

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 33 • nº 131

julho/setembro – 1996

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

# O direito penal como instrumento inibidor da violência

IVAN LIRA DE CARVALHO

## SUMÁRIO

*1. Abordagem inicial sobre a violência. 2. A despenalização. 3. A macrodelinquência. 4. A demora do processo penal e outras violências similares. 5. Os juizados especiais. 6. Conclusões.*

### 1. Abordagem inicial sobre a violência

Instado a discorrer sobre o tema-*mater* “O Direito Penal e a Criminalidade”, ao invés de apreender a sugestão original, não consegui deixar de vê-la sobreposta por outra legenda: “O Direito Penal e a Violência”. Sendo, como sou, um curioso dos rumos do direito penal moderno, ao mesmo tempo em que sou partícipe da sua aplicação, como magistrado e professor, não entendo possa a abordagem da criminalidade ser dissociada da violência, que é daquela o mais eficaz combustível e estimulador.

A violência pode ser conceituada como uma agressão, de ordem física ou moral, voluntária, desferida contra um indivíduo ou contra um grupo, podendo ser legítima ou ilegítima. Entretanto, como o que se persegue neste colóquio são soluções para a violência, prestadas ou prestáveis pelo direito penal, cuidaremos apenas da violência *ilegítima*.

A exteriorização da violência não reclama forma ou meio preestabelecidos. Tanto pode advir da brutalidade, da estupidez, como pode derivar de apurada dissimulação, assim como pode ser gerada pelo descaso ou pelo menoscabo. Assim, tanto é violenta a *ação* do ladrão, que não hesita em esfaquear a vítima, para desta subtrair um relógio, como é violenta a *inação* do Estado, conivente com a proliferação de favelas nas cercanias e no seio

das urbes, habitadas pela escória da cidadania, sem acesso à saúde, à educação e até mesmo à alimentação.

Violento é o homicida, que, num rasgo de primarismo, ceifa a vida do seu semelhante, às vezes por questões diminutas. Violento é também o governante inescrupuloso, que não tergiversa em lançar mão de recursos públicos, para ornar jardins suntuosos da sua propriedade privada, abarcando para si a verba que saciaria a fome de milhares de crianças carentes ou que retiraria dos corredores infectos dos hospitais os miseráveis que têm a desgraça de cair em doença.

E o salário mínimo, que melhor seria chamado de “salário insuficiente”, não é uma severa violência, que atenta contra o natural direito da sobrevivência humana?

Diante desse vastíssimo e triste cabedal de violências, o que fazer para debelá-las, ou pelo menos para minimizá-las?

O redirecionamento do Estado-administração é a primeira das sugestões razoáveis. A priorização das políticas de erradicação da miséria decerto atacaria a raiz da maioria dos problemas que deságuam na violência por todos nós repelida.

A contrapartida da sociedade, procurando soluções simples para os problemas tidos em primeiro olhar como incontornáveis, também não pode ser descartada. Assim, a família, as associações profissionais, os clubes de serviço, as universidades, o empresariado e todos os conglomerados que se disponham a dar a sua parcela de colaboração para a minimização da violência devem fazê-lo urgentemente. Não há tempo para a espera! De primeiro, devem atacar *as causas* da violência, velando a educação da infância e da juventude; prestando assistência social aos carentes; desenvolvendo campanhas de esclarecimento acerca da ética e da cidadania, que deverão ser bandeiras das pessoas na busca do bem-viver. Em seqüência, devem colaborar com o rebate *aos efeitos* da violência, em ações como, por exemplo, de recuperação de egressos penitenciários e de albergamento de apenados a prestação de serviços.

Mas, e o direito penal, onde entra para contribuir com a diminuição da violência?

## 2. A despenalização

A primeira das colaborações que pode ser emprestada na tentativa de encurtar o espectro

da violência, por paradoxal que possa parecer, reside na sua própria retração. É o caso de ser mais útil o direito penal estando ausente de certos fenômenos sociais e comportamentais do que efetivamente emprestando o seu concurso.

