitos humanos e promove um novo debate sobre o tema.

Não obstante, com o escopo de atender o art. 7º, c, da Convenção,⁴⁴ a Lei nº 10.886/2004 tipifica a lesão corporal qualificada, denominada de violência doméstica. Mais adiante, a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, surge como a grande esperança legislativa para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ocorre que, após alguns anos de vigência da Lei nº 11.340/2006, o senso comum reforça a ideia de que há um aumento da violência doméstica contra a mulher. Alguns homicídios estampam as capas de periódicos e outros tantos

⁴¹ GOMES, Laurentino. **1822**. Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil – um país que tinha tudo para dar errado. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2010, p. 140.

⁴² Internalizada pelo Decreto Legislativo n. 107, de 31 de agosto de 1995. Ratificada em 27 de novembro de 1995 e promulgada pelo Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996.

⁴³ HUNT, Lynn. A Invenção dos Direitos Humanos. Uma história. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 24-25.

⁴⁴ “Art. 7º, c - incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis.” ORGANIZAÇÃO DOS

seguem a senda do anonimato. Para além disso, a pesquisa “Percepções e Reações da Sociedade Sobre a Violência Contra a Mulher” registra que, no ano de 2006, 54% das mulheres conhecia alguma mulher vítima de agressões. Já em 2009, sob a égide da Lei Maria da Penha, o índice sobe para 62%.⁴⁵

Assim, novos debates passam a habitar o quotidiano jurídico-penal, especialmente sobre o grau de (in)eficácia da mencionada lei. A partir de então, nota-se a subida ao cadafalso de alguns institutos despenalizadores introduzidos no ordenamento brasileiro pela Lei nº 9.099/95. Ao que parece, no julgamento da ADIN nº 4424, além da interpretação conforme veiculada pelo Supremo Tribunal Federal, assentando a natureza “incondicionada” da ação penal em caso de crime de lesão, a suspensão condicional do processo também foi guilhotinada, tornando impossível o seu manejo, situação que se verifica atualmente em diversas decisões judiciais.

No entanto, a celeuma merece um profundo debate, vez que a literalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/2006⁴⁶ - inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 - nem sempre é a melhor solução de todos os casos de violência doméstica contra a mulher. Como observa Luiz Eduardo Soares,

A lei não basta para a classificação de uma prática ou para sua qualificação como criminosa. Há elementos que, mesmo sendo indispensáveis para a interpretação judicial, escapam à letra da lei. Elementos como o contexto, a motivação, a escala, o histórico. Por isso, o juiz e seu juízo são decisivos. Por isso as avaliações judiciais variam – assim como as decisões – e precisam manter-se abertas às circunstâncias, e levar em conta os componentes de cada história.⁴⁷

É preciso, dessa forma, restabelecer o olhar sobre a possibilidade de manejo da suspensão condicional do processo nos casos de violência doméstica. Olhar tal que seja compatível com a proteção à mulher e, ao mesmo tempo, possibilite uma reabilitação do agressor sem a imposição da sanção penal. Talvez o ambiente da multidisciplinaridade seja o terreno fértil a receber o plantio de uma nova solução,

ESTADOS AMERICANOS. **Convenção de Belém do Pará**, 9 jun. 1994. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

⁴⁵ SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. **Percepções e Reações da Sociedade Sobre a Violência Contra a Mulher**. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/nucleo/dados>>. Acesso em: 15 set. 2013.

⁴⁶ “Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.” BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

⁴⁷ SOARES, Luiz Eduardo. **Justiça: Pensando alto sobre violência, crime e castigo**. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 2011, p. 30.

pois tão somente a eleição de mais um inimigo no Direito Penal, certamente, não alcançará a redução dos índices de violência doméstica contra a mulher.

2 O (IN)SUCESSO DO DIREITO PENAL NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A difusão do medo, muito provavelmente, seja um bom ponto de partida para a abordagem dos (in)sucessos do Direito Penal. Com efeito, Vera Malaguti Batista registra que *“o medo torna-se fator de tomadas de posição estratégicas seja no campo econômico, político ou social”*.⁴⁸ O histerismo, não raras vezes, ideologicamente amplificado pela mídia, é propulsor das políticas alicerçadas na ampliação das condutas selecionadas pelo Direito Penal, majoração das penas e, por conseguinte, o infrutífero e economicamente custoso maxienarceramento. *“O discurso penal republicano desde 1980 é simplista: os políticos prometem mais penas para prover mais segurança”* e o debate jurídico-penal refoge a academia para instalar-se nos palanques eleitorais, o que causa enorme desconforto, pois é a metástase do senso comum, sem qualquer preocupação com as repercussões da açodada produção legislativa.

Porém, como denuncia Loïc Wacquant,

Não foi tanto a criminalidade que mudou no momento atual, mas sim o olhar que a sociedade dirige para certas perturbações da via pública, isto é, em última instância, para as populações despossuídas e desonradas (pelo seu estatuto ou por sua origem), que são seus supostos executores, para o local que ocupam na cidade e para os usos aos quais essas populações podem ser submetidas nos campos político e jornalístico.⁴⁹

Com efeito, a partir da análise de Émile Durkheim no sentido de que os fatos sociais, *“longe de serem produto de nossa vontade, eles a determinam de fora; são como moldes nos quais somos obrigados a vazar nossas ações”*,⁵⁰ pode-se sinalar que o poder de coerção do fato sobre o indivíduo torna o crime um fenômeno normal da sociedade. Não obstante, *“a produção imagética do terror cumpre então um papel disciplinador emergencial”*⁵¹ e o Direito Penal segue uma senda delirante

⁴⁸ MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 23.

⁴⁹ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres – a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

⁵⁰ DURKHEIM, Émile. O que é um fato social? In: BOTELHO, André (Org). **Sociologia Essencial**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2013, p. 205.

⁵¹ MALAGUTI BATISTA, Vera, *op. cit.*, p. 34.

de protagonismo no controle social e “combate à criminalidade”; e dissimulado no princípio da legalidade, perfaz a “seleção classista do ilegalismo”.⁵² A perversidade da seletividade se completa com o que Nilo Batista chama de encarceramento de legitimação, que são as midiáticas prisões de brancos ricos, mas que unicamente “servem para encobrir ideologicamente a seletividade do sistema, que através de tais casos pode apresentar-se como igualitário”.⁵³

Destarte, o sádico sistema penal soube se aproveitar muito bem da pegajosa “sensação difusa de insegurança”,⁵⁴ mas é preciso indagar se alguém ainda acredita que tão somente a intervenção punitiva pode solucionar o problema da criminalidade, inclusive no âmbito dos crimes contra a mulher?

A busca de uma adequada resposta pode ter início nos apontamentos de Salo de Carvalho, pois

Como variável obtém-se o diagnóstico da baixa capacidade de o sistema penal oferecer resposta adequada aos conflitos que pretende solucionar, visto que sua atuação é subsidiária, localizada e, não esporadicamente, filtrada de forma arbitrária e seletiva pelas agências policiais (repressivas, preventivas ou investigativas).⁵⁵

O caso não é diferente na violência doméstica, basta verificar que, por inúmeras vezes, o processamento do agressor, o estabelecimento de medidas protetivas e a própria aplicação da sanção penal não evitam a reiteração das condutas agressivas e criminosas. A observação de Augusto Thompson de que a sanção não produz qualquer efeito intimidativo ou corretivo⁵⁶ é também complementada pelo reconhecimento da *“potencialização dos conflitos em detrimento do discurso resolutivo – produzem o que poderia ser identificado como a primeira lesão ao narcisismo do direito penal”*.⁵⁷

Para além disso, *“a complexidade da vida em sociedade indicaria a incapacidade de o sistema jurídico prever todas as hipóteses de conflitos e de demandas. Reside precisamente neste diagnóstico a evidência da incompletude dos*

⁵² DE CASTRO, Lola Anyar. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 70.

⁵³ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo *et al.* **Direito Penal brasileiro**, v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 50.

⁵⁴ MALAGUTI BATISTA, Vera, *op. cit.*, p. 82.

⁵⁵ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 89.

⁵⁶ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 19.

⁵⁷ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 90.

ordenamentos”.⁵⁸ Em conseqüente, deriva desta lógica a existência de imensuráveis e desiguais casos de violência doméstica, porém com a intervenção do mesmo texto legal. Talvez aí se encontre, ao menos uma das explicações, para a inviabilidade da redução dos crimes praticados contra a mulher em ambiente doméstico ou familiar.

A par disso, resta, portanto, a convicção de que a pena não é o instrumento hábil para a prevenção e repressão da violência doméstica. Nesta seara também fracassa o ideal do direito moderno que possibilitaria “a instalação de um horizonte de previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos humanos”.⁵⁹ O sonho burguês de segurança nas relações de mercado fenece ante ao número inimaginável de conflitos interpessoais. Assim, um outro andar é possível, a começar pelo afastamento da arrogância do Direito Penal e o reconhecimento do protagonismo de outras ciências, quiçá um espaço multidisciplinar para a resolução do conflito doméstico.

3 UMA SOLUÇÃO MULTIDISCIPLINAR À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A Lei nº 11.340/2006, ainda que de forma bastante tímida, marca a importância de uma intervenção multidisciplinar nos meandros da violência doméstica contra a mulher, *ad exemplum*, pode-se destacar os seguintes dispositivos que fazem referência à equipe multidisciplinar e à necessidade de atendimento do agressor:

Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

Art. 33. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

[...]

V – centros de educação e de reabilitação para os agressores.⁶⁰

Nesse sentido, cada vez mais é preciso que o Direito Penal descortine sua hermética porta para outras ciências. Entretanto, como adverte Carvalho,

⁵⁸ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 45.

⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 12.

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

A condição mínima para que se possam realizar investigações interdisciplinares é dotar os sujeitos interlocutores de condições similares de fala, ou seja, abdicar da ideia de estar um saber a serviço de outro. Significa, sobretudo, respeito às diferenças inerentes aos saberes.⁶¹

A história já demonstrou, por exemplo, a relevância da medicina para o rompimento com a Inquisição. Robert Mandrou registra que o médico Jophanes Wier, na obra *De Praestigijs Daemonum et Incantationibus et Veneficiiss* (1563), afasta a existência de bruxaria em determinados casos, como a epilepsia.⁶² Somente alguns anos após, ocorre a insurreição jurisprudencial nos tribunais franceses, inclusive com a adoção de recurso obrigatório quando as sentenças fixavam as penas de tortura e morte.⁶³ É o discurso médico impulsionando a dessacralização do delito.⁶⁴

Com efeito, se é verdade que o Direito Penal tem a vocação ideológica para punir, especialmente pela imposição da pena privativa de liberdade, e

Prender alguém não contribui para uma pessoa se tornar melhor. Só pode empurrá-la mais e mais para o fundo do poço. Sobretudo quando a prisão aproxima o condenado de outros que – em parte porque já estão curtidos pela cultura destrutiva da cadeia – cultuam o ressentimento e a violência,⁶⁵

É imperativo encontrar um cenário na prestação jurisdicional onde haja a possibilidade dessa intervenção multidisciplinar. Então, como encontrar no leito do rio denominado processo penal o *locus* adequado para a multidisciplinaridade?

Nesse ponto, é relevante enfrentar a literalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha, e encontrar uma norma adequada ao caso concreto de violência doméstica contra a mulher, atendendo a orientação de Eros Grau no sentido de que

A norma não é apenas o texto normativo nela transformado, pois resulta do conúbio entre o texto e a realidade. Nego, pois, a concepção tradicional, à moda Savigny, para quem a interpretação não é mais que a reconstrução do pensamento do legislador.⁶⁶

Contudo, não se pode cometer os erros pretéritos que geraram o sentimento de ineficácia da Lei nº 9.099/95 pelo incorreto manejo dos institutos despenalizadores e a banalização da justiça criminal consensual.

⁶¹ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 15.

⁶² MANDROU, Robert. **Magistrados e Feiticeiras na França do Século XVII**. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 106.

⁶³ MANDROU, Robert, *op. cit.*, p. 281.

⁶⁴ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 72-74.

⁶⁵ SOARES, Luiz Eduardo, *op. cit.*, p. 101.

⁶⁶ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 26.

Se a Lei nº 11.340/06, como já dito, ainda que de forma tímida, propõe-se a alcançar a educação e a reabilitação dos agressores, medidas certamente mais eficazes para a prevenção da violência intrafamiliar, é preciso repensar a exclusão do instituto da suspensão condicional do processo dos conflitos domésticos, especialmente quando há a preservação da entidade familiar e a imposição de pena contrária a vontade da mulher, não se olvidando que cada caso também depende de uma criteriosa análise a verificar se o processamento do agressor, no caso concreto, é indispensável para o restabelecimento do convívio familiar pacífico.

O olhar do observador sobre o crime pode produzir matizes e soluções inimagináveis para a resolução do conflito. Segundo o criminólogo Nils Christie,

O crime não existe até que a conduta seja submetida a um processo altamente especializado de atribuição de sentido e, em casos extremos, acabe como ocorrências certificadas por juízes criminais como o tipo particular de condutas indesejadas chamadas de crime. Crime é uma, apenas uma, das inúmeras formas de classificar atos deploráveis.⁶⁷

Apenas para ilustrar como a percepção sobre o fato pode ter visões diametralmente opostas, Christie afirma que em torno de um terço dos funcionários de asilos sofrem agressões dos idosos. No entanto, o que em outras situações mereceria um enfrentamento do aparato repressivo-penal, no caso dos enfermeiros, ocorre uma desdramatização do episódio, pensam eles que há necessidade de tratamento dos idosos e que jamais os atos podem ser considerados criminosos.

Assim, nem sempre a melhor escolha é o que Soares denomina de “*prisão sintática – um sujeito acorrentado a um predicado*”, onde a ação é convertida num estado permanente e “*os efeitos ultrapassam os muros da penitenciária e o tempo da sentença*”.⁶⁸ Em absoluto, o ferrete ignominioso da pena na pele do agressor, na maioria das vezes, não é melhor solução, inclusive no âmbito da violência doméstica contra a mulher.

Muito embora o objetivo do trabalho não seja esmiuçar a suspensão condicional do processo, é tarefa imprescindível demonstrar onde o instituto possibilita a intervenção multidisciplinar sobre a vítima e o agressor. Nesse aspecto, algumas considerações merecem ser realizadas, principalmente porque o legislador

Cuidou de um dos mais revolucionários institutos no mundo atual em apenas um artigo (art. 89). É evidente, assim, que vamos encontrar incontáveis

⁶⁷ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 24-25.

⁶⁸ SOARES, Luiz Eduardo, *op. cit.*, p. 157-159.

omissões. O que está na lei, pode-se dizer, é a moldura mínima. À doutrina e à jurisprudência caberão fixar os seus contornos finais. Inúmeras questões jurídicas, algumas verdadeiramente intrincadas, podem ser levantadas. E a solução para todas essas questões passa pela correta compreensão da sua natureza jurídica, do seu fundamento, das suas finalidades e das consequências.⁶⁹

Os contornos legais da suspensão condicional do processo estão demarcados no art. 89 da Lei nº 9.099/95.⁷⁰ Uma perfunctória leitura do art. 89 da Lei nº 9.099/95, indubitavelmente, leva o intérprete a pensar que a suspensão do processo pelo interregno de 2 a 4 anos, mediante reparação do dano, comparecimento a juízo, proibição de se ausentar da comarca e a frequência a determinados lugares seria incompatível com a necessidade de coibir a violência doméstica contra a mulher. Entremontes, subsiste a possibilidade de o juiz fixar outras condições adequadas ao fato criminoso, consoante o §2º. Assim, sempre é possível estipular condições judiciais que se harmonizam com o ideal de proteção à mulher, *ad exemplum*, a frequência aos centros de apoio psicossocial (CAPS), o tratamento psicológico e psiquiátrico, a reavaliação da convivência familiar com especial atenção ao relato da mulher vítima da violência, a realização de audiência multidisciplinar, com a participação de profissionais de outras áreas do conhecimento, entre outras inúmeras condições que possam contribuir tanto para a

⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**: o novo modelo consensual de justiça criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 124.

⁷⁰ “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 frequentar 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.” BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

preservação da entidade familiar e a prevenção de condutas criminosas pelo agressor.

Nesse compasso, não se pode concordar que a Lei nº 9.099/95, de uma maneira geral, banaliza a violação de direitos humanos. Embora se tenha respeitáveis posicionamentos nesse sentido, como o de Flávia Piovesan:

Aplicava-se a Lei n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais (Jecrim) para tratar especificamente das infrações penais de menor potencial ofensivo, ou seja, aquelas consideradas de menor gravidade, cuja pena máxima prevista em lei não fosse superior a um ano. Contudo, tal resposta mostrava-se absolutamente insatisfatória, ao endossar a equivocada noção de que a violência contra a mulher era infração penal de menor potencial ofensivo e não grave violação de direitos humanos. Pesquisas demonstram o quanto a aplicação da Lei n. 9.099/95 para os casos de violência contra a mulher implicava a naturalização e legitimação deste padrão de violência, reforçando a hierarquia entre gêneros.⁷¹

Se as considerações se amoldam perfeitamente à transação penal, não se pode dizer o mesmo no tocante à suspensão condicional do processo, já que ocorre

[...] a paralisação do processo, com potencialidade extintiva de punibilidade, caso todas as condições acordadas sejam cumpridas, durante o período de prova. Concretizado o plano traçado consensualmente, sem que tenha havido revogação, resulta extinta a punibilidade, isto é, desaparece a pretensão punitiva estatal decorrente do fato punível descrito na denúncia.⁷²

Dessa forma, parece sem sentido dizer que há um padrão de impunidade ou um alto grau de ineficácia no instituto da suspensão condicional do processo, já que é possível o estabelecimento de condições eminentemente protetivas à mulher e que, concomitantemente, buscam a reabilitação do agressor pelo período de 2 a 4 anos. Tudo isso é reforçado pela sempre presente possibilidade de revogação do benefício, bastando que o agressor descumpra as condições ou, ainda, sem adentrar nas considerações afetas à (in)constitucionalidade, seja processado por novo crime.

Outra vez mais, a contribuição de Eros Roberto Grau é de suma importância, pois a pitada de realidade na interpretação do texto normativo é tempero fundamental para que ocorra a escolha da norma de decisão adequada ao caso de violência doméstica:

O intérprete procede à interpretação dos textos normativos no quadro da realidade, tal e qual a realidade é no momento da interpretação dos textos e dos fatos. Este ponto desejo enfatizar: o intérprete apreende o significado

⁷¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 232.

⁷² GOMES, Luiz Flávio, *op. cit.*, p. 124.

dos textos no quadro da realidade do momento no qual as normas serão aplicadas. Daí que a realidade do momento no qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam pesará de maneira determinante na produção da(s) norma(s) aplicável(veis) ao caso. Isso estarei a dizer de ora por diante sempre que referir a circunstância de o intérprete proceder à interpretação dos textos normativos no quadro da realidade, tal e qual a realidade é no momento da interpretação dos textos e dos fatos.

Mas não é só, visto que - repito-o - a interpretação do direito é constitutiva, não simplesmente *declaratória*. Vale dizer: não se limita - a interpretação do direito - a ser mera compreensão dos textos, da realidade e dos fatos. Vai bem além disso.

Como e enquanto interpretação/aplicação, ela parte da compreensão dos textos normativos, da realidade e dos fatos, passa pela produção das normas que devem ser ponderadas para a solução do caso e finda com a escolha de determinada solução para ele, consignada na norma de decisão.⁷³

Por derradeiro, adotar a literalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/06, afastando-se previamente o instituto da suspensão condicional do processo, sem a interação com a realidade do caso concreto, é abrir mão de uma solução consensual muito mais profícua do que a gélida e fracassada sanção penal. É abrir mão de um espaço singular para a interação do direito penal com outras ciências no desiderato de (re)construir um ambiente harmonioso para o convívio familiar.

4 OS EMPECILHOS À APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E A ADI 4424

A aplicação da suspensão condicional do processo nos casos de violência doméstica contra a mulher sempre foi objeto de celeuma. A jurisprudência sempre teve um movimento pendular. Ora a favor da aplicação da suspensão, por não se tratar de um instituto típico da Lei nº 9.099/95:

CÓDIGO PENAL. ART. 129, § 9º. LEI N.º 11.340/06. LEI MARIA DA PENHA. ART. 41. AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95. Ao vedar a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos casos de violência doméstica, ficaram impedidos os benefícios típicos do JECRIM, bem como a aplicação apenas de penas pecuniárias. **Mas a substituição, em suas demais formas, ainda é possível, bem como o sursis, e também a suspensão condicional do processo art. 89, Lei nº 9.099/95. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO.⁷⁴**

⁷³ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 32.

⁷⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito nº 70034208470.

Recorrente: Gilberto Basílio Costa Lima. Recorrido: Ministério Público. Relator: Des. Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 11 fev. 2010. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70034208470&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 15 set. 2013.

PROCESSO PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. **PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.** Com a edição da Lei 11.340/06, foram realizados vários encontros entre os operadores de Direito do nosso Estado visando interpretar os seus diversos dispositivos. **Pelo Aviso nº 43, foi publicada a Consolidação dos Enunciados Jurídicos Criminais, onde inicialmente se decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 41, da referida Lei, e num segundo passo pela aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95 aos casos considerados de violência doméstica, inclusive a suspensão condicional do processo.** Na hipótese vertente, temos uma lesão de pequeníssima monta praticada contra a ex-companheira de quem o acusado já estava separado de fato há meses e o incidente ocorreu totalmente fora do ambiente do lar, não se justificando a não incidência do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais. O artigo 41, da Lei 11.340/06, deve sofrer uma interpretação corretiva que o amolde aos princípios da Constituição da República. Voto no sentido de ser acolhida a prefacial, embora por outro motivo, anulando o feito a partir do momento seguinte ao interrogatório do acusado, determinando que seja realizada audiência especial para fins de ser feita a proposta de suspensão condicional do processo, evitando-se indisfarçável cerceamento de defesa.⁷⁵

Em outros momentos, os precedentes indicavam a impossibilidade do beneplácito ao agressor justamente pela interpretação literal do art. 41 da Lei Maria da Penha:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. LESÃO CORPORAL LEVE PRATICADA COM VIOLÊNCIA FAMILIAR CONTRA A MULHER. INAPLICABILIDADE DA LEI 9.099/95 E, COM ISSO, DE SEU ART. 89, QUE DISPÕE SOBRE A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1. O art. 41 da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) afastou a incidência da Lei 9.099/95 quanto aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, o que acarreta a impossibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores nela previstos, como a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95). 2. Ademais, a suspensão condicional do processo, no caso, resta obstada pela superveniência da sentença penal condenatória. Precedentes do STF. 3. Parecer ministerial pela denegação do writ. 4. Ordem denegada.⁷⁶

HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA (11.340/06). SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. O não oferecimento da suspensão do processo não ofende os direitos do paciente, tratando-se de

⁷⁵ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 2008 0500 1364. Apelante: Adão Willian Campos de Jesus. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Cairo Ítalo França David. Rio de Janeiro, 21 ago. 2008. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003BE63A897B72FB734EC138D5226759C6F7BC4020F560D>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 142017. Impetrante: Ailton César Pereira Souza. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 19 nov. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901373976&dt_publicacao=01/02/2010>. Acesso em: 15 set. 2013.

violência doméstica, incompatível com o benefício, como dispõe o artigo 41 da Lei 10.340/06. ORDEM DENEGADA.⁷⁷

O tema ganhou novos matizes com a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424, a qual buscava conferir interpretação conforme a Constituição Federal aos artigos 12, I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/06:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal: I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público;

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.⁷⁸

Muito embora não tenha ocorrido a publicação do acórdão, pode-se dizer que a ADI nº 4424 foi julgada procedente nos seguintes termos:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente). Falaram, pelo Ministério Público Federal (ADI 4424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo interessado (ADC 19), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior e, pelo interessado (ADI 4424), Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. Plenário, 09.02.2012.⁷⁹

A partir de então, nota-se que os precedentes jurisprudenciais afastaram completamente a incidência da suspensão condicional do processo:

⁷⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 70029233863. Impetrante: Angelo Turra Trevisan. Paciente: Lucas Botega. Relator: Des^a. Elba Aparecida Nicolli Bastos. Porto Alegre, 30 abr. 2009. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=%2270029233863%22&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 15 set. 2013.

⁷⁸ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerente: Procurador Geral da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3897992>>. Acesso em: 18 fev. 2013.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. O Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/06, vedou a possibilidade da suspensão condicional do processo nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher, o que é o caso dos autos. Assim, vai reformada a decisão da magistrada que, de ofício, concedeu o citado benefício em favor do réu. RECURSO PROVIDO.⁸⁰

Ao que se verifica, o grande debate travado no Supremo Tribunal Federal foi em relação à necessidade da representação – como condição de procedibilidade da ação penal – para o processamento do agressor ou se a natureza da ação penal era incondicionada, já que o art. 88 da Lei nº 9.099/95 havia tornado os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa dependentes da representação. No entanto, ainda que se deva ter cautela em virtude da *“reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão”*,⁸¹ o que Luís Roberto Barroso denomina de transcendência dos motivos determinantes, pode-se dizer que é possível o manejo da suspensão condicional do processo, pois não houve tal debate como tema central da ADI nº 4424. Para além disso, também é possível sinalar que os argumentos contrários à necessidade da representação, em regra, não atingem a suspensão.

Para tanto, mister verificar os principais argumentos veiculados na ADI, tanto os favoráveis como os contrários ao afastamento da Lei nº 9.099/95 e cotejá-los com o instituto da suspensão condicional do processo. Dentre aqueles que serviram de lastro à procedência da ADI nº 4424, dois deles merecem uma análise mais criteriosa: a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana; e a proibição da proteção deficiente.

Sem embargo, se o Estado tem como justificção de sua existência a proteção das pessoas humanas, resta evidente que a Lei Maria da Penha surgiu para, além de mitigar a saltitante impunidade no âmbito da violência doméstica, sedimentar o

⁸⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito nº 70055672471. Recorrente: Ministério Público; Recorrido: Luciano Gaspar dos Santos. Relator: Des^a. Lizete Andreis Sebben. Porto Alegre, 12 set. 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70055672471&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 15 set. 2013.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 184.

sentido positivo da dignidade da pessoa humana, ao que Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que

O princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos. Nesta linha de raciocínio, sustenta-se, com razão, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio.

Em outras palavras – aqui considerando a dignidade como tarefa -, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade.⁸²

Já no pertinente ao princípio da proporcionalidade, antes do aventado cotejo, mais uma vez os fonemas de Ingo Sarlet são necessários para a compreensão do dever de proteção que o Estado tem em relação a determinados bens jurídicos:

A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados [...].

A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente de uma omissão no sentido pelo menos habitual do termo.⁸³

Realizadas as breves anotações sobre os dois principais argumentos que nortearam a ADI nº 4424, o prometido cotejo com a suspensão condicional do processo é indispensável, a fim de constatar se o instituto despenalizador, quando aplicado nos casos de violência doméstica contra a mulher, é ou não violador dos primados da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente ou insuficiente). Por evidente que as considerações inicialmente explicitadas ganham novo fôlego, no sentido de que o Direito Penal há muito tempo não logra êxito em evitar as agressões às liberdades fundamentais. Em

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 111.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da Ajuris**, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107-132.

consequente, todos os institutos penais padecem das mesmas doenças do patriarca Direito Penal, de uma forma ou de outra, apresentam fragilidades, baixa eficácia na redução da criminalidade à custa de demasiado sofrimento do delinquente, isso sem falar no custo econômico-social do encarceramento ou outras formas de controle social.

Portanto, acreditar que, com o afastamento de institutos despenalizadores, o Estado estaria a cumprir seu papel de removedor dos obstáculos à dignidade da pessoa humana ou estaria a proteger adequadamente o bem jurídico de assento constitucional, é mais uma falaciosa cantilena. Muito pelo contrário, a correta aplicação da suspensão condicional do processo, com os ajustes necessários que a violência doméstica recomenda – não olvidar da possibilidade de condições judiciais -, descaracteriza a flagrante omissão do Estado-juiz que meramente reproduz um texto legal de abstração infinita sem o toque de realidade e adequações ao caso concreto e, por conseguinte, determina a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade.

Por outro lado, não raras vezes a vítima mulher e o agressor alcançam ou desejam a reconciliação, a mulher não mais deseja uma condenação do ofensor e, portanto, roga pela primordial necessidade de respeito à sua vontade. São os argumentos favoráveis à manutenção da incidência da Lei nº 9.099/95 (preservação da entidade familiar, respeito à vontade da mulher, conciliação após o momento de crise e risco de condenação indesejada), mas que sofrem severa crítica de Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti:

O grau de comprometimento emocional a que as mulheres estão submetidas por se tratar de comportamento reiterado e cotidiano, o medo paralisante que as impede de romper a situação violenta, as ameaças constantes, a violência sexual, o cárcere privado e muitas outras violações de direitos humanos que geralmente acompanham a violência doméstica [...] inúmeros estudos têm demonstrado que a maioria dos homicídios cometidos contra as mulheres, os chamados crimes passionais ocorrem imediatamente após as separações. Nesses casos, as histórias se repetem: várias tentativas de separação, agressões e ameaças, idas e vindas a delegacias de polícia que, não raro, culminam em homicídio.⁸⁴

A crítica, *data venia*, vem deslocada sob o aspecto temporal. No auge do conflito doméstico, indubitavelmente, não é a sanção penal ou a incidência da suspensão condicional do processo que poderão impedir os deploráveis atos de

violência doméstica. Para tanto, o debate é outro: a eficácia das medidas preventivas e a qualidade da proteção que o Estado alcança às mulheres vitimizadas. A incapacidade de autodeterminação da mulher, particularmente no tocante à capacidade de decidir sobre os rumos da persecução penal em face do agressor, necessariamente não perpassa por uma açodada audiência de conciliação, mas sim de uma adequada atenção multidisciplinar e a realização de audiência para a oferta da suspensão condicional do processo em momento tal que a mulher possa contribuir na construção das condições judiciais. Acreditar que tão somente o célere exercício da pretensão punitiva e a rápida condenação poderão servir de instrumentos de prevenção, lamentavelmente, é depositar errônea confiança na prevenção especial – quando na verdade há uma cooperação na reincidência, ou na prevenção geral, para quem o *“delinquente quando é castigado, se converte em puro objeto de demonstração, sendo um meio de induzir outros ao bom comportamento”*,⁸⁵ na famigerada teoria da coação psicológica, consoante lição de Francisco Muñoz Conde.

Assentada a posição de que a suspensão condicional do processo, antes de ser um instituto despenalizador e violador de direitos humanos nos casos de violência doméstica, é um instituto processual penal de apanágios positivos à construção de uma adequada solução consensual aos casos de violência doméstica, senão da totalidade, mas em inúmeras situações, desde que receba as adaptações necessárias à proteção da mulher vítima. Como delimita Geraldo Prado,

A suspensão condicional do processo constitui modelo de procedimento de resolução do conflito de interesses que opõe de forma atenuada a pretensão acusatória à pretensão de resistência da defesa, é natural que a proposta represente um dos caminhos pelos quais o Estado busca alcançar a efetividade do direito penal, efetividade que consiste na restauração de uma hipotética paz social mas que também pode ser compreendida como esforço de harmonização de interesses contrapostos, de sorte a proporcionar condições dignas de vida para todos os envolvidos no drama do delito.⁸⁶

Por derradeiro, a partir do reconhecimento de que é possível manejar a suspensão condicional do processo, ao menos em alguns casos, também é possível afirmar que se trata de direito subjetivo do agressor. Entretanto, a perfectibilização

⁸⁴ CAVALCANTI, Stella Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica: Análise da Lei Maria da Penha**, nº 11.340/06. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 183.

⁸⁵ CONDE, Francisco Muñoz. HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 236.

da proposta da suspensão perpassa pela atuação do Ministério Público. Mas o que fazer ante a recusa do órgão ministerial em apresentar a proposta?_Tratando-se de direito subjetivo do acusado que preenche os requisitos para a suspensão condicional do processo, há espaço para o enunciado da Súmula nº 696 da Corte Constitucional e a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal.⁸⁷

Todavia, subsiste uma alternativa mais razoável e menos tortuosa sob a ótica da celeridade processual, devendo o magistrado realizar um juízo de legalidade sobre a negativa do *parquet*. Aliás, caso assim não ocorresse, ter-se-ia um promotor com poderes muito maiores que o próprio juiz, cujos atos não seriam passíveis de revisão e correção. Situação teratológica apenas observada em nefastos regimes políticos. Sugere-se a leitura do RHC nº 25451 para compreensão do tema:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 89 DA LEI 9.099/95. NEGATIVA POR PARTE DO ÓRGÃO MINISTERIAL. MOTIVAÇÃO. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO. 1. Tratando-se a suspensão condicional do processo de um meio conciliatório para a resolução de conflitos no âmbito da Justiça Criminal, mostrando-se como uma alternativa à persecução penal estatal, fica evidenciado o interesse público na aplicação do aludido instituto. 2. Embora o órgão ministerial, na qualidade de titular da ação penal pública, seja ordinariamente legitimado a propor a suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, os fundamentos da recusa da proposta podem e devem ser submetidos ao juízo de legalidade por parte do Poder Judiciário. PROPOSTA NEGADA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS SUBJETIVOS. CULPABILIDADE. ELEVADO GRAU DE CULPA. NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. INDICAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. ELEMENTOS QUE INTEGRAM O PRÓPRIO TIPO PENAL INCRIMINADOR ATRIBUÍDO AO RECORRENTE NA EXORDIAL ACUSATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO. 1. O elevado grau de culpa do recorrente na conduta que lhe foi atribuída na exordial acusatória, consubstanciado no seu agir negligente e imprudente, bem como as circunstâncias do crime supostamente desfavoráveis em razão da existência de laudo pericial evidenciando o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado lesivo, são fundamentos que fazem parte do próprio tipo penal incriminador. 2. Na linha dos precedentes desta Corte, segundo os quais não se admite a utilização de elementos integrativos do tipo penal para justificar a exacerbação da pena-base, igualmente deve ser vedado o recurso à fundamentação semelhante para, em juízo sumário, negar a suspensão condicional do processo. 3. Recurso provido para, concedendo-se a ordem pleiteada, deferir ao recorrente a suspensão condicional do

⁸⁶ PRADO, Geraldo. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. **Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 262.

⁸⁷ “Súmula 696 - Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 696. Disponível em: <http://dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0696.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.

processo, devendo o magistrado singular estabelecer as condições previstas no artigo 89, § 1º, da Lei n. 9.099/90 como entender de direito, com a ressalva de posicionamento do Relator.⁸⁸

Nesse contexto, em não havendo regulamentação explícita para o caso de a acusação, sem supedâneo legal, não oferecer a proposta de suspensão condicional do processo, restariam três alternativas ao julgador com intuito de corrigir a flagrante ilegalidade. A primeira delas, a renovação de vista dos autos à acusação para o oferecimento da suspensão. Entrementes, tal ato processual vilipendia os princípios da celeridade e economia processual, além de ser inócuo, pois certamente haverá nova recusa. A segunda opção, tratando-se de direito subjetivo do acusado que preenche os requisitos para a suspensão, por analogia ao art. 28 do CPP e com fulcro no enunciado da Súmula nº 696 do STF, consistiria na remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça. Porém, como já dito, *permissa venia*, o caso é diametralmente oposto ao caso ventilado no art. 28 do CPP, pois lá, é caso de arquivamento do inquérito policial, não se trata de qualquer direito subjetivo do réu, ao passo que, aqui, subsiste direito do acusado que não pode ficar sob o manejo inexorável do órgão acusatório. Assim, na linha do *decisum* do Superior Tribunal de Justiça, a doutrina de Aury Lopes Junior apresenta a terceira alternativa, sinalando a possibilidade de o juiz oferecer a proposta de suspensão condicional do processo:

Em que pese ser esse entendimento prevalente, insistimos em nossa posição de que essa é uma solução excessivamente burocrática e fora da realidade diuturna dos foros brasileiros. Ademais, atribui a última palavra ao próprio Ministério Público, retirando a eficácia do direito subjetivo do acusado. Dessarte, presentes os pressupostos legais e insistindo o Ministério Público na recusa em oferecer a suspensão condicional do processo, pensamos que a melhor solução é permitir que o juiz o faça, acolhendo o pedido do imputado, concedendo o direito postulado.⁸⁹

Em derradeiro, Gomes acrescenta que

A solução, destarte, só pode ser a seguinte: o acusado (por força do princípio da isonomia processual, bem estudado pelo Prof. Rogério L. Tucci, 1993, p. 164 e ss.), diante da recusa do Ministério Público, e considerando a natureza de direito público subjetivo do instituto, desde que presentes os requisitos legais, pode formular o pedido de suspensão e nesse caso o juiz estará obrigado a emitir um provimento jurisdicional. Ouvirá o Ministério Público antes e em seguida decidirá, podendo suspender o processo. A

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 25451/2009/0032207-8. Recorrente: Marcos Sousa Cunha. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, 01 fev. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900322078&dt_publicacao=01/02/2010>. Acesso em: 15 set. 2013.

⁸⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 964.

decisão do juiz será controlada pela via recursal. A segunda instância dirá quem tem razão. Nenhum direito público, de outro lado, pode ficar fora da tutela judiciária (CF, art. 5º, inc. XXV).⁹⁰

Por evidente que, como demonstrado, é preciso um novo olhar sobre a suspensão condicional do processo, porém, o instituto não pode ser transformado no grande vilão da escalada da violência doméstica. É preciso manter aceso o debate, pois eventual afastamento do beneplácito despenalizador pela Corte Constitucional, ulteriormente, pode ser revisto pela própria Corte e, ainda, objeto de modificação legislativa, evitando-se o que, certa vez, o Min. Cezar Peluso chamou de “fossilização da Constituição”.⁹¹

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cruzada na prevenção e repressão à violência contra a mulher tem inúmeros matizes. No entanto, há que se ter um grande cuidado para que não se adote uma única e equivocada frente de batalha: a punição. Muito pelo contrário, o conflito no âmbito doméstico é revestido de outros tons que necessariamente determinam a incidência de outras áreas do conhecimento. Os poucos resultados da política punitivista podem ser verificados na matéria “Maria da Penha não freou as mortes no Brasil”, do jornal Zero Hora, onde demonstra que, por intermédio de pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), a taxa de homicídio em 2005, antes da vigência da Lei nº 11.340/06, foi de 5,18 para cada 100 mil mulheres e, no ano de 2011, a taxa alcança o índice de 5,43.⁹²

O protagonismo refoge, portanto, a atuação do Direito Penal. É preciso ir muito mais além. Como verificado, mister encontrar um ambiente processual penal que possibilite uma intervenção multidisciplinar. Em que pese o histórico insucesso do Direito Penal, reina uma crônica teimosia em se buscar a mágica solução da sanção penal. Todavia, outras soluções e espaços podem possibilitar uma (re)construção de um *locus* de convivência familiar harmônico, ainda que posterior à deplorável conduta de violência doméstica. Indubitavelmente, há que se ter o devido cuidado

⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio, *op. cit.*, p. 169-170.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação nº 2617. Agravante: Nunes Amaral Advogados. Agravado: Governador do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 23 fev. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361894>>. Acesso em: 15 set. 2013.

para que o processo penal não seja somente um meio de amplificação do conflito familiar.

Nesse ponto, o instituto despenalizador da suspensão condicional do processo, em que pese a míope visão de que o benefício apenas contribui para a banalização da violência doméstica e gera um padrão de impunidade, trata-se de excepcional ferramenta para que o Direito Penal possa conviver com outras ciências que, sem embargo, contribuirão significativamente para a reabilitação do agressor e a redução dos casos de violência doméstica contra a mulher.

Noutro lado, se reconhecida a suspensão condicional do processo como uma ferramenta de reabilitação do agressor, não é paradoxal afirmar que se trata de medida que busca também a proteção da mulher, especialmente quando os atores do palco jurídico-penal somarem esforços para verificarem no caso concreto se o benefício é adequado ao caso de violência doméstica. Para tanto, abstrata e previamente, não se pode afastar a possibilidade de incidência do instituto.

Por derradeiro, se a jurisprudência sempre foi receosa na aplicação da suspensão condicional do processo, fazendo da literalidade do art. 41 da Lei nº 11.343/06 a melhor interpretação, e tal foi reforçada pela ADI nº 4424, é preciso, como tantas vezes na história, novamente desvendar a Justiça para demonstrar que a pretérita e equivocada utilização do instituto não implica o seu banimento nos casos de violência doméstica contra a mulher. É possível fazer uma releitura de todos os erros e acertos, porém reconhecer que o instituto despenalizador, quando bem empregado, jamais enseja a sedimentação da violação dos princípios da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente) ou da dignidade da pessoa humana. A conclusão, certamente, é outra. Ruma no sentido de que a suspensão condicional do processo receberá um novo olhar da comunidade jurídica, mormente no ponto que possibilita a intersecção com a psicologia, psiquiatria, sociologia, assistência social, etc, e serve de local adequado à reabilitação do agressor e, por conseguinte, primordial instrumento de proteção à vítima mulher.

⁹² ALMEIDA, Kamila. Maria da Penha não freou as mortes no Brasil. **Jornal Zero Hora**, Porto Alegre, 26 de setembro de 2013, p. 40.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Kamila. Maria da Penha não freou as mortes no Brasil. **Jornal Zero Hora**, Porto Alegre, 26 de setembro de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

_____. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 142017. Impetrante: Ailton César Pereira Souza. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 19 nov. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901373976&dt_publicacao=01/02/2010>. Acesso em: 15 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 25451/2009/0032207-8. Recorrente: Marcos Sousa Cunha. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, 01 fev. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900322078&dt_publicacao=01/02/2010>. Acesso em: 15 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerente: Procurador Geral da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3897992>>. Acesso em: 18 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação nº 2617. Agravante: Nunes Amaral Advogados. Agravado: Governador do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 23 fev. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361894>>. Acesso em: 15 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 696. Disponível em: <http://dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0696.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAVALCANTI, Stella Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica: Análise da Lei Maria da Penha, nº 11.340/06**. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CONDE, Francisco Muñoz. HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

DE CASTRO, Lola Anyar. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

DURKHEIM, Émile. O que é um fato social? In: BOTELHO, André (Org). **Sociologia Essencial**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal: o novo modelo consensual de justiça criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Laurentino. **1822. Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil – um país que tinha tudo para dar errado**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos. Uma história**. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MANDROU, Robert. **Magistrados e Feiticeiras na França do Século XVII**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção de Belém do Pará**, 9 jun. 1994. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PRADO, Geraldo. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. **Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 2008 0500 1364. Apelante: Adão Willian Campos de Jesus. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Cairo Ítalo França David. Rio de Janeiro, 21 ago. 2008. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003BE63A897B72FB734EC138D5226759C6F7BC4020F560D>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 70029233863. Impetrante: Angelo Turra Trevisan. Paciente: Lucas Botega. Relator: Desª. Elba Aparecida Nicolli Bastos. Porto Alegre, 30 abr. 2009. Disponível em: <[_____. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito nº 70034208470. Recorrente: Gilberto Basílio Costa Lima. Recorrido: Ministério Público. Relator: Des. Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 11 fev. 2010. Disponível em: <\[_____. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito nº 70055672471. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: Luciano Gaspar dos Santos. Relator: Desª. Lizete Andreis Sebben. Porto Alegre, 12 set. 2013. Disponível em: <\\[SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano XXXII, nº 98, junho/2005.\\]\\(http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70055672471&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>=>. Acesso em: 15 set. 2013.</p>
</div>
<div data-bbox=\\)\]\(http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70034208470&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=> >. Acesso em: 15 set. 2013.</p>
</div>
<div data-bbox=\)](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=%2270029233863%22&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>=>. Acesso em: 15 set. 2013.</p>
</div>
<div data-bbox=)

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. **Percepções e Reações da Sociedade Sobre a Violência Contra a Mulher**. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/nucleo/dados>>. Acesso em: 15 set. 2013.

SOARES, Luiz Eduardo. **JUSTIÇA: Pensando alto sobre violência, crime e castigo**. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 2011.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal brasileiro – V 1**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. **O Inimigo no Direito Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres – a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

HUMILHAÇÃO E DESCULPA CRIMINAL

João Batista Oliveira De Moura⁹³

RESUMO: Considera que a conduta criminal dirigida a um fim pressupõe análise pelo intérprete dos elementos anímicos e emocionais que a motivaram, pois estão ligados diretamente a um juízo de valor pelo qual se perscruta a culpa do agente, ou seja, a reprovabilidade da ação como resultado antijurídico, antissocial ou imoral. Analisa se as emoções, enquanto motivadoras de condutas no âmbito da culpa criminal, podem ou não ser valoradas pelo julgador, diante da atual teoria da culpabilidade e dos elementos que a compõe, como causas desculpantes, excludentes de pena ou atenuantes. Investiga por meio da pesquisa doutrinária e jurisprudencial a emoção da humilhação, no âmbito do direito português, como expressão emocional do agente relativamente à ação antijurídica, buscando posicioná-la entre os elementos do crime, para fins de sua valoração no campo da desculpa criminal, ao mesmo tempo em que questiona o presente modelo estrutural e conceitual de crime.

PALAVRAS-CHAVE: Fato típico e Antijurídico. Teoria do Crime. Culpabilidade. Reprovabilidade. Desculpa Criminal. Homem Médio. Emoções. Humilhação.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Emoção e Culpa. 2.1 Emoções e responsabilidade na concepção filosófica. 2.2. Emoção como gênero e humilhação como espécie. 3. Humilhação e culpa. 3.1. Culpa e responsabilidade penal. 3.2. Desculpa criminal e exclusão da culpa no Código Penal. 4. Humilhação e o homem médio. 4.1. Humilhação e exigibilidade de conduta diversa. 4.2. Humilhação e sua valoração pelo julgador. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Uma das mais árduas tarefas da humanidade foi encontrar o sentido ético e moral da justiça. Os conflitos de interesses dentro da sociedade suscitam desafios

⁹³ Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul.

de difícil envergadura na aplicação de normas estabilizadoras de conduta, em especial na ciência criminal. O conceito do justo passa por terrenos de paradigmas variados desde antes de Aristóteles⁹⁴ até os tempos atuais. A justa medida da pena é um conceito abstrato que por vezes é causa de tormento para o julgador.

Nessa esteira, torna-se imprescindível compreender o sentido da norma e para onde ela se dirige, se tem por foco a conduta do agente apenas como instrumento de estabilização das relações sociais e das liberdades, ou se pune condutas numa linha de entendimento da culpa ante valores éticos e morais, toleráveis ou não, e compreensíveis diante de uma relação de causa e efeito que atinge um bem jurídico tutelado pelo Estado.

A conduta, como ação dirigida a um fim, pressupõe a análise pelo intérprete dos elementos anímicos e emocionais que a motivaram, pois estão ligados diretamente a um juízo de valor pelo qual se perscruta a culpa do agente, ou seja, a reprovabilidade da ação como resultado antijurídico, antissocial ou imoral.

Objetivamente, um padrão de conduta pode caracterizar a concretização de valores atribuídos pelo legislador como elemento viabilizador da convivência social, que infringido implicará sanção. Às vezes, o descumprimento do vetor de conduta, mesmo numa linha de infração social, pode ser aceito subjetivamente como moral, ético, aceitável ou tolerável, capaz de beneficiar o agente de desculpa ou atenuação da própria culpa.

Desse contexto, cabe analisar se as emoções, enquanto motivadoras de condutas no âmbito da culpa criminal, podem ou não ser valoradas pelo julgador como elementos desculpantes, excludentes de pena ou atenuantes. A proposta deste trabalho, dada a limitação extensiva, limitar-se-á à pesquisa, investigação e estudo da humilhação como expressão emocional do agente relativamente à prática do crime, buscando posicioná-la ante os elementos deste, com atenção à aplicação no campo da desculpa criminal.