A perfeita sintonia que o direito, como um todo, deve guardar em relação aos anseios da sociedade não pode ficar indene ao direito penal. Ao discorrer sobre “Direito Penal e Mínimo Social”, João Mestieri pugnou exatamente por essa ausência salutar do direito penal, em searas que melhor seriam tratadas recebendo a atenção de outros ramos da ciência jurídica. Em suas conclusões, alinha o professor carioca:

“Portanto, ao lado dessas considerações, parece-nos útil ter em mente os seguintes pontos: (I) necessidade de um movimento intelectual firme e abrangente, no sentido de restabelecer o papel a ser realmente desempenhado pelo direito penal no concerto das medidas de controle social; (II) considerar o direito penal não como uma panacéia para a solução dos males sociais, mas como a *ultima ratio* no concerto das medidas de controle social, e apenas daí derivando-se as modernas considerações sobre a teoria da intervenção mínima e os trabalhos de despenalização, descriminalização e até mesmo de abolição penal; (III) repensar-se a ilicitude como ente indissociável da realidade social e não como algo abstrato, de mera contradição formal entre o dever-ser e o ser jurídicos; (IV) incorporar, a essa linha de investigação, considerações sociais essenciais para a compreensão abrangente da ilicitude como critério de reprovação social, tais como a criativa teoria do espaço social e a afirmação de Nilo Batista, muito rica em linhas de investigação, da co-culpabilidade do Estado ou do sistema (*Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro, 1990. p. 105).”<sup>1</sup>

A sociedade, destinatária final da ordem jurídica, tem a palavra, por suas caixas de ressonância, para dizer o que deseja que seja tido como crime. De nada adianta ao legislador tipificar essa ou aquela conduta, tisonando-a de criminosa, se o meio social, ainda que informalmente, acolhe com naturalidade o

<sup>1</sup> Livro de Estudos Jurídicos, n.8. Rio de Janeiro : Instituto de Estudos Jurídicos, 1994. p. 443.

infrator dessas normas. O exemplo mais gritante do divórcio entre as leis penais e os fatos está na criminalização dos chamados *jogos de azar*, ocorrida nos anos quarenta, para atender ao desejo da esposa do então Presidente da República, cuja formação católica censurava a riqueza advinda da álea. O “sabor do pecado” multiplicou os cassinos clandestinos, com a mais completa indulgência da sociedade, o que fez com que as autoridades enxergassem o fenômeno com banalidade. Destarte, desde que inteiramente dissociada de outras atividades nocivas (o tráfico de entorpecentes, por exemplo), a jogatina deita e rola “na mais perfeita ordem”. Ou alguém desconhece que até mesmo *alvarás de autorização* são expedidos pelo poder público para o funcionamento de casas de jogos?

Ainda que visto com reservas por parcela da população mais ligada à religião católica, o *auto-aborto* ou o *aborto consentido* já não provocam a mesma indignação na sociedade que provocavam há meio século, quando entrou em vigor o Código Penal. Valerá a pena o Estado-juiz remeter ao cárcere a jovem comerciária que, por incorreta avaliação do seu período fértil, engravidou do seu namorado, um balconista da loja da frente, e, porque ambos não têm a mínima condição de criar prole, resolveu interromper a gestação ainda no primeiro mês? Deve esse mesmo Estado, por seu braço legislativo, fazer ouvidos moucos aos movimentos de elevação da dignidade feminina, que, após ocuparem respeitáveis espaços na opinião pública nacional, conseguiram ressoar para o Universo, na 4ª Conferência da ONU sobre a Mulher, realizada em Pequim, neste mês de setembro, o desejo de liberdade para a disposição do próprio corpo, até mesmo em nome da saúde?

O que dizer do delito de *sedução*, perpetrado contra mulher menor de dezoito anos, lograda pelo agente na sua “inexperiência ou justificável confiança”? Será que a sociedade moderna ainda aceita, como há cinquenta anos, que uma mulher biológica e mentalmente normal se escude em “inexperiência ou justificável confiança” para se dizer vítima do crime de *sedução*?

E o *adultério*? Quando qualquer um de nós, detentores de intimidade com o direito, diz a um leigo que o adúltero pode ser condenado à pena de detenção, de até seis meses, a gargalhada é inevitável, como inevitável é o comentário acerca da feição medieval dessa norma.

Diferente não é a reação de uma pessoa alheia aos meandros da ciência jurídica ao ter a notícia de que, no Brasil, a *bigamia* é crime. Em geral, é aceito apenas o sancionamento civil do bigamo, com o desfazimento do casamento mais moderno.