A humilhação do indivíduo, diante do histórico de experiências pessoais, seja no contexto familiar, seja social, com foco nos esteriótipos impostos pelas sociedades como padrões éticos e morais de aceitação, não poucas vezes gera frustrações e reações que conduzem à prática de crimes, podendo ser considerada

⁹⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicómano**. Trad. António de Castro Caeiro. Lisboa: Quetzal, 2004, p. 117-144.

espécie de emoção que acarreta sofrimentos, conflitos sociais e familiares há muito narrados pela história.

Considerando os elementos do crime, é fundamental identificar, no contexto geral, a influência das emoções na consciência do indivíduo, para fins de tentar enquadrar a humilhação como estado emocional capaz de influir na escolha da conduta do agente, pela ótica da responsabilização criminal.

Ressalta-se que o histórico emocional do agente, sob a expressão da humilhação advinda do seio familiar ou social, como um dos objetos de estudo, será delimitado como todo o passado de experiências do indivíduo até a prática da ação antijurídica. Isso implicará entre outras análises trilhar os rastros das emoções na ação criminosa pesquisando a voluntariedade ou não quanto ao resultado diante do estado psíquico do indivíduo no momento do fato, bem como o grau de liberdade de escolha existente ou a reação que gerou determinada conduta. A humilhação do indivíduo, assim percebida, instigará à indagação se esse sentimento poderá ou não se transmutar em outros estados emocionais, tais como ódio, ciúme e torpeza.

Em continuidade, na busca de uma solução ao problema proposto, o estudo abordará o paradigma do julgador quanto à possibilidade de considerar a humilhação causa desculpante do crime ou de minoração da pena. As experiências psicológicas do julgador, o meio em que vive ou viveu, as imposições culturais, de raça ou crença, induzem a questionar até que ponto a presença ou carência desses elementos são capazes de influenciar a decisão do magistrado.

Nessa senda, admitindo-se que o histórico emocional seja hipoteticamente valorável em dado ordenamento jurídico, questiona-se quais os limites de ponderação a tal vetor, em especial quando haja reiteração criminosa, considerando, na hipótese, a pena como fator de prevenção criminal.

Em conclusão do trabalho, pretende-se encontrar uma resposta, quiçá o aponte de caminhos que indiquem soluções jurídicas que admitam o conjunto de experiências emocionais vividas pelo agente, em especial a humilhação, como desculpa criminal para a não responsabilização.

Essa a proposta.

2 EMOÇÃO E CULPA

2.1 Emoções e responsabilidade na concepção filosófica

A ciência tem o esteio na observação. Todos os conceitos atribuídos a coisas, fatos e percepções são construídos a partir de experiências vividas e transmitidas pelo ser humano.⁹⁵ Nesse contexto, Aristóteles,⁹⁶ um dos maiores filósofos da humanidade, afirmou que “Toda a perícia e todo o processo de investigação, do mesmo modo todo o procedimento prático e toda a decisão, parecem lançar-se para um certo bem”. Esse bem é a felicidade⁹⁷ e o bem-estar humano.

Na concepção aristotélica,⁹⁸ o homem para atingir a felicidade necessita desenvolver um conjunto de virtudes formadoras do caráter, sendo decisivo atividades autênticas realizadas com a excelência ética, porquanto atividades opostas levariam à infelicidade. Assim, a virtude exigiria treino e prática. Aristóteles distingue a virtude moral da intelectual. A primeira decorre dos bons hábitos; a segunda dimana sobretudo da instrução.

Aristóteles,⁹⁹ ao referir acerca das virtudes, indicou subliminarmente que as reações emocionais motivadoras de condutas podem ser controladas, ou seja, através do desenvolvimento prático persistente seria possível dominá-las. Segundo o filósofo, desde o nascimento as ações humanas são parametrizadas por prazer e sofrimento. Almeja-se o prazer, afasta-se do sofrimento. Por causa do prazer, incorre-se em ações vergonhosas, e por causa da ansiedade pode-se afastar de feitos gloriosos. Ora, quem muito almeja a felicidade pode tornar-se perverso, da mesma forma daquele que muito teme um sofrimento. A solução virtuosa, então, será o meio-termo.

Disso importa dar ênfase à proposição de Aristóteles¹⁰⁰ ao associar emoção ao prazer ou sofrimento como causa para a prática de más ou boas ações. Medo,

⁹⁵ KENNY, Anthony. **As ciências teóricas de Aristóteles**: ciência e explicação. Jun. 2005. Seção Filosofia da Ciência. Disponível em <http://criticanarede.com/td_01excerto.html>. Acesso em: 27 jan. 2012.

⁹⁶ ARISTÓTELES, 2004, p. 21.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 24.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 39.

⁹⁹ ARISTÓTELES. **Ética a Eudemo**. Trad. J.A. Amaral (Livros I e III); Artur Morão (livros III, VII, VIII e notas). Lisboa: Tribuna. 2005, p. 33-37.

¹⁰⁰ ARISTÓTELES, 2004, p. 167-196.

inveja, cólera, alegria, humilhação, emulação, no geral, são sensações acompanhadas de prazer ou sofrimento.

Em ousada síntese, pode-se dizer que na visão aristotélica emoções significam reações psíquicas internas decorrentes de sentimentos ligados a prazer ou sofrimento. O paradigma aristotélico ecoa até hoje entre nós. No âmbito das ciências jurídicas, seus pensamentos filosóficos induzem a significativas reflexões, revelando-se tão atuais como eram a seu tempo.

Na atualidade, questionamentos acerca do papel das emoções sobre o comportamento humano à prática do crime têm permanecido em pauta no campo doutrinário revelando variadas soluções, e aqui se propõe a investigação. Indaga-se, então, até que ponto determinadas emoções justificam, no âmbito judicial, desculpar indivíduos pela prática de condutas socialmente repreensíveis. Há liberdade de ação diante da explosão psíquica de uma emoção? Todas as pessoas experimentam idêntica sensação ou intensidade diante de emoção semelhante? É possível o controle das reações às emoções? É dimensionável atribuir valor jurídico às emoções?

Destaca-se como marco estrutural dessas reflexões, de forma a equacionar os questionamentos, Acórdão¹⁰¹ cujo recurso foi julgado pelo Tribunal da Relação de Évora em 05 de fevereiro de 1992. Os detalhes históricos do crime são relevantes. Trata-se de fato ocorrido na Comarca de Ansião, onde a arguida foi casada com Américo Duarte por 33 anos. Desde o enlace matrimonial eram constantes as desavenças, discussões e ofensas, seja no interior da residência, seja em público. A arguida era constantemente humilhada pelo marido, chamada de “puta” e “vaca” e que “fosse ter com os cavaleiros e amantes dela”, que “fosse ao pinhal ganhar a vida”. Além disso, Américo prometia-lhe de morte, exibindo facas, navalhas e outros objetos, obrigando-a, inclusive, a pernoitar no quintal da residência, fechando a porta.

Américo era considerado pelos vizinhos um tarado sexual, mantendo relações extraconjugais sem o menor escrúpulo em escondê-las da arguida. Como mantinha relacionamento paralelo com outra mulher e não tinha carteira de habilitação para

¹⁰¹ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Acórdão nº 41.848, de 05 de fevereiro de 1992. **Coletânea de Jurisprudência**. Coimbra: Associação Sindical dos Magistrados Judiciais Portugueses. Ano XVII, Tomo I, 1992, p. 31-35.

dirigir veículo, obrigava a arguida a levá-lo até a casa da amante, por vezes a altas horas da madrugada.

As agressões físicas e verbais sucederam-se por longos anos. Em 03 de junho de 1990, após discussão e de ser chamada novamente de “puta”, a arguida foi deitar-se. Momentos depois, Américo acordou a arguida para que o levasse de carro até a casa da amante, pois desconfiava que esta o estaria traindo com outro homem. Como a arguida recusasse levá-lo, Américo ameaçou de causar danos ao carro desta com uma picareta.

A arguida levantou-se, passou pela cozinha, onde estava o arguido, foi até a garagem, pegou um machado, e em torno das 24 horas do mesmo dia, aproveitando que Américo estava de costas, desferiu-lhe golpes na cabeça, expondo-lhe a massa encefálica, até matá-lo.

A arguida foi condenada em primeira instância por homicídio qualificado a uma pena de prisão de 15 (quinze) anos. O Supremo Tribunal de Justiça (STJ) reformou a decisão em grau de recurso, reconhecendo que a esposa agiu “influenciada por fatores de natureza etiogênica que transformam o seu psiquismo”, encontrando-se, assim, em situação de semi-imputabilidade, pois teria capacidade de “avaliar a ilicitude de seus atos” sem contudo ter condições de determinar-se em conformidade com o direito.

O STJ reconhece nos fundamentos do acórdão que a arguida era pessoa de boa índole, que tentou se divorciar, mas retrocedeu em face de pressões do marido, e durante 33 anos foi altamente humilhada. Ora, teria a arguida naquele ápice emocional liberdade de escolha de optar por outro comportamento, em conformidade com o direito, ao ponto de excluir-se da culpa diante de um critério de avaliação do homem médio? Era exigível dela, naquelas circunstâncias, um controle sobre-humano, quase heroico, se considerado o histórico de violência por ela sofrido? A solução jurídica acerca do tema demanda a compreensão das emoções no campo do psiquismo humano.

Segundo Vigotski,¹⁰² as emoções seriam organizadores internos de reações e comportamentos, retesando, excitando, estimulando ou inibindo uns ou outros. Para

¹⁰² VIGOTSKI, L.S. **Psicologia pedagógica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 139.

Sartre,¹⁰³ a emoção é a relação do indivíduo com o mundo, e a consciência dessa relação como estrutura organizada, a qual faz parte da totalidade do sujeito. A emoção não é um acidente, pois a realidade humana não é uma soma de fatos, não devendo ser entendida como efeito da realidade humana, visto que é impossível concebê-la como desordem psicofisiológica. A emoção tem essência própria, estruturas particulares, leis de aparecimento, significação, não vindo de fora à realidade humana.

Sartre,¹⁰⁴ quanto à responsabilidade, refere ser possível escolher a forma como se reage às emoções. A timidez, por exemplo, não seria algo imutável, haja vista representar uma forma de ação e reação ao mundo fenomênico (refúgio). Quem age com cólera é geralmente alguém colérico, os atos definem como é o indivíduo, e dessa forma as escolhas dizem o que é, pois pode a qualquer momento começar a agir de forma diferente, esboçando um novo retrato de si.

Partindo da concepção sartriana, pode-se afirmar que a arguida de Ansião seria totalmente responsável pelo resultado ocasionado, estando bem definida sua personalidade, pois assassinou o marido com base em predisposições internalizadas no psiquismo. Ou seja, a arguida tinha domínio do fato e podia a qualquer momento fazer uma escolha diferente da que fez, como, por exemplo o divórcio, pedir auxílio à polícia, ou até retroceder à ideia de ceifar a vida do marido quando saiu da garagem com o machado em mãos e fugir.

Martha Nussbaum¹⁰⁵ afirma que as emoções consistem em avaliações, crenças ou julgamentos de valor que se fazem atribuindo a coisas ou a pessoas grande importância para o próprio bem-estar.

Ronald de Souza¹⁰⁶ ressalta que nenhum aspecto da vida mental é mais importante para a qualidade e para dar significado à existência que as emoções. Citando filósofos como Platão, Aristóteles, Spinoza, Descartes, Hobbes e Hume, aponta que estes concebiam as emoções como respostas a certos tipos de eventos, as quais provocariam mudanças corporais determinando comportamentos

¹⁰³ SARTRE, Jean Paul. **Esboço para uma teoria das emoções**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2011, p. 26-27.

¹⁰⁴ SARTRE, 2011, p. 56 e ss.

¹⁰⁵ NUSSBAUM, Martha. **Paisajes del pensamiento**. Trad. Araceli Maira. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 24-27.

¹⁰⁶ SOUZA, Ronald. Emotion. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. *Stanford*: Edward N. Zalta ed., 2003. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/emotion/>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

característicos. A teoria mais representativa do senso comum seria de que as emoções são apenas uma classe de sentimentos e sensações. A crítica de Ronald de Souza em relação a essa teoria é que a mesma seria incapaz de dar uma explicação adequada às variadas diferenças entre as emoções, o que, segundo ele, de fato restou comprovado por pesquisas posteriores.

O autor¹⁰⁷ ressalta que a teoria cognitivista afirma no geral que as emoções envolvem atitudes proposicionais, ou seja, são especificadas em termos de proposições, não se pode ficar com raiva de alguém, a menos que se acredite que a pessoa é culpada de alguma ofensa; não se pode ter inveja, a menos que se acredite que alguém tem algo bom em posse.

Ronald de Souza,¹⁰⁸ ao considerar as variadas posições e teorias acerca das emoções, aponta traços em comum, ou seja, as emoções são fenômenos tipicamente conscientes; envolvem manifestações corporais mais penetrantes do que outros estados de consciência; variam ao longo de uma série de dimensões: intensidade, valência, tipo e gama de objetos intencionais etc.; têm a reputação de ser antagonistas da racionalidade, mas desempenham papel indispensável na determinação da qualidade de vida, contribuindo decisivamente para definir objetivos e prioridades. As emoções têm lugar central na educação moral.

Considere-se que no caso de Ansião, não obstante a inexistência de qualquer perícia psiquiátrica, dois traços delineados por Ronald de Souza muito provavelmente se encontravam presentes: a consciência das emoções e o antagonismo à racionalidade. As humilhações sofridas por aproximadamente 33 anos por meio de agressões físicas, verbais e traições maritais públicas foram o estopim da dor, transmutada em violência, fruto de sentimentos represados, que conduziu a arguida a ato contrário à própria razão.

Contudo, ser contrário à razão não equivale, necessariamente, à impossibilidade de domínio dos atos pela arguida, hipótese, então, em que haveria margem de liberdade de escolha e de comportamento em conformidade com o ordenamento jurídico.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ SOUZA, Ronald. Emotion. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring 2012 Edition, Edward N. Zalta (ed.), forthcoming. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/emotion/>> Acesso em: 12 fev. 2012.

Nessa linha, destaca-se o estudo sobre ética realizado por Nussbaum,¹⁰⁹ ressaltando a preocupação de Platão, na obra “A República”, sobre a influência das paixões. Platão advertiu sobre as emoções, inclusive a libido sexual, como forças animais e cegas que objetivam satisfação sem um critério racional ou de julgamento sobre o valor do mesmo. Sem controle, as emoções conduzem ao excesso, constituindo causa de distorção da avaliação. Nesse contexto, a razão seria o vértice seguro e confiável que direciona a uma escolha sensata e correta.¹¹⁰

Nussbaum¹¹¹ afirma que em Protágoras é asseverado que a força das paixões constitui um perigo latente à moralidade pública. Platão não se direciona no sentido da busca de um modelo ideal de conduta, inibindo as emoções. Diante do conflito da escolha da conduta adequada, a solução será optar por aquela que proporcione mais prazer ou menos dor.¹¹² Segundo Nussbaum, tal processo é concebido pela ótica da racionalização extrema, em que o prazer é o foco principal.¹¹³

No caso Ansião, de certa forma se pode dizer que a conduta da arguida não se coadunou com o modelo padrão, ou seja, não matar. Todavia, na estreiteza de cognição disponível, a arguida, diante daquele conflito de sentimentos, optou pela solução que lhe cessava a dor, sendo tangível pelos relatos fáticos que sua carga de pensamentos estivesse fixada apenas no emocional, ou mesmo entre o emocional e o racional.

Essa situação se assemelha, em parte, ao paradigma aristotélico, oposto à visão platonista, na observação de Nussbaum acima referida, ao considerar as emoções parte fundamental da racionalidade no que tange ao processo de decisão, cuja escolha estaria situada na linha limítrofe entre o emocional e o racional, demandando treino e cultivo. O conflito entre a razão e a emoção consistiria sinal de ausência de maturidade ética, prescindindo de treino e educação.¹¹⁴

¹⁰⁹ NUSSBAUM, Martha. **The fragility of the goodness**: luck and ethics in Greek tragedy and philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 200.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 217.

¹¹¹ NUSSBAUM, Martha. **The fragility of the goodness**: luck and ethics in Greek tragedy and philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 105.

¹¹² *Ibid.*, p. 118-119 e 121.

¹¹³ *Ibid.*, p. 109.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 307-309.

Não há consenso quanto à posição aristotélica nem uniformidade quanto à racionalidade ou irracionalidade das emoções. Willian James¹¹⁵ é um exemplo do que se afirma, pois, ao passo que os contemporâneos buscavam descobrir a relação entre sensações emocionais e processos físicos concomitantes, teorizou no sentido de que as emoções não são mais do que a percepção desses processos, ou seja, as mudanças que ocorrem no corpo decorrem diretamente da percepção do fato excitante, e o que sentimos a partir dessas mudanças, à medida que ocorrem, é a emoção.

Segundo Kenny,¹¹⁶ Descartes influenciou Willian James, o que se percebe a partir do entendimento que este último tinha do “sentir”, pois identificava-se com o que Descartes entendia por pensamento, ou seja, “tudo quanto está de tal modo em nós que somos imediatamente seus conhecedores”. Assim, todas as operações da vontade, entendimento, imaginação e sentidos seriam pensamentos.

Dessa forma, a concepção de Descartes, identificando emoção com sensação, não concebe as emoções como estado mental qualificado como racional ou irracional. Nem se pode atribuir uma concepção racional às emoções se as mesmas são concebidas como alterações fisiológicas na linha de entendimento de Willian James, referido por Lagier.¹¹⁷

Em sentido contrário é o pensamento estoico, em que as emoções seriam sempre irracionais, pois representam juízos ou estados correlacionados a fatos. O medo pressupõe a crença na existência de um perigo, a tristeza um acontecimento contrário aos interesses do indivíduo ou um mal.

Segundo os estoicos, a irracionalidade das emoções tem fulcro no fato de que julgamos valiosas coisas que não o são, tais como pessoas e acontecimentos externos, que estariam fora do controle da virtude ou da vontade racional das pessoas, na medida em que estão sujeitas ao azar e à fortuna.¹¹⁸

¹¹⁵ JAMES, Willian. The principles of psychology. New York: Dover, 1950 apud KENNY, Anthony.

Nova história da filosofia ocidental: filosofia no mundo moderno. Trad. Cristina Carvalho. Lisboa: Gradiva, vol. IV, 2011, p. 221.

¹¹⁶ KENNY, Anthony. **Nova história da filosofia ocidental:** filosofia no mundo moderno. Trad. Cristina Carvalho. Lisboa: Gradiva, vol. IV, 2011, p. 222.

¹¹⁷ LAGIER, Daniel González. **Filosofía y derecho:** emociones, responsabilidade y derecho. Barcelona: Marcial Pons, 2009, p. 107.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 108-109.

Lagier¹¹⁹ afirma que as emoções ingressam no “âmbito da razão e não são sempre irracionais”. Como as emoções implicam crenças e avaliações de fatos, poderão ser racionais ou irracionais se assim o forem as crenças e avaliações. Dessa forma, podem-se identificar dois tipos de avaliação ou crença: uma relacionada ao valor atribuído a determinado estado de coisas; outra ao modo como determinados fatos afetam esse estado de coisas. Aquela intimamente ligada a desejos, expectativas, paixões, entre outros; esta última vinculada a uma questão epistêmica.¹²⁰

Partindo-se da concepção aristotélica, seria possível que, no caso de Ansião, a arguida, durante aqueles 33 anos, não tivesse condições de, por meio do treino e educação, superar o conflito entre a razão e a emoção, optando ao cabo por não praticar o crime? Ora, se não se duvida que a arguida em Ansião teve um grau de resistência heroico às frequentes humilhações sofridas, conclui-se que igualmente teve controle emocional acima da média, pois não se duvidará que até instantes antes do crime estava num processo de contenção de pressão psíquica e emocional tão intenso que, provavelmente, com base numa percepção do senso comum, o controle daquela explosão seria insuperável à maioria dos homens médios.

Na linha de Lagier, o questionamento que nasce, então, é se a arguida tinha consciência da própria conduta e condições, diante daquele ápice emocional, de fazer valorações racionais capazes de responsabilizá-la criminalmente pelo resultado ocorrido. O histórico emocional da arguida, por si só, não era uma prova conclusiva de que no momento do fato não detinha discernimento, uma vez que nem mesmo houve perícia psiquiátrica.

A decisão do STJ por concluir pela semi-imputabilidade é calcada antes numa forte probabilidade do que numa certeza, baseando-se em apontamentos da psiquiatria¹²¹ e na experiência comum de que “situações altamente frustrantes e humilhantes” podem causar estados de sobretensão emocional conduzindo a uma explosão de violência desproporcional.¹²²

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 109.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 110.

¹²¹ O acórdão reconhece a influência residual acumulada dos efeitos das tensões, ou estresse, no equilíbrio emocional e psíquico dos indivíduos, bem como o perigo na acumulação dos fatores de tensão no decorrer de um ano. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Acórdão nº 41.848, de 05 de fevereiro de 1992. **Coletânea de Jurisprudência**. Coimbra: Associação Sindical dos Magistrados Judiciais Portugueses, ano XVII, tomo I, 1992, p. 33.

¹²² *Ibid.*, p. 33.

Assim, sem perder de vista o caso de Ansião, que adiante será retomado, é seguro afirmar que emoções são elementos indispensáveis no sistema jurídico, vértices da tipificação penal e aplicação da pena,¹²³ e que em determinadas circunstâncias, tais como ações desenvolvidas sob violenta emoção, podem modificar o tipo penal pelo qual o agente é acusado.¹²⁴

As emoções representam forte instrumento avaliativo e valorativo que respondem à consciência e advertem acerca dos possíveis danos que se podem sofrer, quase se sofreu ou se está sofrendo em relação a determinado agente, fato ou objeto. São respostas à vulnerabilidade humana.¹²⁵

Nesse contexto, a humilhação desponta como uma das emoções por excelência, pois no geral é consubstanciada pela reiteração de atos no tempo, gerando níveis de estresse capazes de fazer eclodir ações violentas que resultam, por vezes, em crimes bárbaros aos olhos da sociedade, mas que no âmbito individual do agente são suscetíveis de atenuação de pena, não reprovação ou de desculpa.

É o que será abordado na sequência.

2.2 Emoção como gênero e humilhação como espécie

Analisada a emoção até então, sinteticamente, pela ótica da filosofia, uma vez que não é pretensão esgotar a matéria sob seu paradigma, mas sim se valer dela como instrumento ou meio de apoio para uma abordagem jurídica no enquadramento da culpa, ressalta-se que não se busca um conceito final sobre o que seja uma emoção, tarefa notoriamente complexa, senão avançar na sua compreensão com base na filosofia, psicologia e psiquiatria, como amparo à ciência jurídica criminal.

Nessa linha, pode-se considerar, primeiramente, que a emoção existe, fato que parte da experiência própria de todos nós. Segundo que, em termos gerais, a emoção revela traços comuns em alguns indivíduos, isso quando externadas, haja vista existirem hipóteses em que é possível estar sob determinado estado emocional

¹²³ NUSSBAUM, Martha C. **Hiding from Humanity: Disgust, Shame and the Law**. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 77.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 37-39.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 29-34.

sem, contudo, evidenciar-se nenhuma reação externa aparente.¹²⁶ Terceiro que as emoções, por vezes, causam reações e impulsionam condutas.

Nesse contexto genérico, a humilhação destaca-se como espécie de emoção universal que se manifesta em todas as culturas da humanidade, na parte mais íntima do ser, emergindo na consciência. Por vezes, tenta-se escondê-la como se se incorresse em um erro senti-la em face de uma questão de honra. Se bem observada, a humilhação constitui uma espécie de guia que indica o que é permitido ou proibido na sociedade.¹²⁷ Não raro, faz eclodir um sentimento que desencadeia uma série de paixões em níveis diversos, impulsionando ações violentas, crimes, vinganças, limpezas étnicas, guerras bélicas etc.¹²⁸

Ser humilhado pode figurar favorecimento ao suicídio, se o sujeito sentir-se sem saída, como ocorre em casos de jovens que sofrem *bullying*.¹²⁹ Esse é um fenômeno antigo e crescente nas escolas, manifestando-se na sociedade como exigência de uniformização dos comportamentos e do modo de viver, excluindo-se o que é diferente.¹³⁰

Ser vítima de diversas humilhações sem enfrentá-las pode gerar no sujeito a criação de um ressentimento, que por sua vez pode conduzir a um de dois caminhos: a adaptação do sujeito à ideia de vítima privilegiada ou de vingador. No primeiro caso, o sujeito ingressa em melancolização crônica, habitado por um rancor paralisante. No segundo, estrutura-se psiquicamente como vingador, com tendência a ações psicopáticas, desencadeando ações noticiadas na mídia como de adolescentes que invadem escolas e trucidam a vida de colegas e mestres como forma de vingança da própria exclusão.¹³¹

¹²⁶ Martha Nussbaum refere quanto aos estados corporais ou sentimentos, termo usado como sinônimo, uma vez que não colaborariam na definição das emoções, pois estas associadas aos estados corporais variam muito de uma pessoa para outra, inclusive ao longo do tempo ou da vida. Não bastasse isso, há casos em que determinadas emoções não geram qualquer mutação física ou corporal no agente quando associada àquela. NUSSBAUM, Martha C. **Hiding from humanity: disgust, shame and the law**. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 28-29.