Em outro escrito<sup>2</sup>, tive a oportunidade de registrar a minha irrisignação contra a desnecessária criminalização de condutas que, ao meu ver, apenas configuravam *ilícito administrativo* ou, mais precisamente, *ilícito tributário*. Ali afirmou:

“1- Na contramão da história jurídico-penal universal, vem o Brasil assistindo a uma crescente criminalização dos eventos protagonizados por particulares contra a administração pública, numa clara demonstração da impotência do Estado em resolver, por meios civilizados e eficazes, os desvios dos quais é vítima. 2- Exemplo cabal da falência dos órgãos estatais, para reprimir extrapenalmente os ilícitos perpetrados contra a administração ou contra interesses públicos expostos à tutela imediata desta, é a exasperação irracional das penalidades atribuídas aos praticantes dos chamados “crimes ecológicos”, para os quais não é admitido nem sequer a fiança (Lei nº 5.197, art. 34). 3- A esse tipo de reação do Estado impotente os doutrinadores chamam de “Direito Penal do Terror”, denominação inaugurada por René Ariel Dotti<sup>3</sup> e divulgada por João Gualberto Garcez Ramos<sup>4</sup>, atestando surrada predominância ideológica de um aparelho legiferante míope, que, em vez de procurar soluções práticas e eficientes para os desafios apresentados crescentemente pelas relações sociais, opta por trespassar ao Judiciário o mister de carrasco ignóbil das mais absurdas penas. 4- Não é moderno esse entendimento do Estado, de achar que a panacéia para qualquer irregularidade comportamental advinda do particular somente pode ser corrigida com

<sup>2</sup> A CRIMINALIZAÇÃO de ilícitos praticados por particular contra a administração pública – o descaminho de mercadorias. *Revista do CEJ/RN*, Natal, v. 2, p. 170, 1995.

<sup>3</sup> UM NOVO Direito Penal do terror. *Folha de S. Paulo*, 25 mar./1991. p. 3, c. 1.

<sup>4</sup> A INCONSTITUCIONALIDADE do Direito Penal do terror. Curitiba : Juruá, 1991. p. 34.

a aplicação de penalidades deambulatorias. É de ser lembrada a infelicidade de um Chefe de Estado da Velha República que bradava ser a problemática social dos anos vinte “um caso de polícia”. 5- Um dos cacoetes da má-gestão dos problemas administrativos, e nestes incluo os de ordem tributária, está na penalização da falta de pagamento do imposto correspondente ao ingresso de mercadorias estrangeiras no Brasil. Fala-se mais especificamente do delito de *descaminho*, previsto no art. 334 do Código Penal. 6- É óbvio que não se prega aqui o absentismo do Estado, mesmo pelo seu braço judiciário, nas relações entre o particular e o fisco. Não se pode desconhecer que, entre o puro liberalismo dos meios de produção e consumo pregados por Adam Smith no século dezoito e o Estado Social idealizado por Karl Marx, tem preponderância, hoje em dia, o que Léon Duguit chamou de “Estado Bem-estar”.

A cansativa lista de situações atualmente tidas como delituosas, em descompasso com os anseios da sociedade, não tem outra finalidade que não a de mostrar que o direito penal está cuidando de assuntos que já deixaram de reclamar a sua tutela. Isso o torna “pesado”, lento e ineficaz, implicando a sua ausência em áreas onde não poderia faltar, advindo de tal omissão a inevitável violência, retratada na impunidade dos delinquentes; na falta de crédito nas instituições jurídicas; no estímulo à criminalidade e, sobretudo, pela ocupação, por grupos criminosos, de espaços que haviam sido reservados pela sociedade para a atuação do Estado, como tem ocorrido nos morros cariocas, onde os traficantes de entorpecentes assumem, debaixo de bala, o controle da saúde, da educação, da assistência social, do lazer e da segurança das populações carentes. Esta indevida inversão de atividades tem merecido as mais ácidas críticas de estudiosos de tempera, como é o caso de José Augusto Delgado, em brilhante palestra proferida durante o I Ciclo de Estudos promovido pela Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

### 3. A macrodelinquência

É sobre o arcadismo de ponderável parte do direito penal que se instala, nos dias atuais, o que os segmentos especializados da imprensa chamam de *macrodelinquência* ou

de *macrocriminalidade*, expressões que se traduzem na prática de ilícitos penais, quase sempre de conteúdo patrimonial, cometidos na esteira do processo de globalização experimentado pela economia mundial, em particular a dos países sul-americanos componentes do Mercosul. São crimes timbrados pela sofisticação, perpetrados por especialistas detentores de amplo domínio tecnológico, e que, não raro, provocam danos de vasta extensão social. Mesmo assim, raramente são tipificados especificamente na legislação penal, circunstância que facilita a impunidade dos agentes, diante das dificuldades de subsunção do fato concreto a uma norma preexistente, mas bastante genérica.

O criminalista uruguaio Raúl Cervini, Secretário-Geral para a América Latina do *International Center of Economic Penal Studies* (ICEPS), analisa os efeitos da macrocriminalidade:

“É um tipo de delinquência de conseqüências sociais muito graves. Na Argentina, por exemplo, a falsificação de moeda e de títulos da dívida pública causou um prejuízo superior a US\$ 300 milhões nos últimos dez anos.”<sup>5</sup>

Ainda segundo Cervini, os delitos da ordem em comento não são exclusividade das economias desenvolvidas, pois estas, por terem mecanismos de controle mais eficientes, inibem esses tipos de delitos, diferentemente do que ocorre nos países mais frágeis, onde os criminosos organizados encontram espaço adequado para a empreitada ilícita, facilitada pelo controle estatal deficiente<sup>6</sup>.