¹²⁷ BIGLIANI, Carlos Guillermo; MOGUILLANSKY, Rodolfo; SLUZKI, Carlos E. **Humilhação e Vergonha**: um diálogo entre enfoques sistêmicos e psicanalíticos. Trad. Sandra M. Dolinsky e Marta D. Claudino. São Paulo: Zagodoni, 2011, p. 9-10.

¹²⁸ BIGLIANI, Carlos Guillermo; MOGUILLANSKY, Rodolfo; SLUZKI, Carlos E. **Humilhação e Vergonha**: um diálogo entre enfoques sistêmicos e psicanalíticos. Trad. Sandra M. Dolinsky e Marta D. Claudino. São Paulo: Zagodoni, 2011, p.11.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 25-27.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 29.

¹³¹ BIGLIANI; MOGUILLANSKY; SLUZKI, 2011, p. 32.

A ação de humilhar diferencia-se do sentimento de humilhação, pois tem relação íntima, por vezes, com a intolerância ou o extermínio do diferente.¹³² Humilhação é uma emoção altamente complexa e em grande parte inexplorada, facilmente confundida com discriminação, rejeição, degradação e outros fenômenos aparentemente semelhantes.¹³³

Parack¹³⁴ cita alguns casos de humilhação paradigmáticos na história mundial, tais como o dos judeus de Viena em 1930, obrigados a de joelhos lavar ruas, escarnecidos por guardas sádicos e compelidos a satisfazer caprichos antes de enviar as vítimas à câmara de gás; bem como o caso do soldado servo-bósnio que estupra a mulher muçulmana em frente ao marido e filhos, infligindo uma forma altamente complexa e multidimensional de humilhação, consistente em humilhar a mulher por estuprá-la e ao marido por zombar-lhe da incapacidade de proteger a esposa.¹³⁵

A humilhação é um sentimento moral que surge a partir de uma relação assimétrica, de comportamentos depreciativos por parte de alguém que humilha, afetando a autoestima dos que vivenciaram a experiência dolorosa de ser tratado com desprezo; é uma degradação moral que afeta a integridade física e psicológica, violando princípios de respeito e dignidade humana.¹³⁶

A humilhação e a vergonha possuem características comuns, entre elas a sensação de o indivíduo ser descoberto e desvalorizado ou desonrado publicamente em face de atos por ele cometidos ou omitidos. A diferença relevante é que na vergonha ocorre perda de valor social na qual a imagem que o outro tem do sujeito coincide com a própria avaliação de comportamento ou situação.¹³⁷ Na humilhação a imagem negativa atribuída pelos outros é considerada injusta pelo indivíduo. É quando aparece a culpa, ou seja, o sentimento de acreditar que se fez algo errado.

¹³² *Ibid.*, p. 24.

¹³³ PAREKH, Bhikhu. Logic of humiliation. In: GURU, Gopal (org.). **Humiliation: claims and context**. New Delhi: Oxford, 2009, p. 23.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 25.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 27.

¹³⁶ LOPREATO, Christina. Humiliation: une violation des principes de respect. In: ANSART, Pierre et al. **Le sentiment d'humiliation**. Paris: Éditions in Press, 2006, p. 148.

¹³⁷ SLUZKI, Carlos E. Humilhação. Vergonha e emoções sociais associadas: enfoque sistêmico e guia para sua transformação. In: BIGLIANI, Carlos Guillermo; MOGUILLANSKY, Rodolfo; SLUZKI, Carlos E. **Humilhação e Vergonha: um diálogo entre enfoques sistêmicos e psicanalíticos**. Trad. Sandra M. Dolinsky e Marta D. Claudino. São Paulo: Zagodoni, 2011., p. 80.

Na vergonha o indivíduo acredita que é mau; na humilhação vê-se tratado como mau, mas injustamente.¹³⁸

Segundo Nussbaum,¹³⁹ o ato de humilhar alguém consiste em submetê-lo à vergonha, e o ato de envergonhar, no geral, é humilhá-lo, salvo se a vergonha provocada é grave. A humilhação nem sempre tem o condão de conduzir a uma vergonha efetiva, embora essa seja a intenção.

Na vergonha, no momento em que acontece o fato, o indivíduo é tomado de diminuição e autorrejeição, ambos os sentimentos representados como situações irreversíveis, conduzindo o indivíduo a uma percepção crítica num contexto de inferioridade, defeituosidade, sem possibilidade de correção¹⁴⁰. A humilhação, a seu turno, está ligada à sensação de ser tratado e percebido aos olhos dos outros injusta e negativamente, ou seja, há um ataque à dignidade, ao orgulho da pessoa, podendo desencadear ações ou fantasias de ressarcimento ou vingança.¹⁴¹

Humilhação e vergonha são bússolas sociais. Funcionam como guias informando o quanto a conduta é percebida e o quanto se age contrariamente ou não às regras de convívio estabelecidas.¹⁴²

A humilhação não é identificada apenas nas relações sociais cotidianas, mas também em âmbito judicial, na relação Estado-Cidadão no que toca à regulação das liberdades, impondo mecanismos humilhantes de sanção por condutas antijurídicas eventualmente praticadas, que a mais das vezes não ressocializam, apenas envergonham e degradam, aviltando a dignidade humana por meio de limitações do direito ao voto, do pleno convívio com a família, da participação efetiva e satisfatória na criação dos filhos, no uso de uniforme e corte de cabelo com padrão previamente definido, entre outros.¹⁴³

Uma vez compreendida a humilhação como espécie de emoção, cumpre, diante da teoria do crime e da culpabilidade, perscrutar sua valoração como atenuante ou causa de desculpa criminal. Essa é a proposta que segue.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 81.

¹³⁹ NUSSBAUM, Martha C. **El ocultamiento de lo humano**: repugnancia, vergüenza y ley. Buenos Aires: Katz, 2006, p. 240.

¹⁴⁰ SLUZKI, 2011, p. 81.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 81-82.

¹⁴² SLUZKI, 2011, p. 82-106

¹⁴³ NUSSBAUM, 2006, p. 266-290.

3 HUMILHAÇÃO E CULPA

3.1 Culpa e responsabilidade penal

É de fácil percepção não ser possível o esgotamento doutrinário acerca da teoria do crime e da culpa, dada a limitação dimensional deste trabalho. Assim, parte-se da proposta de direcionar o leitor ante a matéria, com o fito de estabelecer correlação à problemática objeto de estudo.

Atualmente, um dos maiores problemas das doutrinas da culpa se centra na funcionalização do Direito Penal orientado à política criminal, estabilizando um terreno instável, como o da comunicação entre os elementos de conteúdo psicológico do agente e o direito¹⁴⁴. É assente na doutrina que as bases da teoria do crime se fundam no direito penal do fato e não no direito penal do autor. A regulamentação jurídica liga a punibilidade a tipos de fato de determinada natureza e não ao agente, pela ótica de características e personalidade.¹⁴⁵

Nesse contexto, despontaram três grandes escolas ou períodos de evolução do fato punível, quais sejam: a concepção clássica (naturalista e juspositivista), neoclássica (normativismo jurídico neokantiano) e finalista (concepção ôntica ou regional-ontológica).¹⁴⁶

Pela concepção clássica do fato punível, a ação consiste em um movimento corporal determinante de modificação do mundo exterior, ligada à vontade do agente numa relação de causalidade. Na ótica da vertente objetiva, toda ação se torna típica quando se liga a um tipo legal de crime, em descrição puramente externa e objetiva, alheia a valores e sentidos. Inexistindo causa de justificação, tal como legítima defesa e estado de necessidade, entre outras, a ação típica torna-se ilícita.¹⁴⁷

Na vertente subjetiva, a ação típica e ilícita torna-se ação culposa sempre que for possível comprovar, entre o fato e o agente imputável, uma ligação psicológica (concepção psicológica da culpa)¹⁴⁸⁻¹⁴⁹⁻¹⁵⁰ capaz de legitimar a imputação do fato ao

¹⁴⁴ PALMA, Fernanda. **O princípio da desculpa em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 25.

¹⁴⁵ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal: questões fundamentais**, a doutrina geral do crime. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo I, 2011, p. 237.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 240-245.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 239-240.

¹⁴⁸ Liszt e Beling são sistematizadores da concepção psicológica da culpabilidade a partir de meados do século XIX, após Binding. Segundo Liszt, culpa é uma relação de cunho subjetivo entre ato e

agente a título de dolo ou negligência. Esse conjunto de elementos, segundo essa concepção, conceituaria o crime.¹⁵¹

As críticas ao sistema naturalista-causalista foram coerentes, pois não haveria como restringir a ilicitude à mera ausência de causa de justificação, haja vista que prescindia da análise de aspectos de ordem subjetiva plenamente visíveis. Apesar da corrente, sob o paradigma da vertente subjetiva, considerar o dolo ou negligência necessários à existência do crime carecia da consideração de determinadas situações, tais como a consciência do ilícito e a exigibilidade de conduta diversa.¹⁵²

A concepção clássica, pela vertente objetiva, não se revela satisfatória na valoração das emoções, pois a ação se torna típica quando se identifica com o tipo legal de crime. Já sob a vertente subjetiva, a concepção psicológica da culpa não considera aspectos relevantes como o caso dos inimputáveis, que, mesmo agindo com dolo ou culpa, são incapazes de entender o caráter ilícito do fato, situação evidenciada no caso de Ansião, onde se reconheceu a arguida como semi-imputável. Por outro lado, nos casos de negligência, em especial na inconsciente, não há previsão do resultado, e assim não há relação psicológica entre o agente e o fato.¹⁵³

A ausência de valoração adequada a aspectos de ordem emocional, especialmente quando ligados à exigibilidade de conduta diversa, não se resolveu com o advento da concepção neoclássica, consistente em caracterizar o ilícito como “danosidade social” e a culpa como “censurabilidade” do agente em face de sua

autor. Beling, por sua vez, sustentou que a culpa era uma relação entre o autor e o resultado, estando o primeiro vinculado subjetivamente ao fato posto em prática. Para Liszt e Beling a culpa vincula o autor à realização da conduta, na medida em que ação e resultado estão ligados por um nexo psíquico, relegando aspectos de caráter subjetivo à culpabilidade. FERNANDEZ, Gonzalo D.

Culpabilidad y teoría del delito. Buenos Aires: Editorial B de F., 1995, vol.1, p. 164.

¹⁴⁹ Liszt era um determinista e mostrou-se contrário ao dogma do livre arbítrio como fundamento do direito penal, pois a culpa nada teria a ver com liberdade de poder atuar de outro modo, sendo um equivalente à responsabilidade que se tem pelo resultado. Quem de forma anormal reage aos motivos, diferentemente do homem médio normal, é inimputável e, portanto, não pode ser punido. ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal.** Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz; Maria Fernanda Palma; Ana Isabel de Figueiredo. 3ª ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 67.

¹⁵⁰ Antes de Liszt e Beling, Binding reconhecia culpabilidade como ação culpável antijurídica. BINGING, Karl. **Maestros de Direito Penal:** la culpabilidad em derecho penal. Traducción: Manuel Cancio Meliá. Gustavo E. Aboso (coord.). Gonzalo D. Fernández (dir.). 2009, Buenos Aires: Euros, vol. 30, p. 5-29.

¹⁵¹ DIAS, 2011, p. 240.

¹⁵² *Ibid.*, p. 241.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 241.

conduta, visto que poderia ter agido de outra forma (exigibilidade de conduta diversa). Mezger foi precursor e defensor da concepção neoclássica.¹⁵⁴

As críticas ao conceito de culpabilidade deram nascimento a um conceito normativo, expressado na valoração negativa de conduta contrária ao direito. Goldschmidt¹⁵⁵ é um dos expoentes nessa nova visão após Frank,¹⁵⁶ aditando ao conceito causal de crime o dano social e a reprovabilidade, passando esta a consistir basicamente em não observância do dever, e a exigibilidade o fundamento da culpabilidade. Assim, a liberdade, o livre-arbítrio do sujeito, é um pressuposto da exigibilidade, pois nesta condição poderia agir de forma diversa sem chegar àquele resultado. A ação continuou a ser concebida como conduta humana que dá causa a um resultado ligado à vontade do agente.¹⁵⁷

Embora a concepção neoclássica tenha enriquecido os elementos normativos constitutivos da culpa, ainda assim se revelou impotente quanto ao entendimento e apreciação do livre-arbítrio, da mesma forma quanto à valoração de estados emocionais que obstam ou coagem momentaneamente a liberdade de escolha do agente imputável, pelo vértice da responsabilidade.

Dessa forma, se a arguida de Ansão fosse considerada plenamente imputável, poderia no máximo obter atenuação de pena ou reconhecimento de homicídio privilegiado, pois seria submetida à avaliação subjetiva da exigibilidade de conduta diversa na esteira do chamado homem médio.

A concepção finalista, idealizada e defendida por Hans Welzel,¹⁵⁸ embora represente avanço na teoria do crime, pelo reposicionamento do dolo e da negligência no tipo, atribuindo à culpa um juízo de puro valor, ainda se manteve

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 242.

¹⁵⁵ GOLDSCHMIDT, James. **Maestros del Derecho Penal**: la concepción normativa de la culpabilidad. Gustavo E. Aboso (coord.). Traduc. Margareth de Goldschmidt e Ricardo C. Núñez. 2ª ed. Buenos Aires: Euros, 2007, vol. VII, p. 87-143.

¹⁵⁶ Frank, reconhecido como fundador da teoria normativa da culpabilidade, concebeu a reprovabilidade como valoração negativa de uma conduta desaprovada. FRANK, Reinhard. **Maestros del Derecho Penal**: sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Gustavo E. Aboso (coord.). Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Euros, vol. I, 2000, p. 25-68.

¹⁵⁷ Cabe ressaltar que por esta concepção a ação passou a ter um conteúdo de relevância social, ou seja, em termos de tipicidade não bastaria uma mera descrição formal externa de condutas, mas também que o comportamento seja lesivo de bens jurídicos socialmente protegidos. A culpa, por sua vez, caracterizada como juízo de censura (concepção normativa da culpa), tinha na imputabilidade a capacidade de o agente entender o caráter ilícito do fato e determinar-se em relação a essa avaliação; no dolo e na negligência, compreender a forma ou grau da culpa, exigindo comportamento conforme o direito. (DIAS, 2011, p. 243.)

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 245.

silente em dar respostas adequadas a situações que envolvam crimes praticados sob o domínio de emoções que afetam a capacidade de discernimento de conduta ou mereçam desculpa criminal, diante da perspectiva individual do sujeito no caso concreto.

A transposição do dolo e da negligência para o tipo de ilícito deu à culpa um matiz de valor ou desvalor da conduta, composta de juízos de imputabilidade, potencial consciência do ilícito e exigibilidade de outro comportamento.¹⁵⁹ A exigibilidade baseada num modelo de conduta social, padronizado na idealização do homem médio, passou a constituir um problema diante da vagueza conceitual intrínseca.

Para o finalismo, em síntese, a culpabilidade seria a responsabilização do agente do fato, em face da livre motivação pela conduta antijurídica.¹⁶⁰ Somente quando o homem pode agir voluntariamente é que poderá ser reprovado.¹⁶¹ Paradigma que conduziu a sérias reflexões acerca da definição de liberdade e autodeterminação, especialmente quando o agente é tomado por explosões emotivas momentâneas.

Tal ideia de culpa calcada na liberdade, em que o agente decidindo por sua escolha está sujeito a responsabilidades, passou a ser vista sob uma tríplice dimensão com o funcionalismo teleológico de Roxin e o sistêmico de Jakobs, ou seja, uma objetiva, uma normativa e outra subjetiva.

Ao tipo penal, na dimensão normativa, foi agregada a imputação objetiva.¹⁶² Para a adequação típica não basta simplesmente praticar o fato que dá causa ao resultado (causalismo de Liszt e Beling) ou ainda dar causa ao resultado por dolo ou negligência, consoante o finalismo de Welzel, pois para incidência do tipo penal só é

¹⁵⁹ DIAS, 2011, p. 246

¹⁶⁰ WELZEL, Hans. **Derecho Penal aleman**. Trad. Juan Bustos Ramírez; Sergio Yáñez Pérez. 11ª ed. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1970, p. 197.

¹⁶¹ Para o finalismo os pressupostos de reprovação seriam que o autor fosse capaz, segundo as próprias forças psíquicas, de motivar-se de acordo com a norma (imputabilidade); e que estivesse em condições de motivar-se pela norma em virtude da compreensão da antijuridicidade do propósito concreto, ou seja, possibilidade de compreensão do injusto (potencial consciência do ilícito). Entretanto, em que pese a presença desses pressupostos, ainda não conduziria à reprovação da conduta, pois poderiam subsistir razões para renunciar-se à reprovação, exculpando-se o agente, em face de ser inexigível nas circunstâncias, uma conduta conforme o direito, haja vista razões extraordinárias de motivação, como o estado de necessidade exculpante. (WELZEL, 1970, p. 198, 201, 248-249)

¹⁶² ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Trad. Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997, p. 216 e ss.

imputável a conduta de alguém que cria ou dá causa a um risco proibido ou juridicamente desaprovado.

Analisando Roxin, vê-se que a responsabilidade calcada em fatores de ordem preventiva mitiga adequada valoração quanto a aspectos de ordem emocional, tais como perturbações, fobias, traumas que abalam ou obstam a capacidade do agente em agir em conformidade com o direito, pois estes apenas serão considerados como dosadores da sanção penal a ser aplicada.

A situação se agrava quando analisada a culpa pela ótica de Jakobs, por solidificar seus fundamentos em fins sociais e caracterizá-la como ausência de fidelidade do agente ao ordenamento jurídico. Jakobs desenvolveu a denominada concepção funcional da culpabilidade, fulcrada na teoria sociológica da formação do direito de Niklas Luhmann.¹⁶³ Assim, a culpabilidade reside em um déficit de motivação jurídica do autor e depende das exigências de prevenção geral, não do grau de responsabilidade pessoal pela ação. O objetivo da sanção seria a estabilização da vigência da norma e a concretização da confiança da sociedade no direito.¹⁶⁴

Jakobs¹⁶⁵ reconhece que a culpabilidade está relacionada à liberdade, contudo, não com liberdade de vontade, livre-arbítrio, mas com liberdade de se autoadministrar, ou seja, administrar a mente. Um defeito cognitivo é falta de competência organizativa. Assim, o defeito inevitável e suas consequências são reconhecidos como ausência de culpa. Já no caso de um defeito evitável, a culpabilidade pode se encontrar reduzida.

Na linha teórica de Jakobs não se encontra solução ao problema da desculpa criminal, pois permanecem hígidos os percalços valorativos dos elementos de ordem subjetiva, uma vez que determinados estados psíquicos advindos de desequilíbrios emocionais intensos podem retirar do sujeito o livre-arbítrio, mas nem sempre lhe retiram a capacidade de autoadministrar-se. Outras vezes, retiram apenas a capacidade momentânea de autoadministrar-se.

¹⁶³ JESCHECK, Hans-Heirich. Evolución del Concepto Jurídico Penal de Culpabilidad en Alemania y Austria. In: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Freiburg, n. 05, p. 13, jan. 2003. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf>>. Acessado em: 12 abr. 2014.

¹⁶⁴ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. André Luís Callegari, colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 62-71.

¹⁶⁵ *Idem*. El principio de culpabilidad. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 45, fasc. 3, Sep./Dic., 1992, p. 1054-1083.

Dessa forma, o que se observa é que as teorias de culpa não apresentam resposta satisfatória ao problema da avaliação dos estados emotivos que diminuem ou excluem a capacidade de autodeterminação do sujeito no caso concreto, cuja conduta não se amolda à figura do chamado homem médio. Há, em verdade, uma irrazoável resistência à aceitação de que as emoções podem diminuir a possibilidade do agente de retroceder à ideia do crime ou fazer uma escolha de conduta em conformidade com o direito.

Dessas constatações, é possível direcionar um pensamento crítico à desculpa criminal e às causas de exclusão de culpa na ótica do atual Código Penal português, o que possibilitará alcance não apenas didático, mas também prático para tópicos que adiante serão estudados.

3.2 Desculpa criminal e exclusão de culpa no Código Penal

O Código Penal (CP) português distingue entre exclusão da culpa, por fatores de constituição pessoal, e causas de desculpa, por razões de inexigibilidade de outra conduta em face das circunstâncias. A diferenciação entre ambas seria fruto de influência do pensamento germânico, calcado na distinção entre fatores que incidem sobre os pressupostos da culpa e sobre a gravidade da culpa.¹⁶⁶

O modelo normativo legal da culpa é um sistema tripartido, em que os fatores psicológicos ou de relevância subjetiva individual não encontram lugar nas causas tipificadas de desculpa, mas tão somente na inimputabilidade (art. 20, nº 1, do CP), por decorrência de estados psíquicos anômalos e como atenuantes da parte especial ou atenuante genérica (art. 72º do CP). Em suma, os motivos e acontecimentos de ordem psicológico-individual, tais como sentimentos, emoções, incapacidade momentânea de liberdade de adequação de conduta conforme o direito, em tese capazes de excluir a responsabilidade do agente imputável, não encontram espaço adequado de valoração¹⁶⁷.

No Código Penal português são observadas causas de desculpa nas hipóteses de erro sobre a ilicitude (art. 17º, nº1), excesso de legítima defesa (artigo 33º, nº 2), no estado de necessidade desculpante (art. 35º) e na obediência hierárquica desculpante (artigo 37º). Relativamente ao estado de necessidade desculpante,

¹⁶⁶ PALMA, 2005, p. 26

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 26

previsto no artigo 35º, o CP apenas explicita sua estrutura e não o fundamento, elencando um conjunto de situações que pretende configurar como estado de necessidade. Este, por sua vez, seria compreendido como motivação anômala, em que diante de determinada situação não seria exigido outro comportamento, estando o agente dispensado de agir conforme o direito.¹⁶⁸

Percebe-se no artigo 35º que o legislador, ao enunciar aqueles bens jurídicos, reconheceu-lhes elevado valor, em que a supressão de um em salvaguarda de outro não se revela algo desproporcional ou meramente egoístico, mas intimamente ligado à dignidade, liberdade e existência humana.¹⁶⁹ A emoção no estado de necessidade desculpante demonstra relevância no conflito de interesses relativamente aos bens jurídicos que se buscam preservar. Situações que coloquem em perigo a vida ou a integridade física geram, respectivamente, medo ou dor; que possam privar a liberdade geram angústia ou desespero. Em relação à honra, por exemplo, podem gerar a vergonha ou a humilhação.

Paralelamente à circunstância de o legislador, no estado de necessidade desculpante, eleger bens jurídicos como de relevante valor, capazes de justificar a conduta ilícita, nota-se que a valoração reservada ao estado emocional do agente, pelo ângulo histórico e individual, revela-se mitigada, pois relaciona e avalia a conduta pelo prisma de um padrão de comportamento humano médio e razoável nas circunstâncias. Assiste razão a Palma,¹⁷⁰ ao referir quanto ao estado de necessidade desculpante, que os tribunais dão pouca importância à realidade, e à insuperabilidade do conflito para o agente, solucionando o problema no plano da hierarquia de bens.