Nos países integrantes do Mercosul, a macrodelinquência se pronuncia com maior destaque nas fraudes financeiras, ultimadas com o uso de cartões de crédito ou por intermédio de transferências bancárias “frias”. “O crime organizado tem encontrado formas de burlar o controle das transações econômicas. É o caso dos novos cartões de crédito internacionais com circuito individualizador incorporado (cartões auto-identificáveis), que se acreditava serem à prova de todo o tipo de fraudes”, conforme dá conta Raúl Cervini<sup>7</sup>, mas que tiveram o seu circuito individualizador decifrado por um aparelho desenvolvido pelos

<sup>5</sup> Folha de São Paulo, 19 ago. 1995. p.2, c. 3.

<sup>6</sup> Mesma fonte e página.

<sup>7</sup> Op. cit., mesma página.

especialistas do crime, permitindo a sua perfeita reprodução em um cartão falsificado.

Por fim, reclama o criminalista uruguaio:

“Só o legislador com profundo conhecimento da realidade econômica pode prever as possíveis mutações de seus mecanismos. Senão combate apenas os sintomas e nunca chega a tipificar adequadamente os delitos.”<sup>8</sup>

Para ele, é imprescindível que o legislador defina tipos penais específicos e precisos, já que os tipos penais *abertos*, que permitem interpretações variadas, criam confusão e propiciam a impunidade dos agentes.

Deixando de considerar, com a atenção merecida, o nefasto fenômeno da macrocriminalidade, está o direito penal brasileiro escancarando as portas (máxime as fronteiras) à violência requintada dos falsários da era da eletrônica, estimulando as *nets* da delinquência.

#### 4. A demora do processo penal e outras violências similares

Outra forma de violência que não pode escapar à análise agora desenvolvida é a que pode ser chamada de *violência de índole processual*, perpetrada, com especialidade, contra o réu pobre.

Beccaria, em seu célebre “Dos Delitos e das Penas”, já clamava por processos penais rápidos, até mesmo como forma de aproximar, no tempo, o crime e o castigo, emprestando a este maior eficácia<sup>9</sup>. Entretanto, com a estrutura forense e cartorária deficientes, aliada a um código processual burocratizante, não conseguimos ainda atender à sugestão-princípio do Marquês de Milão, mesmo que passados mais de dois séculos. Urge, pois, que tenha vigência a anunciada reforma do diploma processual penal brasileiro, tornando mais ágil o apuratório dos crimes e o conseqüente desfecho judicial. A adequação do aparato forense também servirá para que a violência em destaque seja banida (ou pelo menos minorada).

Noutro passo, a falta do efetivo funcionamento da Defensoria Pública implica violência contra o infrator penal de baixo poder aquisitivo, sempre à mercê dos préstimos de um *defensor dativo*, que, por maior senso ético

que possua, não pode descuidar dos seus afazeres profissionais já contratados, para dar larga assistência ao réu miserável. E por falar em miserável, é assim que é classificada a simbólica remuneração oferecida na Justiça Federal ao defensor “dativo”: o equivalente a pouco mais de um salário mínimo, pelo acompanhamento de todo o processo, inclusive com a interposição de recursos. Na Justiça Estadual local o quadro é ainda mais desolador: seis (meia dúzia, mesmo) defensores públicos para todo o Rio Grande do Norte, e, como eles não têm o dom da ubiquidade, são precariamente substituídos pelos dativos, que prestam o seu labor na mais exclusiva gratuidade, o que, é inescusável, compromete a qualidade da defesa.

Ney Magno Valadares, em ensaio intitulado “A questão da igualdade perante a lei”<sup>10</sup>, resume a desigualdade de tratamento conseguido, no processo penal, por um delinquente rico e por um infrator pobre:

“Admito que o grande investidor, que manipula o mercado de ações, e causa prejuízo a milhares de pequenos investidores, tem mais possibilidade de ser absolvido do que o punquista que assalta transeuntes incautos. ... Por que isso ocorre, se a lei assegura igualdade de tratamento para um e outro? ... Por causa das desigualdades naturais que a ficção legal não pode nivelar. ... Enquanto o grande investidor pode contratar os melhores juristas do país para defendê-lo, a sorte do punquista vai depender da boa vontade de um defensor dativo, nomeado pelo juiz e que, muitas vezes, apresenta uma defesa meramente formal.”

Penso que a sorte do punquista exemplificado por Ney Valadares espera por uma ação mais séria do Estado, que tem o dever constitucional de assegurar defesa eficaz aos seus súditos (CF, art. 5º, LV), para que se consiga a isonomia preconizada no *caput* do referido dispositivo.

#### 5. Os juizados especiais

O assoberbamento dos juízos e dos juizes criminais, com feitos que se arrastam pelos meandros do anacronismo do processo penal brasileiro, por vezes à espera do julgamento de delitos de infundada ou de duvidosa tipificação, implica, como já foi alinhado

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> Série Clássicos de Bolso. Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro : Ediouro, 1995. p. 54.

<sup>10</sup> DIREITO & Justiça, *Correio Brasiliense*, Brasília, n. 207, 3 jul. 1995.

acima, retardamento da prestação da tutela jurisdicional.

Uma das soluções para o entrave agora apontado está no efetivo funcionamento dos *juizados especiais criminais*, cuja gênese está na Constituição de 1988 (art. 98) e tem disciplinamento na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995<sup>11</sup>. Toca a esses juizados o julgamento dos crimes de menor potencial lesivo, desafogando – e muito – os juízos convencionais, que assim terão mais tempo para distribuir justiça nos feitos que envolvem crimes mais complexos.

## 6. Conclusões

1ª) A violência pode ser física ou moral, dirigida ao indivíduo ou ao grupo social. Tanto pode ser perpetrada por uma pessoa física como por entes morais, inclusive de natureza pública.

2ª) O direito penal é – e deve cada vez mais ser – o instrumento idôneo para coartar a violência, inclusive a *violência institucional*.

3ª) No caso brasileiro, deve o Estado-administração priorizar as políticas de erradicação da miséria, atacando, assim, a maioria dos problemas que deságuam na violência por todos nós repelida.

4ª) É dever da sociedade oferecer contrapartida à ação do Estado-administração, procurando soluções simples para os problemas sociais tidos, em primeira vista, como incontornáveis. Deve colaborar no ataque às causas da violência (falta de escolas para a infância e para a adolescência; ausência de assistência social para os carentes; desinformação sobre rudimentos de cidadania etc.), não deve restar omissa em colaborar, também, com o rebote aos efeitos da violência, em ações como, por exemplo, de recuperação de egressos penitenciários e de albergamento de apenados a prestação de serviços.

5ª) A presença do direito penal deve ser restrita aos campos da atividade humana onde a tutela oferecida pelos outros segmentos da

ciência penal não tenha sido suficiente. Assim, o alentado número de tipos penais, disciplinando temas que seriam melhor albergados em outros ramos do direito, só implica hipertrofia do direito penal, tornando-o lento e ineficaz, o que provoca seu descrédito pela população.

6ª) A despenalização de condutas que não merecem uma recusa social mais severa é um dos passos para a restauração da mobilidade e da eficácia do direito penal.

7ª) Não pode o direito penal avançar em descompasso com as mudanças econômicas e sociais experimentadas pela sociedade neste final de século. Assim, não pode perder a corrida para a macrocriminalidade, que está armada das mais refinadas técnicas de delinquência, atuando, com destaque, com apoio na cibernética. Verdadeiras *nets* do crime já estão instaladas nos países do Mercosul, e o direito penal tem que progredir para ficar em compasso com o crime organizado, sob pena de não poder combatê-lo com eficiência.

8ª) O processo penal também tem que se modernizar, sob pena de submeter os acusados, principalmente os mais pobres, ao demorado pelourinho do *sub judice*. A demora no julgamento das lides penais bem pode configurar o que se chama de *violência de índole processual*, que é a pior de todas em comento, posto que angularizada, no pólo ativo, pelo próprio Estado-juiz.

9ª) É dever do Estado, por imperativo constitucional, assegurar defesa eficaz aos seus súditos (CF, art. 5º, LV), ofertando defensoria pública de boa qualidade, para que se consiga a isonomia preconizada no *caput* do referido dispositivo.

10ª) A instalação dos *juizados especiais criminais*, previstos no art. 98 da Constituição Federal e materializada a partir da Lei nº 9.099/95, em muito contribuirá para o desafogamento dos juizados penais convencionais, já que cuidará do julgamento das infrações de menor potencial lesivo, com rapidez e em processo célere.

---

<sup>11</sup> A respeito, cf. excelente artigo do Professor TEMER, Michel. Mais justiça para todos. *Folha de S. Paulo*, 9 set. 1995. C. Data Vênia.