Curado Neves¹⁷¹ discorda desse entendimento. Segundo o autor, o fato não seria censurado justamente pelo contrário, ou seja, não podendo o conflito ser revolido por meio de ponderação de bens, a renúncia à punição por parte do legislador indica que não se pode dar razão a um ou a outro.

¹⁶⁸ PALMA, 2005, p. 161

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 166.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 168.

¹⁷¹ NEVES, João Curado. **A problemática da culpa nos crimes passionais**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 671.

Nesse ponto, não se acompanha Curado Neves. Observe acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa¹⁷² cujo arguido desconfiava estar sendo traído pela esposa. No dia dos fatos, confuso e atordoado por aquela ideia, dirigiu-se à residência do amante, situada no Funchal. Ao chegar ao local flagrou ambos em adultério. Imediatamente ordenou à esposa que o acompanhasse à casa onde ambos residiam, como ela se negara, apoderou-se de uma faca, mas a largou em seguida. Após o que lhe segurou pelo braço, levando-a à força embora, mantendo-a em cárcere privado por 23 horas. A intenção do arguido era que a mulher se explicasse e voltasse a viver com ele e o filho.

Na hipótese, o arguido foi absolvido em primeira instância por estado de necessidade desculpante, em face do estado emocional. Contudo, o Tribunal da Relação de Lisboa reverteu a decisão condenando-o, sob argumento de que não estariam presentes os pressupostos do estado de necessidade desculpante, ou seja, a intenção de afastar um perigo atual que ameace algum dos bens elencados no artigo 35º, nº 1, do CP ou, em qualquer dos casos, quando não seja razoável lhe exigir comportamento diferente.

Embora o Tribunal da Relação tenha reconhecido a afetação da honra do arguido e a intenção de reconciliação da família, sustentou que sentimentos como irritação e ciúme quando muito teriam o condão de diminuir-lhe a culpa, pois que poderia ter agido de outra forma, mas não excluí-la a ponto de ser reconhecido estado de necessidade desculpante. Não há na hipótese análise do quanto o estado emocional do arguido afetou sua liberdade de ação em conformidade com o direito para os momentos que sucederam ao impacto da traição, limitando-se a ponderar bens em conflito e pouco do conflito emocional do arguido, salvo em plano de atenuação da pena.

Há correspondência entre a conduta típica e a emoção vivida pelos agentes de fatos criminosos que demanda mapeamento psíquico. Algumas emoções podem ser identificadas com determinadas condutas, mas nem sempre são exatas. Quem sente medo pode esconder-se, mas também fugir, armar-se, reagir com

¹⁷² PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão nº 0069953, de 02 de fevereiro de 2000. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a62f4936e05e9bc7802569200046298c?OpenDocument&Highlight=0,0069953>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

agressividade.¹⁷³ No caso do arguido traído, manter a esposa em cárcere por 23 horas pode ter vários significados. Um deles é não reviver a dor e a humilhação de nova traição, dor esta só dimensionada pelo arguido quando flagrou a esposa e o amante juntos.

As reações racionais que decorrem de determinados estados emocionais têm relação direta com o valor e o significado atribuídos pelo sujeito ao estado de coisas ou fatos que se sucedem.¹⁷⁴ Assim, suponha-se que durante anos o marido tenha sido fiel e dedicado à esposa e à família e que a fidelidade prometida no ritual do casamento representava valor a ser observado. Ora, hipoteticamente, a avaliação que fez a partir da visão dolorosa do adultério pode ter conduzido o arguido a atribuir à conduta típica, do ponto de vista de seus valores internos, menor reprovabilidade do que a traição, sendo possível que em mente a ação praticada representasse justiça ou compensação emocional.

Essa conclusão revela uma tomada de decisão a partir de um critério de justiça pessoal, mas que é determinante na escolha de um comportamento conforme o direito, e que poderia ou não, nas circunstâncias, ter-lhe diminuído a capacidade de discernimento avaliativo.

Dessarte, não se trata de simples conflito em que não encontrando solução por meio de ponderação de bens o Tribunal deixa de julgar, como afirma Curado Neves, mas de uma situação que envolve capacidade de avaliação adequada por parte do agente. Outrossim, não se está a afirmar do art. 35º que o fator emocional do arguido ficará isento de valoração, mas sim que será avaliado numa condição secundária, no plano da atenuação da pena e não no da desculpa, haja vista ter como vetor o comportamento humano médio nas circunstâncias, em detrimento do aspecto individual.

Portanto, a exigibilidade de conduta diversa, que tem correntemente no homem médio o critério de avaliação da razoabilidade do comportamento e constitui um dos elementos da culpabilidade, carece de base de maior completude para solução de conflitos emocionais insuperáveis no plano individual,¹⁷⁵ cujo

¹⁷³ LAGIER, 2009, p. 74.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 110.

¹⁷⁵ Cfe. Wolter, a dogmática jurídico-penal tradicional orientada à tipicidade, à antijuridicidade e à culpabilidade encontra-se obsoleta, carecendo de reformulação, haja vista as novas possibilidades de reconhecer a culpabilidade sem imposição de pena, sugerindo dessa forma um novo sistema de direito penal, a partir de uma integração que abarque o delito, processo penal e pena. Propõe, ainda, a

comportamento, embora em desconformidade com o direito, seria passível de ser desculpado socialmente, situação que será abordada na sequência sob o enfoque da emoção da humilhação.

4 HUMILHAÇÃO E O HOMEM MÉDIO

4.1 Humilhação e exigibilidade de conduta diversa

O caso de Ansião revela o retrato nítido de fato criminoso em que o operador do direito é instado a refletir quanto à aplicabilidade da desculpa criminal em face do histórico de frequentes humilhações impostas à arguida. Sem ingressar no mérito de uma tese argumentativa de legítima defesa, dada a inexistência de agressão atual (art. 32º do Código Penal), pela concepção tradicional da teoria da exigibilidade de conduta outro não seria o desfecho senão de a arguida ser considerada culpada, pois, em tese, lhe era exigível comportamento diverso sob o paradigma do homem médio.

A questão da exigibilidade de conduta diversa e a da humilhação podem ser destacadas não apenas em crimes ocorridos no âmbito de violência doméstica, como em Ansião, mas também no *bullying*. Neste, a submissão de adolescentes a frequentes atos de humilhação tem o condão de transformá-los ora em suicidas, ora em agentes de crimes de elevada violência. Além desse cenário estudantil, verifica-se *bullying* nas relações de hierarquia, como em ambientes de trabalho, bem como nas chamadas humilhações transgeracionais, em que o suicídio se revela, por vezes, resposta a um histórico de vida insuportável e para o qual não se encontra mais saída.¹⁷⁶

Disso resulta que o indivíduo que represa e sufoca a humilhação – como já visto – pode conduzir-se a duas posições: vítima ou vingador. A segunda hipótese é, neste momento, de maior relevância no estudo, pois acarreta condutas violentas e

separação entre culpabilidade no sentido de capacidade de culpa ou capacidade de agir de outro modo e no sentido de responsabilidade. WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia de la pena y de la atenuación de la pena. In: WOLTER, Jünger; FREUND, Georg (eds.). **El sistema integral del Derecho Penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Trad. Guilherme Benlloch Petit et al. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 32.

¹⁷⁶ BIGLIANI, Carlos Guilherme. Humilhação e vergonha: dinâmicas e destinos. In: BIBLIANI, Carlos Guilherme; MOGUILLANSKY, Rodolfo; SLUZKI, Carlos E. **Humilhação e vergonha: um diálogo entre**

homicídios incompreensíveis ao senso comum. O entendimento da dinâmica dessa emoção permitirá identificar qual o nível de influência sobre o psiquismo humano, e se é possível, sob seu estado, ter controle das ações em conformidade com o direito.

Bigliani¹⁷⁷ destaca que o indivíduo humilhado, quando se estrutura como vingador, organiza-se numa alternância depressivo-psicopática ou com justificativa depressiva de ações psicopáticas: nesta hipótese destaca o caso de jovens que ingressam em escolas e matam colegas e professores como forma de vingança da própria exclusão.

Embora ressalve ser possível ao sujeito afetado no *bullying* tolerar a adversidade, controlando a inibição e a violência, o alcance da assertiva deve ser interpretado numa dinâmica de tratamento adequado e a tempo, pois, conforme aponta Moguillansky,¹⁷⁸ o sentimento que nasce dessa relação assimétrica é por vezes insuportável, buscando a pessoa humilhada à aniquilação do agressor ou a si mesmo. Taralli (2011, p. 52), reportando-se a Sandra Inácio, aponta que, no caso do sofrimento vivido por crianças, as construções inconscientes de pensamentos de vingança e de suicídio, transmutáveis para atos agressivos ou violentos, tanto a si como à sociedade, podem ser controlados por meio da intervenção diagnóstica, preventiva e psicoterápica.

Dessa forma, dependendo do grau da humilhação infligido, a vítima de *bullying* poderá desenvolver um estado clínico de psicopatia e por vezes de agressões violentas, reveladoras de inimizabilidade (parcial ou total). Contudo, a constatação da anomalia, por si só, não dispensa da análise se no momento do crime a pessoa podia, naquelas circunstâncias emocionais e psíquicas, agir de outra maneira. Quem premedita trucidar colegas de sala de aula durante um mês com uma metralhadora pode ter um estado de consciência totalmente diferente daquele que atea fogo na sala e a fecha logo após sofrer uma agressão. A conclusão seria a mesma, ainda que ambas as vítimas do exemplo estivessem sendo humilhadas e

enfoques sistêmicos e psicanalíticos. Trad. Sandra M. Dolinsky e Marta D. Claudino. São Paulo: Zagodoni, 2011, p. 27.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 32.

¹⁷⁸ MOGUILLANSKY, Rodolfo. A vergonha, a humilhação e o herói. In: BIBLIANI, Carlos Guilherme; MOGUILLANSKY, Rodolfo; SLUZKI, Carlos E. **Humilhação e vergonha**: um diálogo entre enfoques sistêmicos e psicanalíticos. Trad. Sandra M. Dolinsky e Marta D. Claudino. São Paulo: Zagodoni, 2011, p. 149-150.

agredidas nas mesmas condições de tempo e lugar, o diferencial reside no lapso de tempo da reação.

Dessas situações, de agressões decorrentes de *bullying* e crimes provenientes de violência doméstica, é possível identificar a existência de incapacidade de comportamento conforme o direito por inimizabilidade (doença mental) ou em decorrência de conflitos emocionais, passível de desculpa criminal.¹⁷⁹⁻¹⁸⁰

Em termos de inimizabilidade, a responsabilidade criminal é definida pela psiquiatria e psicologia por meio da utilização de determinados métodos e critérios. Em face das diferentes formas como eram utilizadas as informações recebidas pelos técnicos dessas áreas, acarretando diagnósticos diferentes, criou-se uma escala denominada Rogers Criminal Responsibility Assessment Scale (R – CRAS).¹⁸¹ Apesar de ser o modelo mais conhecido, foi criticado em razão de ter as bases metodológicas consideradas não-científicas, inexistindo consenso na utilização. Ademais, teria como característica aplicabilidade destinada a um espaço de tempo curto após o crime.¹⁸²

Nesse diapasão, seja qual for o método ou critério utilizado pela psiquiatria ou psicologia, pode-se afirmar que a conclusão pericial diagnóstica de capacidade de comportamento conforme o direito, essencialmente voltada à avaliação da imimizabilidade e consciência da ilicitude, nem sempre coincide com a avaliação judicial. Por sinal, não é de causar admiração, pois, como antes visto, nem mesmo na psicologia ou psiquiatria existe consenso quanto a métodos e resultados, pois a

¹⁷⁹ Estudos científicos revelam que violência e agressão não estão necessariamente associadas a um estado psicopatológico em particular, a exemplo da epilepsia do lobo temporal, que gera crises de furor e agressividade extremada, e embriaguez patológica, forma de agressão extremada, cuja mudança abrupta e profunda na personalidade é motivada pela ingestão de bebida alcoólica, ainda que em pequenas doses. Em termos psicodinâmicos, a agressão deve, em tese, ser considerada à luz da conjuntura sociocultural, pois que o meio teria o condão de influenciar o comportamento humano. Segundo o mesmo artigo “O cérebro humano possui sistemas de regulação naturais que controlam as emoções negativas e alterações nesses sistemas parecem aumentar dramaticamente o risco de comportamento impulsivo violento, conforme pesquisas da Universidade de Wisconsin-Madison (Science, 28/07/2000)”. BALLONE, Geraldo José; MOURA, EC. Cérebro e violência. Psiqweb. Revisto em 2008. Disponível em <<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=85>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

¹⁸⁰ Acerca da culpa e do consumo de estupefacientes, Carlota Pizarro de Almeida analisa acórdão referindo sobre a complexidade do tema, aduzindo que na jurisprudência portuguesa, em determinados casos, a toxicodependência tem sido invocada para aumentar a pena e não atenuá-la. ALMEIDA, Carlota Pizarro de. Inimizabilidade. In: PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel (coord.). **Casos e materiais de Direito Penal**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 390-394.

¹⁸¹ COELHO, Maria Costa Coelho. **A doença mental (des)culpada**: um modelo de avaliação da responsabilidade criminal. 1ª ed. Coimbra: Almedina. 2005, p. 81.

avaliação atribuída pelo perito depende não apenas do nível das informações recebidas, mas também dos critérios utilizados e de suas próprias convicções e percepções.

Portanto, cabe ao magistrado verificar se nas circunstâncias do crime era exigível comportamento diverso ou não, seja na ótica corrente do homem médio, seja no plano da desculpa criminal como forma de superação dessa figura na dimensão de novos valores jurídicos.

Nesse contexto, observe-se a decisão do Tribunal da Relação de Évora¹⁸³ em julgamento semelhante ao caso de Ansião, em que a mulher matou o marido com duas machadadas enquanto estava deitado na cama sob efeito de embriaguez. Durante anos de casamento, esta arguida sofrera maus-tratos físicos e violência sexual. Na noite do fato, o varão novamente tentou a prática de sodomia, com a recusa, o marido pegou um machado, no entanto, depois o largou. Estando embriagado e adormecido, a arguida aproveitou-se da ocasião, matando-o. A arguida foi condenada, sendo considerada sua responsabilidade sensivelmente reduzida, e afastada a alegação de legítima defesa, pois estando sozinha no quarto e de posse do machado não estava em perigo iminente.

A pressão psicológica vivida pela arguida não foi considerada para isentá-la de pena, nem mesmo houve margem a que se pudesse verificar, pelo ângulo subjetivo individual, até que ponto tinha ou não liberdade psíquica de escolha de ação. Não obstante, certo é que a razoabilidade de comportamento, esperada a partir de um modelo padrão de conduta dentro da sociedade, varia conforme padrões éticos e culturais de espaço e tempo, refletindo diretamente no ordenamento legislativo, e sua ponderação, não poucas vezes, colide frontalmente com um padrão de justiça.

Nesse tocante, acertadamente destaca Palma¹⁸⁴ que a desculpa representa solução justa para o problema da atribuição de responsabilidade, ultrapassando o “subjetivismo da ética dominante”, que define o que seja razoável a partir de uma “lógica mediana”.

Tal ausência de liberdade de adequação do comportamento, capaz de excluir a responsabilidade, passa pelo reconhecimento da inexigibilidade de conduta

¹⁸² *Ibid.*, p. 81 e 139-151.

¹⁸³ Conforme comentários ao acórdão de 1977 do Tribunal da Relação de Évora por: BELEZA, Tereza Pizarro. Legítima defesa e gênero feminino: paradoxos da *feminist jurisprudence*. In: **Jornadas de homenagem ao professor doutor Cavaleiro de Ferreira**. Lisboa, 1995, p. 287-304.

diversa, a qual não constitui causa de exclusão da culpa, mas o reconhecimento de uma culpa que existe em grau diminuto, em relação à qual o ordenamento deixa de punir.¹⁸⁵ Com a imputabilidade e a potencial consciência do ilícito, estaria reconhecido o poder do agente de se motivar pela norma e agir conforme o direito.

Assim, a exigibilidade não se ligaria à censura da culpa nem a inexigibilidade à exclusão, mas tão somente em relação à quantificação, por se encontrar a culpa em determinados casos diminuída. As causas de exclusão da culpa seriam inimputabilidade e o erro sobre a ilicitude não censurável; as causas de desculpa seriam aquelas derivadas da inexigibilidade.¹⁸⁶ Nesse sentido, a culpa subsiste definitivamente com a imputabilidade e a potencial consciência do ilícito. Contudo, como há casos em que inexistem exigências preventivas que demandem respostas sociais punitivas, descabe a responsabilização do agente.¹⁸⁷

Portanto, ao buscar posicionar uma espécie emocional (humilhação) no campo valorativo dos elementos do crime, o que antes foi exposto ganha relevo. Ou seja, sendo a exigibilidade de conduta diversa critério subjetivo, pela ótica do elemento normativo, que perscruta se nas condições o agente – na visão do chamado homem médio – poderia agir conforme o direito, conclui-se que determinados estados emocionais, diante do atual ordenamento, não justificarão isenção de pena, pois o padrão socialmente aceito e estabelecido pelo ordenamento afasta do campo da culpa o homem individual.

Destarte, por essa ótica, o julgador fica engessado para transitar livremente no campo interpretativo da subjetividade do agente, identificando e valorando-lhe a ação, considerando estado emocional, motivos internos e reações para fins de aplicação de desculpa criminal que possa isentá-lo de pena, salvo para fins de atenuação.

Em verdade, o homem médio também possui no psiquismo um círculo limítrofe comum de fraqueza, incompreensão e intolerância capaz de, excepcionalmente, não permitir a adequação de comportamento em situação emocional conflitiva. Nesse

¹⁸⁴ PALMA, F., 2005, p. 179.

¹⁸⁵ DIAS, 2011, p. 603-604.

¹⁸⁶ DIAS, 2011, p. 604.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 606.

sentido, bem ressalta Freud¹⁸⁸ que as emoções possuem o condão de limitar a capacidade de julgamento.

Assim, o problema da exigibilidade de conduta diversa é não poder estabelecer critérios para indicar em relação ao homem médio quais os limites de tolerabilidade no psiquismo que lhe permitam compreender e adequar-se comportamentalmente em relação à norma diante de variadas intensidades de estados emocionais pelas quais possa ser eventualmente afetado.

Bergson,¹⁸⁹ ao analisar a intensidade dos sentimentos, sensações e emoções entre si, refere que estados psicológicos como a paixão, desejo, alegria ou tristeza vêm acompanhados de sintomas psíquicos e, quando são sentidos, influenciam na formação dos parâmetros de apreciação de intensidade daqueles. Assim, as noções de intensidade do sentimento apresentam-se sob duplo aspecto: representadas por causa exterior ou as que bastam em si. Na primeira, analisa-se a “grandeza da causa por uma certa qualidade do efeito”; na segunda, a “multiplicidade, mais ou menos apreciável” de fatores psíquicos simples, adivinhados “no interior do estado fundamental”. Ou seja, por exemplo, um desejo obscuro pouco a pouco somatizado pode se tornar uma paixão profunda. A alusão a Bergson revela o que seja talvez um dos maiores problemas existentes para aplicação da desculpa criminal: identificar de forma concreta os limites de liberdade de ação conforme o direito no interior complexo do psiquismo humano, considerando-se a influência que a intensidade de determinados estados emocionais, tais como a humilhação sistemática, pode produzir expressando ações e reações criminosas.

Não obstante essa impotência do legislador, a referência à emoção violenta, compaixão, desespero e outro motivo de relevante valor social ou moral, como causas de diminuição de pena no art. 133º do CP, levam a crer que a intenção da lei era de que tais estados fossem ponderados pela ótica da censurabilidade pessoal, da mesma forma como na exigibilidade de conduta diversa.¹⁹⁰

Portanto, para que o crime decorrente da humilhação seja considerado causa de desculpa criminal, a representação do bem ou valor interno que o agente busca preservar deverá ser de tal relevância no psiquismo que a escolha se justifica diante

¹⁸⁸ FREUD, Sigmund. **Cinco lições de psicanálise**. Trad. Durval Marcondes e J. Barbosa Corrêa. Coleção os Pensadores – Freud. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 24.

¹⁸⁹ BERGSON, Henri. **Ensaio sobre os dados imediatos da consciência**. Trad. João da Silva Gama. 1ª ed. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 12-61.

das circunstâncias fáticas e do histórico emotivo individual. Para tanto, será fundamental o estabelecimento de critérios que permitam ao julgador compreender, avaliar e valorar o psiquismo do agente tomado por tal sentimento. É o que será analisado a seguir.

4.2 Humilhação e sua valoração pelo julgador

A simples percepção de que as emoções são estados interiores não explica o que a maioria das pessoas identifica como medo, ciúme, ódio, inveja, humilhação, nem a diversidade de ações que poderão resultar desses estados. Wittgenstein¹⁹¹ referiu, ao abordar as dores e as sensações, citando o exemplo do escaravelho, que uma pessoa só pode saber o que são dores a partir do que ela mesma sente ou sentiu, ou seja, “só posso *crer* que uma pessoa tem dores, mas *sei* quando as tenho”.

No caso da mulher muçulmana – citado no início – violentada em frente da família, era possível que matasse o agressor em outra oportunidade não propriamente por se sentir humilhada, mas pelo sentimento de ódio em face do sofrimento e impotência do marido obrigado a assistir à cena. Idêntico desfecho poderia ocorrer, por exemplo, com a prostituta violentada que, um dia após a conjunção, depara com o agressor, matando-o, mas não em face da humilhação do corpo violado, e sim porque a conexão e regressão mental a fizeram reportar-se às várias agressões infligidas pelo pai abusador quando criança. Logo, por óbvio, não será a reação do agente, por si só, o fator identificador da emoção.¹⁹²

As experiências internas conectadas mentalmente às sensações pessoais fazem concluir como se processa determinada emoção no interior de outra pessoa. A sensação de medo que se sente tende a ser percebida, reconhecida e interpretada no outro da mesma forma como cada um sente quando vivencia a

¹⁹⁰ PALMA, F., 2005, p. 234.

¹⁹¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-Filosófico**: investigações filosóficas. Trad. e Prefácio M.S. Lourenço. Introd. e coment. Tiago de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987, p. 336-362.

¹⁹² NUSSBAUM afirma que os estados corporais, ou sentimentos, termo usado como sinônimo, não colaboram na definição das emoções, pois estas associados aos estados corporais variam muito de uma pessoa para outra, inclusive ao longo do tempo ou da vida. Não bastasse isso, há casos em que determinadas emoções não geram qualquer mutação física ou corporal no agente. NUSSBAUM, 2004, p. 28-29.

experiência.¹⁹³ As observações das pessoas interagindo e reagindo às percepções do mundo fenomênico fazem concluir o que representa nelas determinado estado emotivo. Conforme Palma (2005, p. 187): “É a linguagem das emoções que permite que a identificação das ações seja coincidente com a própria consciência de si (ou o reconhecimento de si) na ação”.

A interpretação pelo magistrado do conflito emocional experimentado pelo agente do crime revela-se complexa por prescindir, às vezes, da experiência relativa àquela emoção. Além disso, a relação de valores do magistrado pode ser totalmente diferente daquele que praticou o crime. Assim, os valores morais de quem mata para apossar-se de um bem, em tese, são diferentes dos daquele que mata por motivo passional. Mas é possível que ambos, impulsionados por abuso ou traição, desencadeadores de um intenso conflito emocional, mereçam valoração do estado emocional de forma idêntica.

Dessa forma, a qualidade moral das motivações emocionais de quem pratica um crime é consideração relevante em direito penal.¹⁹⁴ Contudo, a alegação de que os indivíduos são, necessariamente, sempre responsáveis pela própria vida emocional não é verdadeira. Por consequência, a lei, para ser justa, deve ter em conta não só a qualidade das emoções do infrator, mas também o controle limitado que os indivíduos têm sobre a forma dos próprios personagens.¹⁹⁵

Logicamente, não se pode esperar que determinadas condutas somente possam ser julgadas por quem viveu situação semelhante ou idêntica ao infrator afetado por um estado emocional qualquer, pois restaria inviabilizada qualquer política criminal preventiva ou sancionadora. Inevitavelmente, há de ter atenção ao

¹⁹³ Sobre esse ponto, Wittgenstein afirma que: “Se eu tenho que fazer uma ideia da dor de outrem a partir da minha própria dor, então isso não é de todo uma coisa simples de fazer: porque, a partir de dores que eu *sinto*, tenho que fazer uma ideia de dores que *não sinto*”. WITTGENSTEIN, 1987, p. 360-61.

¹⁹⁴ Nessa linha, aponta Figueiredo Dias no sentido de que “as normas de direito penal dirigem-se ao 'homem normal' e não ao 'herói moral' – i.é: não ao homem faticamente identificado com o homem médio [...] mas ao homem que se retira daquela média ou se constrói sobre o que é normal”. Afirma, ainda, que não haveria lógica censurar o agente que cometeu um crime em situação na qual a generalidade das pessoas honestas também o cometeriam. Contudo, não há como concordar com essa posição integralmente, pois é possível que uma conduta seja desculpável sob o ponto de vista individual, mesmo que essa parcela da generalidade não o cometesse. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, Direito Penal**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 201 e ss.

¹⁹⁵ KAHAN, Dan M. KAHAN, Dan M. **Two conceptions of emotion in criminal law**. Columbia Law Review, v. 96, n. 2, mar. 1996, Yale: Faculty Scholarship Series, p. 763. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1114&context=fss_papers>. Acesso em: 13 abr. 2014.

fato de que julgar impõe certa experiência de vida e cultura. Tal processo de conhecimento induz à observância de que as sociedades desenvolvem os próprios conceitos de honra, dignidade, modéstia, e do que é ofensivo, degradante ou vergonhoso.¹⁹⁶

Assim, em se tratando de desculpa, é necessário investigar no modo de vida do agente os vértices para a prática do ilícito e, conforme Palma,¹⁹⁷ afastar-se de uma concepção de desculpa essencialmente objetiva, baseada no homem médio, que não vai além da moral dominante e não passa dos valores aceitos pela sociedade.

Os Tribunais portugueses não têm demonstrado aproximação dessa concepção, revelando prevalência de interpretações das condutas com base no mesmo modelo de padrão comportamental médio,¹⁹⁸ conforme se observa da jurisprudência especialmente quanto aos delitos de homicídio.

Nesse contexto, a humilhação tem sido entendida como motivadora de ações desesperadas que, uma vez reconhecidas, configuram-se privilegiadoras (art. 133º do CP) e não causa de desculpa.¹⁹⁹ O desespero seria a razão da prática de determinados atos e não propriamente um estado emocional, podendo decorrer de diversos fatores.²⁰⁰

¹⁹⁶ ZAWADZKI, Paul. Le signe intérieur de la dignité blessée. In: ANSART. Pierre et. al. **Le sentiment d'humiliation**. Paris: Éditions in Press, 2006, p. 163-164.

¹⁹⁷ PALMA, 2005, p. 143.

¹⁹⁸ Do Acórdão 08P1309 do STJ, recurso cuja postulação consistiu em pedido de convoção para homicídio privilegiado, podem-se identificar dois critérios de avaliação da conduta segundo o homem médio: um que é “colocado nas circunstâncias do agente, com as suas características, o seu grau de cultura e formação” e outro invocando o requisito da proporcionalidade, mas na ótica do homem médio suposto pela ordem jurídica, sem considerar “reações particulares ou ao temperamento do agente”. A primeira hipótese revela-se a nosso ver mais aceitável, embora não seja um critério ideal, como se conclui neste trabalho. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão nº 08P1309, de 29/out./2008. Disponível em <<http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>>. Acesso em: 26 jun. 2012.

¹⁹⁹ Decisões do STJ sedimentam esse entendimento, tal como o acórdão n.º 3772/03-3ª, de 04-02-2004, referindo que “age em desespero quem se mostra possuído de um estado de alma que já perdeu a esperança de obtenção de um bem desejado, enfrentado uma grande contrariedade ou uma situação insuportável, própria de quem age sob influência de grande aflição, desânimo, desalento, angústia ou ânsia”, estando-se face a situações em que “o estágio a que chegou o sofrimento físico, seja pela agressão corporal, seja pela violência psíquica, seja pela humilhação, atingiram um escalão de tal modo elevado, que só resta ao agente, para se libertar, cometer a ofensa ou o homicídio”. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão nº 3773/03, de 04 de fevereiro de 2012.

Colectânea de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Tomo I, nº 173, ref. nº 8159/2004.

²⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. O homicídio privilegiado na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. In: **Revista Portuguesa de Ciência Jurídica**, Lisboa, v. 2, fasc. 2º, abr./jun., p. 07, 2001.

Segundo essa interpretação, variados estados emocionais podem conduzir ao desespero, sendo a humilhação sistemática um deles,²⁰¹ em face da qual o indivíduo chegaria a tal grau de sofrimento psíquico que não lhe restaria outra alternativa para se libertar senão a agressão física ou o aniquilamento do algoz.

5 CONCLUSÃO

Após análise das emoções pela ótica filosófica, psicológica e psicanalítica, bem como de um percurso pelos elementos do crime e da culpa, verifica-se que a tarefa da ciência jurídica em suprir as deficiências de um juízo de valor da responsabilidade criminal é árdua e demanda longo caminho. Se por um lado há uma sociedade que exige métodos de prevenção e de equilíbrio no exercício das liberdades, por outro há a necessidade de o direito penal ater-se a aspectos relacionados à subjetividade humana até então sem um espaço adequado na teoria do crime.

As emoções como uma das molas motrizes da conduta humana necessitam um olhar voltado para todos os avanços a que chegaram as ciências. Desconsiderar que todo indivíduo está sujeito a ter afetada a capacidade cognitiva e de escolha em face de conflitos emocionais ou existenciais é no mínimo irrazoável para o que se denomina homem médio.

Por sinal, é justamente o homem médio que se encontra num plano extremamente subjetivo, representando um dos maiores obstáculos à adequada valoração da conduta humana sob o prisma do direito penal. Tal modelo de conduta, meramente calcado no padrão dito normal, impede que na culpa se faça uma análise do grau de exigibilidade de conduta diversa pelo ângulo do psiquismo do agente. Um comportamento razoável nas circunstâncias do fato criminoso pode oferecer paradigmas totalmente diferentes para quem julga.

²⁰¹ Conferir acórdão nº 408/08 do STJ, reconhecendo no desespero um estado emotivo “não sujeito à compreensibilidade” e que pode conduzir ao homicídio em face de humilhação prolongada. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Acórdão 408/08, de 14 de julho de 2010. Disponível em < <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/62cd5cc818c96ae0802577a600352e25?OpenDocument> >. Acesso em: 26 jun. 2012. No mesmo sentido o acórdão nº 22/07 do STJ, fazendo a conexão do desespero entre “estados de afeto ligados à angústia, à depressão ou à revolta, nele se integrando certos casos da chamada humilhação prolongada”. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Acórdão nº 22/07, de 07 de julho de 2010. Disponível em < <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/638ff9840d734f4b80257789003751f4?OpenDocument> >. Acesso em: 26 jun. 2012.

Como dito, cada agente é um mundo à parte individualmente, mas cada agente em um mundo à parte é um homem dentro da sociedade. Dor, sofrimento, inveja, ciúme, humilhação, como tantos outros sentimentos ou emoções, são instrumentos de difícil alcance de análise externa. Não obstante, o fato de o direito ou de o juiz não poder “incorporar-se” do psiquismo do agente não impede que se lhe valere a conduta a partir do reconhecimento de vértices comuns acerca das emoções. Claro, novamente se estará no subjetivismo conceitual do que sejam esses vértices em comum. Mas o direito é essencialmente subjetivo.

Não é possível objetivar o impalpável, especialmente as emoções, essencialmente abstratas e de difícil alcance. Contudo, é possível que o direito se liberte de algumas amarras conceituais que impedem o julgador de livremente descer ao mundo do agente, caminhar a seu lado, tatear-lhe pensamentos, sofrimentos, angústias e valores a partir dos próprios elementos coletados no processo.

Para tanto, ciências como a filosofia, psicologia e a psiquiatria, entre outras, merecem tratamento à altura no direito penal para, no caso concreto, oferecer substrato a uma decisão de maior justiça, sem que se abandone a instrumentalidade da pena e sua função no âmbito do Estado, reguladora das liberdades e da ordem.

Nessa senda, a culpabilidade depende de reformulação, sob o olhar atento do homem indivíduo e não meramente do homem médio, com profunda reflexão acerca dos elementos que a compõem, em especial a exigibilidade de conduta diversa, a fim de que a desculpa, em casos de inexigibilidade, se torne uma ponte de ouro que liga a liberdade à justiça.

A exigibilidade de conduta diversa deve ser repensada como elemento autônomo, separadamente da imputabilidade e da potencial consciência da ilicitude.²⁰² *A liberdade de ação conforme o direito e a pertinência moral de outra conduta* compoariam sua estrutura. A primeira corresponde à liberdade do indivíduo do ponto de vista físico e psíquico; a segunda a um comportamento moralmente esperado nas circunstâncias.

²⁰² Acompanha-se Roxin no sentido de que a inexigibilidade de conduta não exclui a culpa, permitindo sua subsistência, mas apenas a responsabilidade do agente. ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Diretor Jorge Figueiredo Dias. Ano I, fasc. 4, out./dez. 1991, p. 503-539.

Nesse contexto, ambos os elementos da formação estrutural teriam como paradigma de avaliação um novo modelo comportamental social de homem-padrão, definido pela fusão do homem individual ao tradicional homem médio, considerando-lhe o histórico emocional e circunstancial do momento do fato.

A humilhação e as emoções em geral continuam a demandar uma linguagem segura para o direito, pois dificilmente se podem identificar seus significados e intensidades a partir da própria experiência vivida pelo intérprete, circunstância evidenciada por Wittgenstein, conforme visto anteriormente. A humilhação, capaz de gerar psicopatias e conduzir o indivíduo à posição de vítima ou vingador, e que conduz, por vezes, a ações violentas, pode gerar tanto inimizabilidade, por doença mental, ou desculpa criminal, em face de conflitos emocionais.

Portanto, é com base nos conhecimentos adquiridos pelas ciências acerca das emoções que o direito deve operar interpretando a culpa e a responsabilidade criminal, com ênfase ao conflito emocional vivido pelo indivíduo e não apenas a partir de um comportamento exigido do homem médio, concebido a partir de uma ética socialmente estabelecida.

Encerra-se o presente trabalho acompanhando Aristóteles (2005, p. 251) “Prazer e sofrimento estendem-se ao longo de toda a nossa vida. Têm peso e influência sobre a constituição da excelência e a possibilidade em alcançar a vida feliz. Decidimo-nos, de antemão, pelo que dá prazer. Mas procuramos também, por outro lado, fugir ao que traz sofrimento”.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlota Pizarro de. Inimputabilidade. In: PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel (coord.). **Casos e materiais de Direito Penal**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 390-394.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicómano**. Trad. António de Castro Caeiro. Lisboa: Quetzal, 2004.

_____. **Ética a Eudemo**. Trad. J.A. Amaral (livros I e III); Artur Morão (livros III, VII, VIII e notas). Lisboa: Tribuna, 2005.

BALLONE, Geraldo José; MOURA, E.C. Cérebro e violência. Psiqweb GJ Ballone. Revisto em 2008. Disponível em <<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=85>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

BELEZA, Tereza Pizarro. Legítima defesa e gênero feminino: paradoxos da *feminist jurisprudence*. In: **Jornadas de homenagem ao professor doutor Cavaleiro de Ferreira**. Lisboa, 1995. p. 287-303

BERGSON, Henri. **Ensaio sobre os dados imediatos da consciência**. Trad. João da Silva Gama. 1ª ed. Lisboa: Edições 70, 1988.

BIGLIANI, Carlos Guilherme. Humilhação e vergonha: dinâmicas e destinos. In: BIBLIANI, Carlos Guilherme. MOGUILLANSKY, Rodolfo; SLUZKI, Carlos E. **Humilhação e vergonha: um diálogo entre enfoques sistêmicos e psicanalíticos**. Trad. Sandra M. Dolinsky e Marta D. Claudino. São Paulo: Zagodoni, 2011. p. 19-44.

_____. MOGUILLANSKY, Rodolfo; SLUZKI, Carlos E. **Humilhação e vergonha: um diálogo entre enfoques sistêmicos e psicanalíticos**. Trad. Sandra M. Dolinsky e Marta D. Claudino. São Paulo: Zagodoni, 2011.

BINDING, Karl. **Maestros de Direito Penal: la culpabilidad em derecho penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Gustavo E. Aboso (coord.). Gonzalo D. Fernández (dir.). Buenos Aires: Euros, 2009, vol. 30.

COELHO, Maria Costa. **A doença mental (des)culpada: um modelo de avaliação da responsabilidade criminal**. Coimbra: Almedina. 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: questões fundamentais, a doutrina geral do crime**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, Tomo I, 2011.

_____. **Liberdade, culpa, Direito Penal**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. O homicídio privilegiado na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. **Revista Portuguesa de Ciência Jurídica**. Lisboa, v. 2, fasc. 2º, abr./jun., 2001.

FERNANDEZ, Gonzalo D. **Culpabilidad y teoría del delito**. Buenos Aires: Editorial B. de F., 1995, vol.1.

FRANK, Reinhard. **Maestros del Derecho Penal: Sobre La estructura del concepto de culpabilidad**. Gustavo E. Aboso (coord.). Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Euros, vol. I, 2000.

FREUD, Sigmund. **Cinco lições de psicanálise**. Trad. Durval Marcondes e J. Barbosa Corrêa. Coleção os Pensadores – Freud. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

GOLDSCHMIDT, James. **Maestros del Derecho Penal: la concepción normativa de la culpabilidad**. Gustavo E. Aboso (coord.). Trad. Margareth de Goldschmidt e Ricardo C. Núñez. 2ª ed. Buenos Aires: Euros, 2007, vol. VII.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. André Luís Callegari, colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. El principio de culpabilidad. In: **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 45, fasc. 3, Sep./Dic., 1992.

JESCHECK, Hans-Heirich. Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Disponível em <<http://criminet.ugr.es/>>. Acesso em: 04 jul. 2012.

KAHAN, Dan M. **Two conceptions of emotion in criminal law**. Columbia Law Review, v. 96, n. 2, mar. 1996, Yale: Faculty Scholarship Series, p. 269-374. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1114&context=fss_papers>. Acesso em: 13 abr. 2014.

KENNY, Anthony. **Nova história da filosofia ocidental: filosofia no mundo moderno**. Trad. Cristina Carvalho. 1ª ed. Lisboa: Gradiva, vol. IV, 2011.

_____. **As ciências teóricas de Aristóteles: ciência e explicação**. Jun. 2005. Seção Filosofia da Ciência. Disponível em <http://criticanarede.com/td_01excerto.html>. Acesso em: 27 jan. 2012.

LAGIER, Daniel González. **Filosofía y derecho: emociones, responsabilidad y derecho**. Barcelona: Marcial Pons, 2009.

LOPREATO, Christina. Humiliation: une violation des principes de respect. In: ANSART, Pierre et. al. **Le sentiment d'humiliation**. Paris: Éditions in Press, 2006.

MOGUILLANSKY, Rodolfo. A vergonha, a humilhação e o herói. In: BIGLIANI, Carlos Guillermo; MOGUILLANSKY, Rodolfo; SLUZKI, Carlos E. **Humilhação e Vergonha: um diálogo entre enfoques sistêmicos e psicanalíticos**. Trad. Sandra M. Dolinsky e Marta D. Claudino. São Paulo: Zagodoni, 2011. p. 135-160.

NEVES, João Curado. **A problemática da culpa nos crimes passionais**. Coimbra: Coimbra, 2005.

NUSSBAUM, Martha C. **The fragility of the goodness: luck and ethics in Greek tragedy and philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

_____. **Paisages del pensamiento**. Trad. Araceli Maira. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

_____. **Hiding from humanity: disgust, shame and the law**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

_____. **El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley**. Buenos Aires: Katz, 2006.

PALMA, Fernanda. **O princípio da desculpa em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2005.

PAREKH, Bhikhu. Logic of humiliation. In: GURU, Gopal (org.). **Humiliation: claims and context**. New Delhi: Oxford, 2009. p. 23-40.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão nº 0069953, de 02 de fevereiro de 2000. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/>>. Acesso em: 05 fev. 2012.

_____. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Acórdão nº 41.848, de 05 de fevereiro de 1992. Coletânea de Jurisprudência. Coimbra: Associação Sindical dos Magistrados Judiciais Portugueses. Ano XVII, Tomo I, 1992.

_____. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Acórdão nº 08P1309, de 29 de outubro de 2008. Disponível em <<http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>>. Acesso em: 26 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Acórdão nº 22/07, de 07 de julho de 2010. Disponível em <<http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>>. Acesso em: 26 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Acórdão nº 3773/03, de 04 de fevereiro de 2012. Coletânea de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Tomo I, nº 173, ref. Nº 8159/2004. Disponível em <http://www.colectaneadejurisprudencia.com/content/Home.aspx>. Acesso em: 22 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Acórdão 408/08, de 14 de julho de 2010. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jurisprudencia/basedados>>. Acesso em: 26 jun. 2012

ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Diretor Jorge Figueiredo Dias, ano I, fasc. 4, out./dez. 1991.

_____. **Derecho penal**: parte general. Trad. Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz; Maria Fernanda Palma; Ana Isabel de Figueiredo. 3ª ed. Lisboa: Vega, 2004.

SARTRE, Jean Paul. **Esboço para uma teoria das emoções**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2011.

SLUZKI, Carlos E. Humilhação e vergonha e Emoções Sociais Associadas: enfoque sistêmico e guia para sua transformação. In: BIGLIANI, Carlos Guillermo; MOGUILLANSKY, Rodolfo; SLUZKI, Carlos E. **Humilhação e vergonha**: um diálogo entre enfoques sistêmicos e psicanalíticos. Trad. Sandra M. Dolinsky e Marta D. Claudino. São Paulo: Zagodoni, 2011. p. 71-106.

SOUZA, Ronald. Emotion. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: Edward N. Zalta ed., 2003. Disponível em < <http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/emotion/>.> Acesso em: 12 fev. 2012.

TARALLI, Ively Helena. Considerações psicodinâmicas sobre violência nas escolas. In: **Revista Construção Psicopedagógica: periódicos eletrônicos em psicologia**. São Paulo, v. 19, n. 19, p. 47-54, 2011. Disponível em < <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/cp/v19n19/04.pdf> >. Acesso em: 12 abr. 2014.

VIGOTSKI, L.S. **Psicologia pedagógica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal aleman**. Trad. Juan Bustos Ramírez; Sergio Yáñez Pérez. 11ª ed. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1970.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-Filosófico: investigações filosóficas**. Trad. e Prefácio M.S. Lourenço. Introd. e coment. Tiago de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia de la pena y de la atenuación de la pena. In: WOLTER, Jünger; FREUND, Georg (eds.). **El sistema integral del Derecho Penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Trad. Guilherme Benlloch Petit et al. Barcelona: Marcial Pons, 2004. p. 31-85.

ZAWADZKI, Paul. Le signe intérieur de la dignité blessée. In: ANSART, Pierre et. al. **Le sentiment d'humiliation**. Paris: Éditions in Press, cap. 3, 2006. p. 161-183.

FUNCIONALISMO E DOGMÁTICA PENAL: ENSAIO PARA UM SISTEMA DE INTERPRETAÇÃO

Eugenio Pacelli²⁰³

SUMÁRIO: 1 - As questões e os problemas. 2 - Funcionalismo teleológico e reconfiguração da dogmática penal. 3 - Sistema de direitos fundamentais e proibição de excesso: a) O resultado morte culposa no latrocínio (art. 157, §3º, CP); b) erro quanto à pessoa na *aberratio ictus* (art. 73, e art. 20, §3º, CP); c) A unidade do crime no infanticídio (art. 123, CP) e a participação. 4 - Referências bibliográficas.

1 AS QUESTÕES E OS PROBLEMAS

1. Este pequeno ensaio, cujo conteúdo, certamente, tangenciará grandes pretensões, tem um objetivo bem mais modesto. Não se insinuará qualquer articulação em torno de um novo sistema penal; tampouco levantará novas objeções àqueles já consagrados. No entanto, propõe-se aqui uma pauta mínima de interpretação para a aplicação do Direito Penal, a partir das premissas já consolidadas no dia a dia de um Estado de Direito, no âmbito de uma filosofia *garantista* do Direito e do Processo Penal, na dupla perspectiva do minimalismo para a tutela penal dos direitos fundamentais.

Nesse passo, fez-se, então, uma escolha, que se pode definir como *metodológica*. Adiante-se, contudo, que o *funcionalismo penal*, aqui abordado em apenas um de seus aspectos principais, não será propriamente um *marco teórico*, no sentido de fundamentar e justificar as preferências do trabalho, bem como suas conclusões. Nada obstante, ele atuará como *ponto de referência* para a construção de soluções de casos concretos, na tentativa de demonstrar a fecundidade de um sistema de interpretação, elaborado, não só nos limites normativos da Constituição e da filosofia política do Estado de Direito, mas como alternativa ditada pelo próprio sistema penal. É dizer: enquanto Claus Roxin, após elaborar seu sistema *teleológico-racional funcional*, levando questões de Política Criminal (funções da

²⁰³ Graduado em Direito pela UFMG, Mestre em Ciências Penais pela UFMG e Doutor em Ciências Penais pela UFMG. Procurador Regional da República no Distrito Federal, membro do Ministério Público Federal e professor do Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP.

pena) para o interior da Dogmática, alerta para os riscos de decisões contrárias à lei, repudiando-as, ainda quando aceitáveis do ponto de vista da citada política criminal, pretende-se aqui discutir com maior profundidade a hermenêutica das incriminações, com a desconstrução, se necessário, da primazia do texto, inerente a olhares *positivistas*, se e quando em *descompasso* com o contexto.

Roxin, como se sabe, articula um sistema penal *orientado para as conseqüências*, referidas, então, às premissas valorativas que se encontram no seu (sistema) ápice. Seu *funcionalismo* seria teleológico e racional na medida em que a aplicação do Direito Penal estaria condicionada - *também, mas não só* – à finalidade da pena pública, segundo a justificativa anteriormente adotada (política criminal).

Portanto, embora façamos referência ao *funcionalismo penal*, enquanto sistema penal construído a partir das necessidades regulativas do Direito, sem subordinação a conceitos pré-jurídicos ou dotados de imutabilidade universal (ontologia – o *ser* como limite ao *dever ser*), é apenas o sistema de Claus Roxin que melhor se ajustará às soluções hermenêuticas aqui sugeridas. Mas, que já se antecipe: não nos afastaremos da Lei; buscaremos apenas orientar a sua interpretação *dentro* do sistema geral de incriminações.

Cumprido assentar, já aqui, que as soluções alcançadas nos casos escolhidos não se justificarão com base em eventuais *funções* do direito penal, mas na *limitação* de sua aplicação, como exigência do Estado constitucional brasileiro. Inevitavelmente, então, se exercerá *controle de validade de normas*, sem o recurso, porém, à abstração de princípios constitucionais específicos (dignidade humana, por exemplo), mas, sim, aos *postulados* inerentes ao nosso modelo político. Por quê, então, a referência ao funcionalismo? Simples: a ideia de um sistema (qualquer sistema valorativo) subordinado a um permanente controle quanto – e quando da – à sua aplicação, fundado, como preferimos, na *falibilidade intrínseca* de todo pensamento e práticas sistemáticas, é particularmente atraente no universo jurídico, na medida em que o legislador – criador do direito positivo – padece de infindáveis limitações técnicas, além de insuperáveis *déficits* de legitimação (especificamente quanto às escolhas e métodos de incriminação).

Embora um estudo mais amplo da questão nos conduza a inúmeras problematizações, particularmente no que toca à Parte Especial do nosso Código Penal, ficaremos aqui, e por ora, com apenas três tipos penais, submetendo à crítica

quanto ao sentido usual na sua aplicação: a) o resultado morte (e lesão corporal grave) por conduta *culposa* no crime de latrocínio (art. 157, §3º, CP); b) o erro quanto à pessoa na *aberratio ictus* (art. 20, §3º, CP); e, por fim, c); o conceito de *unidade do crime* no delito de infanticídio (art. 123, CP) e a participação.

Serão apenas alguns exemplos de como é possível, e necessário, vincular nosso sistema penal a pautas mínimas de interpretação, a partir da delimitação minimalista, mas efetiva, da intervenção penal.

2- FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO E RECONFIGURAÇÃO DA DOGMÁTICA PENAL

2. Na apresentação que fizemos à tradução nacional do *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. Auflage*, de Günther Jakobs, compreendendo a Teoria do Injusto Penal e a Culpabilidade, publicado pela Editora Del Rey sob o título *Tratado de Direito Penal – Teoria do delito e culpabilidade*,²⁰⁴ assentamos pequenas notas acerca das principais objeções metodológicas levantadas pelo *funcionalismo* ao *finalismo*. Tais questões não trazem maiores novidades. Valeremo-nos delas apenas para introduzir nossa tematização, dispensando-nos de uma *reescrita* do texto.

Welzel, como é de conhecimento notório, firmou sua convicção a partir da necessidade de se contextualizar o sentido de *ação* do ponto de vista de sua repercussão no âmbito social, o que somente seria possível pelo reconhecimento da prevalência da *vontade* sobre o *resultado* obtido pela *ação*. Assim, *ação* seria um comportamento *dirigido* pela vontade do autor, que, controlando o curso causal do agir, se conduziria segundo sua *finalidade*. A ideia de *ação* como mera *causação*, como propugnava o *causalismo*, não ofereceria qualquer contribuição em relação à sua danosidade social e nem mesmo nos principais aspectos da epistemologia jurídico-penal; afinal, visto as coisas unicamente pelo lado da produção do resultado, até mesmo o fato de dar à luz a um assassino seria *ação causal* para o crime (futuro) de matar alguém.²⁰⁵

²⁰⁴ Edição 2009, vii a xxv. Tradução feita por Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, com revisão técnica de Marcelo Schirmer Albuquerque e Valéria Porto.

²⁰⁵ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução espanhola de José Cerezo Mir, vertida para o português por Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.36.

A base, portanto, do sistema da *ação final*, ou do *finalismo*, residia em um conceito pré-determinado de *ação*, no qual o conteúdo da vontade (o querer) não poderia ser dissociado do *ato produzido*, de tal maneira que toda *ação*, *ontologicamente*, isto é, como essência de seu *ser*, deveria ser definida como o *agir finalisticamente orientado*, em razão do *conhecimento* prévio e, assim, do controle (pelo homem) do curso causal do comportamento humano.

Em conseqüência disso, não se poderia prosseguir compreendendo o dolo e a culpa senão como integrantes do próprio tipo penal, que, retirados da culpabilidade, determinariam o *tipo doloso* e o *tipo culposo*, com exclusão de um (doloso), na ausência de dolo e imputação pelo outro (culposo), se previsto em Lei, nas hipóteses de erro sobre as elementares e circunstâncias do tipo, quando não escusável.²⁰⁶

Sem adentrar as especificidades e eventuais inconsistências sistemáticas e conceituais do finalismo, importa salientar que os sistemas penais que a ele se seguiram, se caracterizaram exatamente pela rejeição a este conceito *ontológico de ação*, enquanto categoria pré-determinada e subordinante de todo o sistema penal, na medida em que uma estruturação dogmática já previamente vinculada a dados imutáveis – o conceito de *ação* – poderia não oferecer resultados compatíveis com a *fundamentação* do respectivo sistema, pelo menos em alguns casos, perceptíveis por simples dedução.

De todo modo, pode-se mesmo afirmar que todo sistema de conhecimento, ao menos enquanto organizado como tal (sistema), não pode manter-se desatrelado de suas finalidades ou das valorações (nos sistemas culturais e sociais) que o fundaram, sob o risco de se afastarem de sua legitimação material, que não pode ser obtida unicamente por meio de procedimentos dedutivos, próprios de um certo tipo de lógica formal.

É nesse cenário que surge o *funcionalismo penal*, que, em quaisquer de suas vertentes, parte da rejeição do conceito final de *ação* e afirma a prevalência das necessidades regulativas do sistema, para fins de estruturação da dogmática

²⁰⁶ Naturalmente não se pode afirmar que a retirada do dolo e da culpa da culpabilidade seja devida unicamente ao finalismo, pois mesmo as teorias que imediatamente se seguiram ao finalismo, como síntese entre as concepções neo-clássicas (as causais e outras, com variações conceituais) e finalistas, bem como a evolução histórica da culpabilidade (normativa) já apontavam nesse sentido. (Cf. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e Introdução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 203 e seguintes).

jurídico-penal. De tal modo isso ocorre que a perspectiva *naturalista* dos sistemas anteriores se vê superada por uma concepção essencialmente *normativista* do Direito Penal, que termina, inclusive, por diminuir intensamente a importância dos tradicionais métodos de apuração do nexo causal – quando não por afastá-lo completamente – a partir do estabelecimento de critérios de *imputação objetiva* da ação e do resultado. Abandona-se, portanto, sobretudo em Jakobs, a problemática busca *causal* do resultado, substituída pela descoberta (dele, resultado) segundo orientações normativas, sob a perspectiva, então, de uma teoria do *risco*, tendo como ponto de partida a permissão ou proibição de criação desse risco pelo ordenamento, e a relevância da conduta do agente em relação à produção (incremento do risco) do resultado.^{207,208}

3. Claus Roxin, ao contrário de G. Jakobs, elabora um sistema penal de conteúdo essencialmente valorativo, cuja principal característica reside na subordinação de todos os elementos (tipicidade, ilicitude etc.) e categorias (assim, por exemplo, o conceito de autoria, de participação etc) do delito às determinações da política-criminal que justificaram a adoção deste ou daquele Direito Penal.

Após alertar para os riscos do pensamento sistemático de corte dedutivo, isto é, daquele que busca as soluções de problemas concretos unicamente dentro do próprio sistema, por meio de deduções de regras gerais (até o caso particular), Roxin propõe um modelo de controle da operatividade (aplicação) do sistema penal, submetendo as soluções então oferecidas (pelo sistema) aos casos concretos ao confronto com as valorações de política-criminal que o fundamentaram (sistema). É dizer: as escolhas feitas no âmbito da política-criminal, que determinarão o modelo de Direito Penal a ser aplicado, devem compor também a própria Dogmática Penal, de modo a permitir um permanente controle do funcionamento concreto do sistema, que se veria, assim, atrelado às funções que abstratamente lhe deram origem.

Se Jakobs se limita a descrever uma dada sociedade segundo sua existência real, sem adentrar em possíveis justificações acerca do acerto, ou não, de suas valorações de Justiça, estruturando um sistema penal de base essencialmente

²⁰⁷ Há diversas teorias da imputação objetiva, conforme anota Luis Greco em seu precioso *Panorama da teoria da imputação objetiva* (Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005). A teoria de Jakobs, até mesmo por exigência lógica de sua concepção funcional sistêmica, talvez seja a que mais se comprometa com critérios exclusivamente normativos de imputação, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de conhecimentos especiais do agente.

²⁰⁸ De nossa apresentação ao *Tratado de Direito Penal* de G. Jakobs. ob. cit. p. cit.

normativista e formal,²⁰⁹ Roxin trilha outro caminho. Em seu *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 1. 2. Auflage*, que recebeu tradução espanhola,²¹⁰ Roxin deixa absolutamente clara a sua opção pela delimitação do Direito Penal ao âmbito do Estado de Direito²¹¹, baseado na liberdade do indivíduo, elaborando, então, um conceito *material* de delito, a partir da proteção de bens jurídicos, entendidos como “*circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo em el marco de um sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”.²¹²

E, após reconhecer as distinções entre dogmática penal e política criminal, o ilustre penalista alemão insiste nas inúmeras possibilidades criativas reservadas à primeira (dogmática), que, pela via da interpretação – inerente à aplicação do Direito – poderia elaborar uma sistematização sob *considerações teleológicas/político-criminais*.²¹³

4. No entanto - e é aqui que se inicia a nossa insinuação de um sistema de interpretação, desatrelado, porém, de finalidades (funções) específicas do Direito Penal e, assim, de considerações de política criminal – Roxin concede poderes excessivos, primeiro, ao legislador, e, segundo, ao próprio sistema dogmaticamente construído (Dogmática Penal), ao afirmar que soluções movidas por estes motivos (de política criminal), ainda que dignos de reconhecimento, poderão produzir respostas *dogmaticamente erradas*, inaceitáveis na medida de sua violação ao texto legal expresso.²¹⁴

Nesse ponto, então, pensamos que semelhante sistema, claramente orientado às consequências, embora de grande valia em muitos e na maioria dos casos, peca por um certo reducionismo metodológico. Com efeito, se efetivamente soa proveitosa a construção de um sistema penal orientado por finalidades teleológicas racionais, não só do ponto de vista da aplicação consequente das imputações

²⁰⁹ Relembre-se que o objeto da proteção penal em Jakobs é a própria *norma penal* e não *bens jurídicos* reconhecidos na legislação. Para ele, o que se quer evitar com a aplicação da pena é a erosão normativa, isto é, a perda de validade do sistema de normas penais. Daí a referência ao seu *bem jurídico penal*, sem maiores indagações acerca do respectivo conteúdo (das normas penais).

²¹⁰ *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas Ediciones. 1997.

²¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit. p. 55 e seguintes.

²¹² ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit. p. 56.

²¹³ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva*. Trad. e Introdução: Luís Greco, Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 245.

incriminadoras (o Direito Penal escolhido), mas também para a construção das categorias dogmáticas de tal sistema (aqui, de novo, os conceitos de autoria, de participação, de ação, de tipicidade etc.), necessárias ao procedimento de concretização daquele direito, de outro lado, parece fazer ressurgir um novo tipo de positivismo tardio, sobretudo na questão atinente às limitações impostas pelo legislador à dogmática.

A nosso aviso, as inúmeras inconsistências legislativas nacionais, particularmente no âmbito das incriminações, podem e devem ser corrigidas por meio de uma interpretação *sistemizante* - quando se referirá ao próprio sistema, buscando nele a justificativa para a *corrigenda* - e também *limitadora* da punibilidade, já agora no campo de uma hermenêutica própria ao Estado de Direito, no marco de um modelo garantista de proteção das liberdades públicas. Obviamente, não se defenderá a possibilidade de substituição do legislador pelo aplicador. A Lei segue sendo o limite do arbítrio, também para interpretações pautadas pela proibição de excesso. Mas, como se verá, há alguns casos que reclamam imediata modificação de entendimento, diante do afastamento manifesto da previsão legislativa à respectiva fundamentação.

3 SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROIBIÇÃO DE EXCESSO

5. O modelo político nacional não deixa margem a dúvidas: a República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III, CF). Não é só: o art. 5º consolida a estrutura das liberdades públicas em um vasto rol de direitos e garantias fundamentais.

Da perspectiva normativa, portanto, o direito positivo brasileiro autoriza a elaboração de um sistema jurídico fundado na realização dos direitos fundamentais, e, assim, de um sistema *dos direitos fundamentais*. Essa é, efetivamente, a atual configuração do Estado de Direito, seja no âmbito de uma teoria discursiva do direito²¹⁵, seja no campo de uma vinculação material do aparato jurídico a premissas valorativas de outra ordem (metafísicas, morais etc).

²¹⁴ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva...* cit. p. 247/248.

²¹⁵ Por todos: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre faticidade e validade*. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Posto isso, um sistema de direitos fundamentais somente se realizará em ambientes teóricos (para a construção de sua *práxis*) bem delimitados, no qual se reconheça as deficiências de qualquer intervenção estatal caracterizada pela coercibilidade de seus instrumentos, tal como ocorre no sistema penal. Não só deficiências, mas, sobretudo, o risco de reprodução dos males que se quer conjurar, na exata medida em que níveis mais altos de coercibilidade e de violência institucionalizada tendem para a eternização de sua necessidade.

O denominado *garantismo penal*, tão incompreendido quanto referenciado (para o bem e para o mal) em doutrina e na jurisprudência de nossos dias, não pede muito, malgrado os excessos na sua aplicação: exige-se, com ele, prudência nas incriminações; ciência (como compreensão) da falibilidade do conhecimento humano e respeito aos direitos fundamentais da pessoa. Nada que já não tenha sido reclamado há tempos pelos povos civilizados. “Dentre tantas as antíteses apontadas na obra de Ferrajoli, a rejeição à estrutura autoritária de Estado, como impossibilidade de sobrevivência de um ambiente garantista – Lei x Arbítrio (em última análise) – parece decisiva. O princípio da *legalidade* surge como verdadeiro pressuposto de uma ordem social e política com pretensões democráticas. E daí se chegará com facilidade a diversos outros axiomas de Ferrajoli para o Direito Penal (*Nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege; nulla lex poenalis sine necessitate e nulla necessitas sine injuria*). No âmbito de uma democracia, na qual os direitos fundamentais ocupam posição central na definição do papel do Estado (Democrático de Direito), não se pode aceitar incriminações sem finalidade de efetiva tutela daqueles direitos (fundamentais) e nem dirigidas contra condutas que não produzam lesões relevantes a eles (direitos).”²¹⁶

Nesse passo, como a nossa empreitada segue a trilha da hermenêutica dos direitos fundamentais, o postulado da *proporcionalidade* ocupará posição central. E sobre tal postulado, ou princípio, nem é mais preciso recorrer-se a novas formulações teóricas: há, aqui e no exterior, um sem número de abordagens sobre a matéria, dispensando mesmo novas investidas. No que nos interessa, a *proporcionalidade* será objeto de exame nas duas vias de sua fundamentação mais recente: a da *proibição do excesso* e a da *máxima efetividade dos direitos*

fundamentais. Esta, aliás, a opção acolhida no PLS 156 (Projeto de Novo Código de Processo Penal), em tramitação no Congresso Nacional, reproduzida em seu art. 5º: “Art. 5º: A interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela proibição de excesso, privilegiando a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal”.

Esclareça-se, contudo, que, em princípio, a perspectiva da *proibição do excesso* oferece melhores alternativas, como instrumento de leitura e acomodação de desvios legislativos. Cumpre assentar, no particular, que, longe de se tratar de separação (um *ou* outro), há relação de complementariedade e reciprocidade necessária entre a *proibição de excesso* e a *máxima efetividade dos direitos fundamentais*, de tal modo que a aplicação do primeiro critério (do excesso) deve ser controlada pelo segundo. E para demonstrar a harmonia entre ambas as perspectivas, também recorreremos a uma interpretação da qual resultará o afastamento de uma norma penal menos grave (art. 123, CP, *infanticídio*) para a incidência de outra, mais grave, (art. 121, CP, *homicídio*), no caso de concurso de agentes na morte do filho pela parturiente, sob influência do estado puerperal. Uma das argumentações possíveis, como veremos, será aquela que melhor reforce a proteção penal à vida: máxima efetividade daquele direito fundamental.

Como já referido, há inúmeros trabalhos cuidando do tema atinente à proporcionalidade, seja como critério de busca para a norma mais adequada ao caso concreto, quando presentes tensões entre princípios constitucionais, seja como controle de validade das normas, na perspectiva da proibição de excesso.²¹⁷ Aqui

²¹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Prefácio ao *Garantismo penal integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Organiz. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 19.

²¹⁷ Há, sobre o tema, inúmeros trabalhos de excelente qualidade, seja em obras monográficas, seja em estudos mais gerais. Consulte-se, por exemplo: AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª. Edição. São Paulo, Malheiros, 2005; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. CITADINI, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen lures, 1999. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Segunda Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen lures, 2002. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998. TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido & Estado democrático de direito*. São Paulo: Landy, 2003. HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. BONAVIDES. Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

cuidaremos apenas do segundo aspecto, manejando o postulado como controle de validade e de limitação de sentido de normas incriminadoras.

A) O RESULTADO MORTE CULPOSA NO LATROCÍNIO (ART. 157, §3º, CP)

6. O legislador brasileiro estabelece no art. 157, §3º, CP, que, quando, no crime de roubo, da violência empreendida pelo agente resultar morte, a pena mínima a ser aplicada será de *vinte anos*. Nada diz acerca de haver ou não dolo quanto ao resultado, contentando-se com a ação violenta. Em resumo: confere tratamento unitário, quanto à reprovação, ao resultado culposo e doloso em uma ação dirigida pela violência.

Ensina a dogmática penal que o crime *preterdoloso* ou *preterintencional* seria aquele cujo “*resultado final vai além da intenção do agente, havendo dolo quanto à ação, e culpa quanto ao resultado*”.²¹⁸ A apenação, nesses casos, haverá que levar em consideração que o resultado *não desejado* não pode ser imputado no mesmo grau de reprovação que o outro, *desejado*. Atenta-se para o menor desvalor da ação, referente ao resultado.

Já no crime *qualificado pelo resultado* acentua-se o juízo de maior reprovação unicamente no resultado gravoso, independentemente de se tratar de conduta *voluntária* ou *involuntária*.²¹⁹ A explicação dogmática para a distinção de tratamento (crime qualificado pelo resultado e crime preterdoloso) parece residir na qualificação do delito como *crime complexo*, com o que, segundo parte da doutrina, se poderia justificar a unidade de tratamento ao dolo e a culpa. O nosso HUNGRIA chega a referendar a opção nacional (de idêntica apenação na culpa e no dolo no resultado morte no latrocínio) com um argumento absolutamente questionável. Diz ele: “Nem se diga que merece censura por haver, ainda que excepcionalmente, submetido a igual tratamento o dolo e a culpa. O *versari in re illicita*, notadamente quando a *res*

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5ª ed. Ver. Atua. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1993. RUIZ, José Augusto de Veja. *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*. Madrid: COLEX, 1994. HERRERA, Chinchilla. *Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*. Bogotá: Editorial Temis, 1999. SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalid y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: COLEX, 1990.

²¹⁸ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte geral*. 4ª. Edição. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2008, p. 163.

²¹⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VII, 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 59.

illicita é a prática de roubo, justifica essa equiparação”.²²⁰ Não há como não indagar: *Notadamente?* Por quê? A proteção penal da propriedade ocupa – e deve ocupar! – alguma primazia no cenário das incriminações? Relembre-se que o crime é *contra o patrimônio* e não *contra a vida*. FIGUEIREDO DIAS, dentre outros, rejeita a validade do aforismo (*versari in re illicita*), originado, aliás, do direito canônico: “Na sua frieza vocabular, um tal princípio não pode considerar-se, de modo algum, compatível com o princípio da culpa (culpabilidade), antes parece clara manifestação de uma responsabilidade objetiva ou pelo resultado”.²²¹

Ao que se vê, o nosso Código Penal acolheu a segunda definição, tratando o latrocínio como crime complexo, qualificado pelo resultado. Assim, e na *letra fria* do texto, pouco importa se o agente, para se apropriar do bem alheio, desfere um tiro na cabeça da vítima, ou, se, para o mesmo fim, provoca-lhe culposamente a morte – por violento empurrão, por exemplo. A cominação mínima será de *vinte anos*, em quaisquer dos casos.

Por isso, Bittencourt, depois de corretamente identificar o problema, chega a sugerir que a distinção entre comportamentos tão desassemelhados, mas com idênticos resultados, seja feita por ocasião da dosimetria da pena, aumentando-se, então, no caso de morte dolosa.²²²

7. A primeira questão que se põe, portanto, diz respeito à *autonomia* tipológica de semelhante delito (de latrocínio), pelo resultado mais gravoso.

Do ponto de vista da proteção penal de bens jurídicos parece não haver dúvidas que tanto o bem *vida* quanto o *patrimônio* já teriam recebido tutela específica no âmbito do art. 121 e do art. 157, *caput*, ambos do Código Penal. Assim, relativamente a uma conduta dirigida à lesão de ambos os bens jurídicos – vida (morte) e patrimônio (subtração) – o grau de reprovação da ação e do resultado já estaria contemplado no concurso material (art. 69, CP) entre os crimes de homicídio e de roubo. Note-se, mais, que a pena mínima a ser então aplicada em tal situação, abstraindo-nos, por ora, do tipo do art. 157, §3º, CP (latrocínio), seria de dez anos, resultante da soma do homicídio (seis anos) e do roubo (quatro anos).

Já aqui se tem um panorama dramático do acréscimo da pena previsto para o latrocínio, enquanto tipo autônomo: o mínimo seria de *vinte anos* e não daqueles

²²⁰ Ob. cit. p. 60.

²²¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal...*cit. p. 298.

dez, que resultariam do concurso material entre homicídio e roubo. A pena mínima cominada é simplesmente o dobro!

Como se vê, o excesso legislativo é manifesto. Em Portugal, por exemplo, país em que se adotou também a autonomia da incriminação para o latrocínio (ao invés da regra do concurso material – homicídio + roubo), qualificando o roubo pelo resultado morte, a pena mínima é, no entanto, *a mesma do crime de homicídio*, isto é, de oito a dezesseis anos (art. 210, 3, CP). Naquele país, verifica-se, aliás, que a pena ficou *aquém* daquela que seria obtida pelo concurso material. Na verdade, ao que parece, no que toca exclusivamente à pena mínima para o resultado morte (latrocínio), o homicídio teria *absorvido* o roubo. Veja-se, então, que, embora acolhida a autonomia do tipo de latrocínio naquele país, a pena mínima cominada *nem passa perto do excesso* de nosso Código Penal, ficando, repita-se, abaixo daquele que resultaria de um concurso material (entre roubo -um ano - e homicídio - oito anos – art. 131, CP).

A alternativa nacional parece não encontrar reprimenda equivalente no direito comparado.

O que não significa que estejamos autorizados a buscar soluções arbitrárias para o problema, ignorando a ordem normativa. E damos um exemplo: a qualificadora do furto *mediante concurso de duas ou mais pessoas* (art. 155, §4º, IV, CP) eleva ao dobro a pena mínima prevista para o tipo simples. Já no roubo (art. 157, §2º, II, CP), a mesma qualificadora (concurso de pessoas) faz aumentar a pena de 1/3 até 1/2 (metade) e não no dobro. Porém, eventual solução no sentido de aplicar-se o mesmo acréscimo aos dois tipos penais (de 1/3 a 1/2) parece-nos arbitrária e não pode ser levada à conta de qualquer *proporcionalidade*. É que a pena mínima do tipo penal de roubo (art. 157, CP, *quatro anos*) já é imensamente superior àquela do art. 155, CP (furto; *um ano*). Assim, o acréscimo desproporcional (do ponto de vista aritmético) da qualificadora do furto se justificaria em razão da evidente *desproporção* entre a pena mínima deste (furto) e daquele (roubo). Pode-se não concordar com o acréscimo (do dobro); mas que a alternativa legal parece justificada em bases racionais (aritméticas!) não temos dúvida.

²²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2004.

8. Não se pode pensar, então, em uma redução, pura e simples, da pena mínima cominada para o latrocínio, quando a morte resultar de conduta (violência) culposa. Afinal, qual seria o critério nessa hipótese?

A solução aventada por BITENCOURT, reservada à fase de dosimetria da pena, não nos parece adequada. E, por uma razão muito simples: a pena mínima do latrocínio, com resultado morte dolosa, terminaria por se ver ainda mais *aumentada*! Inevitavelmente, tendo em vista não ser possível diminuir o mínimo de vinte anos para o resultado culposos.

A nosso juízo, o postulado da *proibição de excesso*, enquanto pauta mínima de interpretação em matéria penal, poderia oferecer uma resposta plausível, desde que manejada dentro do próprio sistema de incriminações.

E não vemos como não se ultrapassar, e desconstruir, se necessário, conceitos e/ou categorias dogmáticas já consolidadas, a partir, sobretudo, de duas questões fundamentais.

Em primeiro lugar, em um mundo pós-positivista (daí nossa crítica ao ressurgimento de um novo positivismo nas limitações ao texto da lei antevistas por C. Roxin – *retro*), não se concede mais poderes e nem sensibilidades divinas ao legislador. Uma coisa é a escolha do Direito Penal e de suas incriminações e sanções. Outra, muito diferente, é aplicar o Direito à base do *dura lex sed lex*, como se não houvessem desvios e equívocos, lógicos e materiais, em qualquer regulação normativa.

Não parece haver dúvidas acerca da pretensão legislativa de emitir juízo de maior reprovabilidade ao resultado morte decorrente de uma ação violenta, desferida com finalidade de obtenção de vantagem patrimonial. Por isso, não julgamos demasiada a exasperação da pena mínima, acima dos limites em que se daria em um concurso material de homicídio e roubo (6 + 4, respectivamente), embora o patamar escolhido, *no dobro* da somatória dos delitos, pareça-nos absurdo.

Pode-se especular, com efeito: o desvalor da ação violenta, somada à indiferença demonstrada quanto ao bem *vida*, eliminada para o fim de proveito patrimonial, há de merecer tratamento mais gravoso. E, mais: pode-se imaginar que de tais ações violentas seja sempre previsível a ocorrência de uma lesão corporal grave ou até de morte. Pode ser.

9. No entanto, na primeira hipótese antes referida, somente a ação dolosa se prestaria a demonstrar a indiferença em relação à vida, subtraída unicamente para proveitos patrimoniais. A morte culposa não ultrapassa, em princípio, qualquer outro limite, senão aqueles já previstos no tipo penal de homicídio. Note-se – e isso é fundamental – que a pena mínima do homicídio culposo é imensamente menor que aquela do doloso (1 ano e 6 anos, respectivamente), embora o resultado seja o mesmo. Não há como ignorar ou suprimir do juízo de reprovação penal a distinção abissal entre a conduta dolosa e a conduta culposa. Identidade de resultado não parece suficiente.

De outro lado, a eventual previsibilidade do resultado morte na ação violenta do roubo pode perfeitamente ser adequada ao conceito de *dolo eventual*, se e quando a lesão grave ou a morte forem indiferentes ao agente, ainda que não desejadas.

O que não parece sensato e nem admissível é a unidade de tratamento reservada ao dolo e à culpa no latrocínio, sobretudo em razão da existência de tipologias específicas para ambos os bens jurídicos atingidos, claramente suficientes para a respectiva proteção. Tipos penais qualificados pelo resultado, sem indagação acerca da conduta antecedente que lhe deu causa, somente podem cumprir alguma função no Direito Penal quando ausentes no ordenamento as tipificações pertinentes e específicas em relação aos elementos do fato (ação, resultado, nexos etc.).

Assim, a única solução possível é reconhecer no latrocínio uma *ficção jurídica* cuja aplicação dependerá do preenchimento das condições que a justificaram. Dizemos *ficção* em razão da antecedente previsão legal de proteção à vida e ao patrimônio em tipos específicos, quais sejam, a) o disposto no art. 121; e, b) o no art. 157, *caput*, todos do Código Penal. Da perspectiva do juízo de subsunção, ou seja, da adequação do fato da realidade ao tipo normativo, ambos cumpririam a contento a sua missão, particularmente associados à previsão do concurso material, tal como estabelecido no art. 69 do Código Penal.

De modo que, quando o resultado morte, decorrente da ação violenta no roubo, for produzido por uma ação dolosa, direta ou eventual, poder-se-á aplicar a péssima escolha legislativa contida no §3º, do art. 157, CP, já que não se trataria de invalidade da norma, no plano constitucional. Uma inquietação: o homicídio

qualificado *mediante paga* (art. 121, §2º, I, CP) não guardaria as mesmas características de uma morte dolosa, para proveitos patrimoniais? A pena mínima, no entanto, é bem menor: 12 (doze) anos. E, se acrescida – concurso material – com o roubo (4), chegaria a 16 (dezesesseis), ainda menor que a pena mínima do latrocínio. Desproporção evidente no interior do sistema.

Mas, de outro lado, quando a morte resultar de ação culposa, ainda que violenta, a ficção jurídica do latrocínio deverá ceder lugar à realidade, não só dos fatos, mas da própria estrutura normativa incriminadora (o sistema penal), devendo-se aplicar a pena do crime de homicídio *culposo*, em concurso material com o crime de roubo. Todos os comportamentos da realidade assim realizada se conteriam nos mencionados tipos, não havendo razão alguma para o recurso à excepcional incidência da exasperação do latrocínio. Interpretação diferente conduziria à violação da proibição de excesso, resultando em grave intervenção estatal no âmbito das liberdades públicas, sem justificativa racional, o que pode ser deduzido a partir da própria regulação penal da proteção da vida e do patrimônio na legislação penal vigente.

B) ERRO QUANTO À PESSOA NA ABERRACTIO ICTUS (ART. 73, E ART. 20, §3º, CP)

10. No exemplo anterior, a alternativa hermenêutica apresentada terminou por fundar-se na seguinte percepção: como já havia tipos penais específicos e gerais cuidando da proteção à vida (art. 121, CP) e ao patrimônio (art. 157, *caput*, CP), suficientes para abarcar, em juízo de *subsunção*, os comportamentos descritos na qualificadora do resultado morte do latrocínio (art. 157, §3º, CP) não necessitariam de tipologia autônoma. É dizer: a opção pelo incremento da reprovação e pela exasperação da pena surgiu como verdadeira *ficção jurídica*, na medida em que, no plano da realidade (fato), as condutas ali narradas já estavam acomodadas na proteção penal geral. Note-se: o que é *ficção* não é o tipo do art. 153, §3º, CP, que reproduz outros, mas a *pena ali cominada* e a reprovação que nela se contém.

O tratamento legislativo da *aberratio ictus* (art. 73, CP) no erro de pessoa (art. 20, §3º, CP) também encobre uma *ficção jurídica*. Adotou-se no Código a chamada *teoria da equivalência*, via da qual se tem em mira a perspectiva do bem jurídico atingido. Assim, se a ação se dirige contra uma pessoa, e, por erro de execução,

atinge outra, a legislação considera que a proteção penal é objetiva, independentemente da ofensa idealizada.

Este é um caso emblemático da complexidade das questões aqui tematizadas. Seria possível *ignorar* a escolha legislativa (da teoria da equivalência) e adotar outra, da *concretização*, atentando-se para o fato *real* e não para o fato *idealizado*?

Paulo QUEIROZ traz exemplo de grande valia para a compreensão do problema. Pior. O exemplo é real, efetivamente ocorrido, há tempos, no interior da Bahia.

ESPOSA, querendo matar seu ESPOSO, adicionou veneno na refeição que seria levada ao trabalho. Não havendo serviço naquele dia, a marmita foi devolvida aos filhos menores do casal. Estes, antes de chegar em casa, comeram a refeição e terminaram por falecer, vítimas do veneno.²²³ A ESPOSA foi denunciada, então, por homicídio qualificado e agravado contra o marido, na forma consumada, com fundamento exatamente no erro de pessoa.

Como se vê, a teoria adotada no Código parte de uma verdadeira ficção. A consumação de qualquer resultado no caso narrado não ocorreu em relação ao ESPOSO. A morte obtida pelo emprego de veneno abateu-se sobre os filhos da agente. E, em relação a eles, o resultado (morte) ocorrera por *culpa*, evidentemente. Já em relação ao marido, como houve início do *iter criminis*, teria havido *tentativa* de homicídio, visto não ter ele sofrido quaisquer danos.

Jakobs, em casos semelhantes, entende que o agente deve responder por crime doloso consumado, apenas e sempre que este puder incluir na representação (antecipação mental) que faz do processo causal o risco de atingimento de outra pessoa.²²⁴

Roxin, após classificar, acertadamente, as hipóteses em que o agente pode prever o risco de lesão a *outrem* como situações de dolo *eventual* ou *alternativo*, desenvolve uma concepção fundada em um *plano do fato*, cujos resultados seriam idênticos aos da teoria da concretização. Segundo ele, no planejamento da ação haveria uma valoração *objetiva* do resultado (fato), de tal modo que a não realização daquilo *efetivamente desejado* impediria a aplicação do tipo consumado (também desejado), devendo o agente responder por ação imprudente quanto ao terceiro

²²³ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte Geral*. Cit. P. 213.

²²⁴ JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal...*cit. p. 433/436.

atingido e por tentativa (tipo objetivamente realizado) em relação à pessoa idealizada.²²⁵

FIGUEIREDO DIAS, no ponto, é esclarecedor, quando ressalta a diferença de tratamento de hipóteses de *aberratio ictus* e de erro de pessoa. No primeiro caso, de erro na execução contra determinada pessoa, atingindo-se outra, sustenta a prevalência da teoria da concretização, devendo o agente responder por tentativa, em face da pessoa idealizada, e por imprudência, em face da pessoa atingida. No segundo, quando o agente *não erra na execução*, e sim na *formação de sua vontade*, atingindo uma pessoa que julgava ser outra (erro de pessoa), a solução deve ser diferente, dado que a proteção da lei é reservada a qualquer pessoa (teoria da equivalência), sendo irrelevante o erro quanto àquela atingida.²²⁶

11. Veja-se, então, que há duas perspectivas a serem bem compreendidas.

A, avistando B, desfere-lhe um tiro mortal, com intenção de matá-lo. No entanto, a pessoa que avistara não era B e sim C. A hipótese seria de homicídio consumado, sendo indiferente a identidade da vítima. No direito comparado, parece haver quase unanimidade quanto ao acerto de tal solução, em razão da igualdade material da proteção penal do bem jurídico.

Outro caso: A, avistando B, desfere-lhe um tiro mortal, com intenção de matá-lo. O disparo, porém, atinge C, que se encontrava nas proximidades. Aqui, abstraindo-nos das considerações acerca do *dolo eventual* ou *alternativo* em relação a C, ou mesmo da imputação pelo risco, o fato concretizado haverá que ter primazia, respondendo o agente por *tentativa* em relação à pessoa desejada e por *culpa*, relativamente ao resultado obtido. Esse também o entendimento da doutrina comparada antes mencionada. Entre nós, QUEIROZ defende a mesma resposta, recorrendo a uma interpretação conforme a Constituição.²²⁷

E qual seria a solução no exemplo que demos, no caso da morte dos filhos, causada pela mãe, que desejava matar o marido? Seria possível afastar-se a previsão legal de nosso art. 73, CP?

²²⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal...*cit. p. 494.

²²⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 345/346.

²²⁷ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal ...*cit. p. 214.

Por primeiro, é de se ver que a hipótese não é de erro de pessoa, no sentido de ter o agente (ESPOSA) confundido a vítima, produzindo o resultado em pessoa diferente.

Parece-nos, ao contrário, que se cuida de *aberratio ictus*, mas que, segundo o nosso Código Penal (art. 73) deveria receber o mesmo tratamento do erro (de pessoa – art. 20, §3º, CP).

No entanto, pensamos ser possível o afastamento da citada norma, na mesma linha argumentativa desenvolvida em relação à não-aplicação do latrocínio para o caso de resultado morte culposa, resultante da violência no roubo (art. 157, §3º, CP).

Mas, diversamente daquela hipótese (do latrocínio), a solução aqui afastaria a própria *validade* da norma prevista no citado art. 73, incluindo a última disposição, que estabelece o concurso formal de crimes na hipótese de serem atingidos terceiros e, também, a pessoa contra a qual se desferiu a ação. É que, se, de um lado, não há maiores problemas em relação à norma do art. 20, §3º, CP, atinente ao erro de pessoa, a adoção da teoria da equivalência na *aberratio ictus* se revela, não só dogmaticamente inadequada, mas fundamentalmente *excessiva* dentro do próprio sistema de incriminações.

No erro de pessoa, a solução de se punir o agente por crime consumado (contra quem se pensava ser a vítima desejada) é justificada, não só pelo resultado obtido, mas pela regra de proteção ao bem jurídico; independentemente de quem seja a vítima, teria havido ação dirigida contra a vida. Nessa hipótese, sequer se poderia pensar em uma imputação do resultado por culpa, já que a conduta então realizada não assumiria contornos de imprudência ou negligência. Ao contrário: a ação teria sido obviamente dolosa. E, menos ainda, se poderia falar em crime *tentado*.

Já na *aberratio ictus*, a ação *originária*, isto é, a conduta dirigida contra a vida *já encontra proteção penal específica*, na cláusula geral do *crime tentado*. É dizer: do mesmo modo que aquele que desfere um tiro contra alguém e erra, por circunstâncias alheias a sua vontade, responde por *tentativa de homicídio*, o que pode ser acrescido ao comportamento do agente que, também por erro de execução, acaba atingindo terceiro, é apenas e tão somente o resultado decorrente de sua imperícia ou imprudência. Aquele que atinge o terceiro deve responder por

tentativa em face da vítima desejada e por culpa, relativamente ao resultado morte do terceiro.

De outro lado, é verdade que o nosso sistema penal acomoda hipóteses de *ficções* ao lado de regulações da *realidade*, como bem o demonstra o tratamento do erro na discriminante putativa (art. 20, §1º, CP): ali, a conduta *dolosa* de matar quem se julga invasor de sua casa, supondo, porém, situação de legítima defesa, é punida a título de *culpa* (imprópria), ainda que evidentemente voluntária a ação e desejado o resultado.

Contudo, a modificação de uma conseqüência aferida no plano da realidade para finalidades exclusivamente jurídicas (ficção) somente se justifica quando insuficiente ou exorbitante a observância das regras do direito vigente. Exemplo mais emblemático de tal situação é a regra do crime *continuado*, tal como disposta no art. 71 do Código Penal. Não houvesse essa regra, aquele que adentrasse um edifício de lojas comerciais e subtraísse de cada uma delas, de vítimas diferentes, determinada coisa (alheia) móvel, responderia por múltiplos delitos, correndo o risco de ver sua pena ultrapassar o mais hediondo dos crimes. A ficção jurídica aqui se justifica plenamente.

A solução prevista no art. 73, CP, dando tratamento unitário a questões tão diversas, constitui, evidentemente, uma ficção jurídica. De um *duplo* resultado *real – tentativa dolosa* em relação a vítima desejada e crime *culposos* em relação ao outro (atingido) – fez-se um *único*, pensado unicamente pelo legislador. Veja-se que semelhante solução ignora olímpicamente a *pluralidade de bens jurídicos* atingidos pela ação do agente.

Mas não é só. Não se limita a deixar a descoberto a punição por um dos resultados alcançados (de novo: *tentativa de morte dolosa e morte culposa*); resume a punição à situação abstrata mais grave (homicídio), pela soma do resultado (morte) e da ação (dolosa), sendo-lhe (ao CP) indiferente o processo causal e a existência de vítimas diferentes. Na aritmética, o CP mostrou-se mais gravoso: a soma da tentativa do crime doloso (homicídio) e da morte culposa é inferior ao mínimo previsto para o homicídio consumado (seis anos – art. 121, CP), ainda quando aplicada a redução mínima à tentativa (um terço – art. 14, parágrafo único, CP).

Do que resultou, então, não só incompatibilidade com o sistema geral penal, no que se refere ao conceito e, sobretudo, às conseqüências, i) do delito *culposo*; ii) da punibilidade diminuída no resultado não obtido pela ação desejada (tentativa); iii) da proteção geral dos bens jurídicos, seja quanto à ação dolosa, seja quanto à ação culposa (dupla ofensa); mas, criou-se figura de ficção jurídica absolutamente injustificada quanto aos seus propósitos, e, mais que isso, contrária à vedação do excesso na intervenção estatal penal, no âmbito do sistema constitucional dos direitos fundamentais.

12. Com tais considerações, a solução para o exemplo dado seria a seguinte: a ESPOSA deveria responder por duplo homicídio culposo, em relação aos seus filhos menores, e por tentativa de homicídio doloso contra o ESPOSO. A redução do excesso se faria, a seguir, com a concessão do perdão judicial relativamente aos delitos culposos, tendo em vista a gravidade das conseqüências do crime para o seu agente (art. 121, §5º, CP).²²⁸

C) A UNIDADE DO CRIME NO INFANTICÍDIO (ART. 123, CP) E A PARTICIPAÇÃO

13. Cezar BITENCOURT resume bem a polêmica nacional acerca da participação no crime de infanticídio. De um lado, estariam Roberto Lyra, Magalhães Noronha, Frederico Marques, Basileu Garcia, José Cirilo de Vargas (incluímos nós)²²⁹ dentre outros, todos no sentido da comunicabilidade da *influência do estado puerperal*, daí resultando a aplicação da pena do crime de infanticídio para o terceiro que contribui com a parturiente na morte do próprio filho. Em lado oposto, Hungria, Fragoso, Aníbal Bruno e outros, propugnariam pelo entendimento oposto, concluindo dever o terceiro (que prestou auxílio) responder por homicídio.²³⁰

O nosso ilustre penalista (Bitencourt) rejeita a segunda alternativa, fundamentando sua posição na literalidade do texto brasileiro, que, ao adotar a teoria *monista* da ação (art. 29, CP), não autorizaria, em regra, tratamento mais gravoso ao terceiro, co-autor ou partícipe, independentemente da justiça ou não da opção legislativa.

²²⁸ Essa a mesma conclusão a que chegou Paulo Queiroz na obra citada, embora com outra fundamentação: *in Direito penal...cit.* p.214.

²²⁹ VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal. Parte geral.* Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 446.

²³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* Vol. II. 3ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 148.

Eis aqui, então, mais uma questão que se pode incluir entre problemas típicos de dogmática. E, mais que isso, problemas cuja solução cotidiana tem se apegado excessivamente ao princípio da legalidade, sob viés eminentemente positivista, descurando, porém, e não raramente, de uma hermenêutica mais conseqüente às missões do Estado de Direito.

14. Desde logo, esclareça-se que a própria legislação brasileira flexibiliza a adoção da teoria monista da ação, quando, no crime de aborto, prevê tipos penais *autônomos* para a vítima e para o terceiro (arts. 124, 125 e 126, CP). Dir-se-á, então, que, exatamente neste caso, e somente por força de lei expressa, se poderia afastar a regra da unidade do crime (art. 29, CP). No entanto, o que se propõe aqui é justamente alargar as possibilidades interpretativas do direito penal, sem as amarras de conceitos e categorias da Dogmática Penal, e, se preciso for, com modificação sensível do texto legal, em favor de uma contextualização mais conseqüente do sistema.

HUNGRIA, como se sabe, sempre rejeitou a aplicação da unidade do crime no infanticídio, afirmando que o terceiro deveria responder por homicídio e não por infanticídio. Alertava o mestre que “A quebra da regra geral sobre a *unidade* de crime no *concursum delinquentium* é, na espécie, justificada pela necessidade de evitar-se o contra-senso, que orçaria pelo irrisório, de imputar-se a outrem que não a parturiente um crime somente reconhecível quando praticado *sob a influência do estado puerperal*”.²³¹

Apesar de não aderirmos à tese do crime *personalíssimo* a que alude HUNGRIA, como reforço de argumento para a não aplicação da antiga norma do art. 26 “sobre as circunstâncias de caráter *pessoal*, quando elementares do crime”, acompanhamos a conclusão de Sua Excelência. E aproveitamos para pinçar uma pequena observação feita pelo douto penalista, de modo a demonstrar sua inconformidade com o apego à rigidez textual da legislação: “...evitar-se o *contra-senso*, que orçaria pelo *irrisório*...”.

Bem examinadas as coisas, tem ele total razão. O infanticídio, que nada mais é que uma hipótese de homicídio privilegiado – a tipificação autônoma é mera opção legislativa – se refere ao *estado puerperal*, condição psíquica exclusiva da

²³¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. 3ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 259.

parturiente, provocada por perturbações físicas e psíquicas, que, eventualmente, podem acometer a mãe no pós-parto. Digno de nota, no particular, a riquíssima pesquisa histórica e comparada registradas por HUNGRIA sobre o tema.²³²

Diz a nossa lei: “Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

Não há, contudo, no plano do *real*, isto é, da realidade concreta e cotidiana, a mais mínima possibilidade de *comunicação* da aludida condição pessoal da parturiente a quem quer que seja. E nem o legislador e nenhum conceito dogmático podem subordinar as funções e a interpretação do Direito a uma *ontologia* imutável, como se a lei devesse sempre ser cumprida, *na exata medida de suas determinações expressas*, sem maiores indagações acerca da compatibilidade de seu conteúdo com a estrutura normativa geral, em cujo ápice se encontra a Constituição. Um positivismo de corte *legalista* como este não se acomodaria sequer no princípio da legalidade penal.

Ora, evidentemente, o aludido critério poderá ter aplicação em 99% (noventa e nove por cento) dos casos no direito penal brasileiro, revelando-se instrumento útil aos propósitos do sistema geral de incriminações. Mas disso não decorre o *engessamento interpretativo* de seu texto, como se não houvesse a menor possibilidade de descompasso entre o juízo *abstrato* da lei e o conflito *concreto* da *faticidade*. A *abstração* legislativa jamais acompanhará a complexidade da *concretitude* do mundo da vida.

E, neste caso específico, a interpretação que pretende aplicar a pena de infanticídio ao terceiro, por suposta inevitabilidade da incidência do art. 30 do Código Penal, não leva em consideração inúmeros elementos concretos e normativos que devem se submeter à argumentação em cada caso concreto. Por que alguém que auxilia outrem a matar terceiro deve sofrer maior conseqüência penal que aquele que contribui para a morte do filho (não dele) pela mãe-parturiente? A resposta, se e quando fundada apenas no texto da lei é absolutamente inconsistente, pois a) da perspectiva do bem jurídico – vida – haveria *identidade* na proteção penal; b) da perspectiva da *ação* – dolosa – haveria também identidade nas regras do sistema de apenação. Por que então estender o campo da ressalva “*salvo quando elementares do crime* (art. 30, CP)” para além dos limites que fundamentaram a

²³² Ob. cit. p. 234/244.

instituição autônoma do crime de infanticídio (perturbação físico-psíquica da parturiente)? Que obstáculo, dogmático e legal, intransponível seria este? Segue resposta, rejeitando-o: à dogmática, responde-se com outra (dogmática), orientada pela hermenêutica dos direitos fundamentais, a exigir igual proteção penal ao mesmo bem jurídico; à lei, recorre-se à Constituição, reunida em um sem números de dispositivos afirmativos, não só das liberdades públicas, genericamente consideradas, mas também da tutela penal dos direitos fundamentais: Noutros termos: pela dupla face do postulado da proporcionalidade, que deve ser, a um tempo, proibição de excesso, e, a outro, de máxima efetividade dos direitos, incluindo, obviamente, as normas de proteção à vida.

Obviamente, estamos a nos referir aqui às hipóteses de *participação* e não de autoria. Aquele que quer matar a criança e se vale da mãe para a prática do delito, aproveitando-se do estado puerperal em que esta se encontra, responderá, evidentemente, por homicídio.²³³

Imperativo, portanto, que se imponha uma redução do sentido das expressões “circunstâncias ou condições pessoais” mencionadas no art. 30 do Código Penal, para excluir de seu alcance a hipótese de *influência do estado puerperal*, até porque a aludida perturbação físico-psíquica não configura, rigorosamente, nem uma circunstância e nem uma *condição* de que alguém seja portador, mas uma excepcional e temporária patologia, exclusiva da parturiente, e em raríssimas situações.

Um último registro: em Portugal, que adota o mesmo modelo de incriminação específica do infanticídio (art. 136, Código Penal Português), parece não haver maiores indagações sobre responder o partícipe por homicídio e a mãe pelo infanticídio, conforme se vê em obra coletiva, dirigida por FIGUEIREDO DIAS, em Comentários ao Código Penal daquele país.²³⁴

4- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Vol. II. 3ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2003;

²³³ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...* cit. p. 150.

²³⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *et all. Comentário Conimbricense ao Código Penal. Parte Especial*. Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 105.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Vol. III. 3ª. Edição. São Paulo, Saraiva, 2003;
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004;
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *et al. Comentário Conimbricense ao Código Penal. Parte Especial. Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999;
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre faticidade e validade*. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997;
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. 3ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VII, 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1980
- JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal. Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Tradução do alemão: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Revisão técnica de Marcelo Schirmer Albuquerque e Valéria Porto. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Prefácio ao Garantismo penal integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Organiz. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010;
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Apresentação ao Tratado de direito penal. Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Tradução do alemão: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Revisão técnica de Marcelo Schirmer Albuquerque e Valéria Porto. Belo Horizonte: Del Rey, 2009;
- QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte geral*. 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução espanhola de José Cerezo Mir, vertida para o português por Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001;
- ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e Introdução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas Ediciones. 1997.
- VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal. Parte geral*. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL