

# DESCRIMINALIZAÇÃO: UMA POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA

ANA LÚCIA BARENTIN DA COSTA

Dissertação apresentada ao curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas - especialidade Direito.

Orientador: Dra. Olga IVI. 8. Aguiar de Oliveira

Co-orientador: Dra. Josiane Rose Petry Veronese

Florianópolis, agosto de 1996.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (MESTRADO)

A dissertação DESCRIMINALIZAÇÃO: UMA POLÍTICA CRIMINAL  
ALTERNATIVA.

elaborada por ANA LÚCIA BARENTIN DA COSTA

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada  
para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

Florianópolis, 30 de agosto de 1996.

BANCA EXAMINADORA:

Dra. Olga M. B. Aguiar de Oliveira - Presidente

Dra. Josiane Rose Petry Veronese - Membro

Msc. João José Caldeira Bastos - Membro

Professora Orientadora:

Dra. Olga M. B. Aguiar de Oliveira

Professora Co-orientadora:

Dra. Josiane Rose Petry Veronese

Coordenador do curso:

Dr. José Alcebíades de Oliveira ST

## SUMÁRIO

RESUMO.....	4
RESUMEN.....	6
INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I:RELAÇÃO ENTRE AS CIÊNCIAS CRIMINAIS.....	13
1.1 - DIREITO PENAL.....	17
1.2 - DIREITO PENAL, SISTEMA PENAL E DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL.....	22
1.3 - O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL.....	25
1.4 - CRIMINOLOGIA: O SEGUNDO PILAR DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS.....	28
1.5 - POLÍTICA CRIMINAL, O TERCEIRO PILAR DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS.....	38
CAPÍTULO H:OS PROCESSOS DE DESCRIMINALIZAÇÃO.....	51
2.1- DESPENALIZAÇÃO.....	53
2.2 - DIVERSIFICAÇÃO.....	62
2.3 - DESJURIDICIZAÇÃO.....	63
2.4 - DESCRIMCVALIZAÇÃO.....	64
2.5 - DESCRIMINALIZAÇÃO NA VISÃO DE UM ABOLICIONISTA.....	70
2.6 - CORRENTE MINIMALISTA.....	71
2.7 - INDICAÇÕES DESCRIMEVALIZADORAS.....	74
CAPÍTULO 111:O PENSAMENTO LATINO AMERICANO E A DESCRÍMINALIZAÇÃO.....	88
3.1 - RAUL CERVINI.....	89
3.2 - AUTORES BRASILEIROS E A DESCRIMINALIZAÇÃO.....	99
CONCLUSÃO:.....	127
ANEXO I:.....	138
GLOSSÁRIO:.....	157
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:.....	164

## RESUMO

O objeto desta dissertação consiste na “descriminalização” como uma das propostas da Política Criminal Alternativa.

Tal política visa a humanização do sistema penal e uma atualização das normas penais.

Face a violência com que operam os sistemas penais latino-americanos, causando um número elevadíssimo de mortes, fato agravado pelas estruturas capitalistas de produção e reprodução das relações sociais, a política criminal alternativa descriminalizatória constitui-se num instrumento capaz de realizar “Justiça Social”.

O objetivo geral é o estudo das diversas modalidades de descriminalização propostas pelas correntes teóricas que compõem a Criminologia Crítica.

Na atualidade o tema da descriminalização vem sendo amplamente estudado, discutido e experimentado pelos operadores jurídicos e auxiliares da Justiça Penal: procuradores, promotores, juizes, advogados, delegados de polícia, professores e alunos dos cursos de Direito, resultando tal movimento nas mais diversas propostas de desburocratização do sistema penal.

No Brasil a aprovação da Lei n.9.099/95 é exemplo palpável de reforma penal de cunho despenalizante. Esta Lei propicia a simplificação e celeridade da persecução penal e do julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, deixa-se de utilizar o binômio crime-cadeia como única resposta,

reservando-se a pena privativa de liberdade para punição dos crimes mais graves.

A dissertação encontra-se disposta em três capítulos. O primeiro trata da interdisciplinariedade entre as ciências criminais; Direito Penal, Criminologia e Política Criminal.

O segundo Conceitua as modalidades de descriminalização; diversificação, despenalização, desjuridicização, descriminalização de fato e de jure.

No terceiro capítulo enfoca-se o pensamento de autores latino-americanos a respeito do tema da descriminalização.

Na conclusão aponta-se a necessidade e oportunidade de implementação de uma política criminal descriminalizante.

Trata-se enfim, de uma pesquisa descritiva elaborada através de uma pesquisa bibliográfica e documental, tendo como teoria de base a Criminologia Crítica.

## RESUMEN

El objeto de la disertación consiste en la “descriminalización” como una política criminal alternativa.

La política referida tiene el objetivo de la humanización dei sistema penal e una actualización de las normas penais.

Ante la violência con que operam los sistemas penales latino-americanos, causando un número elevadíssimo de muertes, facto agravado por las estructuras capitalistas de la producción e reproducción de las relaciones sociales. la política criminal alternativa de la descriminalización se constitui en un instrumento capaz de realizar “Justicia Social”.

El objetivo general de la dissertación es el estudio de las diversas modalidades de la descriminalización propuestas peias corrientes teóricas que componem la Criminologia Crítica.

En la actualidad el tema viene siendo ampliamente estudiado, discutido e experimentado por vários operadores dei Derecho Penal e auxiliares de la justicia penal: procuradores, promotores, juezes, abogados, delegados de la policia, profesores e estudiantes de los cursos dei Derecho, resultando tal movimiento en las mas diversas propuestas de desburocratización dei sistema penal.

En Brasil la aprobación de la Ley n.9.099/95 es el mas palpable ejemplo de reforma penal descriminalizante. Esta Ley propicia a simplificación e celeridad en la persecución penal e dei juzgamiento de las infracciones dei menor

potencial ofensivo, dejase de utilizar o binômio crimen-cadena, reservando esta modalidad de punición para los crimens mais graves.

La disertación se encontra configurada en tres capítulos. El primero trata de la relación de intercâmbio entre las ciências criminais: Derecho Penal, Criminologia, e Política Criminal Alternativas.

El segundo conceptua las modalidades de descriminalización: diversificación, despenalización, desjuridicización, descriminalización de facto e de jure.

El tercero capítulo presenta el pensamiento de alguns juristas latino-americanos a respeito dei tema de la descriminalización.

En las conclusiones finales tratase de la necesidad e oportunidad de la implementación de una política criminal descriminalizante.

Es enfim un estudo descriptivo, asentado en una pesquisa bibliográfica e documental, tiendo como teoria de base a la Criminologia Crítica.

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por **objeto** a política criminal alternativa da “descriminalização”, que se constitui numa política de contração do sistema penal e a conseqüente diminuição da violência punitiva decorrente de sua operacionalidade.

Optou-se pelo termo “descriminalização” por ser o mais utilizado pela Criminologia Crítica, teoria de base desta dissertação. São termos sinônimos: desjuridicização, discriminação e desinstitucionalização.

Em razão do quadro de deslegitimação do sistema penal decorrente do não cumprimento de sua programação normativa e da frequente violação dos direitos humanos, apresenta-se a proposta de uma política de descriminalização como alternativa possível para reverter-se tal quadro a curto e médio prazo.

A opção pela política descriminalizatória não significa opção pela total desregulamentação das infrações penais, mas sim a busca de novas formas de controle das situações de conflito, reservando-se o controle penal para a criminalidade de maior nocividade social.

A descriminalização como uma política criminal é proposta contemporaneamente pelas correntes teóricas que constituem a Criminologia Crítica ou Nova Criminologia, surgida na década de setenta do século em curso. Estas propostas político criminais constituem-se em respostas mistas, societais e estatais, aos conflitos criminais.

No modelo misto de política criminal reservam-se as respostas estatais à persecução da macrocriminalidade, e para as infrações de menor



potencial ofensivo reservam-se as respostas societais ou o chamado processo de diversificação.

Através do método indutivo partiu-se do estudo das diversas propostas descriminalizatórias, nas diversas correntes teóricas, para obter-se uma generalização do processo de descriminalização.

Priorizou-se como método de procedimento o enfoque interdisciplinar em decorrência da amplitude do tema e sua interação com outros campos do conhecimento jurídico e das ciências sociais.

A técnica de pesquisa utilizada foi a de pesquisa bibliográfica. O problema formulado foi o seguinte: em que consiste a política criminal alternativa da descriminalização?

Quanto a configuração da dissertação, estabeleceu-se no primeiro capítulo a distinção e relação de interdisciplinariedade entre as ciências criminais: Direito Penal, Criminologia e Política Criminal. Descreveu-se a descriminalização, como uma Política Criminal Alternativa.

Procedeu-se no capítulo seguinte a conceituação dos termos despenalização, desjuridicização, e diversificação, que são etapas do processo de descriminalização. Apontando-se também a visão descriminalizante das correntes abolicionista e minimalista.

Com relação a política criminal alternativa da descriminalização e suas possíveis contribuições sociais, no terceiro capítulo elencou-se o pensamento de alguns intelectuais da comunidade científica da América Latina.

Finalizando o trabalho apresenta-se conclusões quanto a necessidade e oportunidade de implementação de uma política criminal descriminalizante, entendida como instrumento de luta por uma justiça criminal mais humana e compatível com as reais necessidades sociais.

Pretende-se deixar demonstrado na presente dissertação que a política criminal alternativa da descriminalização constitui-se num instrumento para a atualização do Direito Penal, para a redução da violência punitiva praticada pelo sistema penal. E principalmente como meio de reduzir-se os custos sociais econômicos e individuais da aplicação da pena privativa de liberdade. Esta política serve ainda como instrumento de desburocratização da Justiça Penal.

As normas penais não são imutáveis. As relações sociais são complexas e dinâmicas, exigem uma constante atualização do ordenamento jurídico. Essa renovação do Direito Penal pode ser obtida através dos processos de criminalização e descriminalização.

Segundo as concepções da Criminologia Crítica, o problema da violência não se limita unicamente a violência individual tipificada nos códigos penais.

Em qualquer de suas formas a violência é sempre repressão de necessidades e, portanto, violação ou suspensão de direitos humanos.

Os direitos humanos mencionados se apresentam em dois grupos:

1) Grupo dos direitos pessoais: direito à vida, integridade física, liberdade pessoal, liberdade de opinião, de expressão, de religião e também de direitos políticos.

2) Grupo dos direitos sócio-econômicos: o direito ao trabalho, habitação, saúde, educação, alimentação e outros mais.

A violação dos direitos humanos pode ser entendida como sinônimo de injustiça social. E a injustiça social, por sua vez pode ser entendida como **violência estrutural**.

A violência estrutural é a repressão das necessidades reais dos indivíduos, dos grupos e dos povos, e portanto, dos direitos humanos no seu conteúdo histórico social.

A **violência estrutural** é a forma geral da violência, em cujo contexto costuma originar-se, direta ou indiretamente, todas as outras formas de violência:

a) **violência individual**. Quando o agente é um indivíduo.

b) **violência de grupo**. Quando o agente é um grupo, que por sua vez serve-se de indivíduos particulares para executar ações violentas. Pertence a esse tipo de violência aquela realizada por grupos de extermínio e grupos paramilitares.

c) **violência institucional**. Quando o agente é uma das instituições governamentais, por exemplo o governo, o exército ou a polícia.

d) **violência internacional**. Quando a agente é a administração de um Estado, que se dirige com determinadas ações através de órgãos próprios ou de agentes seus, contra o governo e o povo de outro Estado.

Dessa forma, os problemas criminais individuais elencados nos códigos penais, constituem uma parcela do problema social amplo da violência, constituem a chamada criminalidade convencional ou microcriminalidade.

A violência praticada contra minorias étnicas, contra membros de movimentos sociais, políticos, ou sindicais; contra grupos marginalizados do poder sócio-econômico, trabalhadores rurais, mulheres, crianças, homossexuais e outros segmentos discriminados, constitui-se na chamada **macrocriminalidade**. Este tipo de violência é de grande potencial ofensivo e é geralmente excluída do horizonte do conceito de crime.

A violência estrutural e institucional em sua maior parte permanece imune ao processo de criminalização, permanece oculta graças ao alarme social

gerado em torno da criminalidade individual ou convencional. O alarme sobre a microcriminalidade serve para mascarar a proporção real do fenômeno da violência.

A política criminal alternativa da descriminalização, nesse contexto, consiste numa política de contração do âmbito de incidência da intervenção penal sobre a microcriminalidade. Essa contração pode ser obtida através da utilização de alternativas a pena de prisão. Reservando-se desse modo, maior disponibilidade do sistema penal para a criminalização e punição à macrocriminalidade.

## CAPÍTULO I

### RELAÇÃO ENTRE AS CIÊNCIAS CRIMINAIS

Analisa-se neste primeiro capítulo, a relação de interdependência entre os três pilares do sistema das ciências criminais: Direito Penal, Criminologia e Política Criminal. No âmbito da Política Criminal gera-se a política alternativa da descriminalização\ tema principal desta dissertação.

O conhecimento dos conflitos criminais através do método interdisciplinar, que consiste numa troca de informações entre estas ciências, respeitando-se a autonomia de cada uma delas, permite obter-se um saber científico atualizado e mais eficaz.

x

¥

Com referência ao intercâmbio entre as ciências criminais, mais especificamente entre Direito Penal, Criminologia e Política Criminal, MOLINA menciona:

“uma resposta científica ao crime exige um processo lógico que consta de três momentos ou fases: explicativo, decisivo e operativo ou instrumental. A função da Criminologia é reunir um núcleo de conhecimentos verificados empiricamente sobre o problema criminal (momento explicativo). Corresponde à Política Criminal transformar essa informação sobre a realidade criminal, de base empírica, em opções, alternativas e programas científicos, desde uma ótica valorativa (momento decisivo): é a ponte entre a experiência empírica e as decisões normativas. O Direito Penal concretiza as opções previamente adotadas (a oferta político-criminal de base criminológica) em forma de norma ou proposições jurídicas gerais e obrigatórias (momento instrumental ou operativo)”.

Dessa forma, a Criminologia forneceria o diagnóstico sobre os problemas criminais; a Política Criminal elaboraria estratégias para possíveis soluções: e o Direito Penal as sistematizaria em normas formais para aplicação aos casos concretos.

---

" Optou-se pelo termo descriminalização por ser o mais utilizado nas obras que serviram de marco teórico para esta dissertação. São termos sinônimos discriminação, desjuridicização e desinstitucionalização.

^ MOLINA, Antonio Garcia Pablos de - **Criminologia**. p.98.

As ciências que estudam os conflitos criminais, atuando em colaboração com as ciências do “dever ser”. Direito Penal e Dogmática Penal, podem de forma integrada, contribuir na construção de um sistema penal voltado para a realidade, condizente com o mundo dos fatos concretos, o mundo do “ser”.

O intercâmbio entre as ciências acredita-se que seja capaz de possibilitar a produção de conhecimentos abstratos sintonizados com a prática, teoria e práxis social em harmonia. Isto não só no campo das ciências criminais, mas também das ciências sociais.

Quanto ao intercâmbio entre a Dogmática Penal e as demais ciências criminais MOLINA entende que:

“A Dogmática Penal se volta, cada vez mais para a realidade, e as ciências empíricas oferecem sua colaboração ao legislador para resolver os problemas sociais reais. A Política Criminal, enquanto disciplina que oferece aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para o eficaz controle do crime, vem servindo de ponte entre Direito Penal e a Criminologia, facilitando a recepção das investigações empíricas e sua transformação em preceitos normativos”.<sup>^</sup>

A idéia de uma “Ciência Totalizadora ou Globalizadora do Direito Penal”, foi anteriormente sustentada no século XIX por LISZT. Ele sugeria que tal ciência deveria ser composta também pela Antropologia, Psicologia e Estatística Criminal, com o fim de se obter e coordenar um conhecimento científico das causas do crime para combatê-lo eficazmente em sua própria raiz.

A respeito da idéia de LISZT sobre a unificação das ciências criminais, MOLINA enfatiza que a mesma: “Afasta-se, assim, dos clássicos que pretenderam lutar contra o crime sem analisar cientificamente suas causas.

---

<sup>^</sup>MOLINA, A.G.P. de .- Obra citada, p.97.

afasta-se também dos positivistas na medida em que conserva intactas as garantias individuais e os direitos dos cidadãos que, a seu juízo, representa o Direito Penal”.<sup>4</sup>

Na realidade o modelo de “Ciência Totalizadora ou Globalizadora” idealizado por LISZT difere da moderna tendência de atuação integrada das ciências criminais. Aquele modelo consistia na unificação de todas as ciências que estudavam o fenômeno criminal. Na atuação integrada pretende-se um intercâmbio de informações, sem contudo ferir a autonomia de cada uma das ciências.

Sobre a questão do intercâmbio entre as ciências criminais, GOMES tem o seguinte posicionamento:

“Existe na realidade uma relação de complementariedade entre todas as Ciências Criminais, por isso, nada justifica que sejam estudadas em separado; a “visão integralizadora” é, provavelmente, o caminho correto do penalista atual. Nenhum diploma legal pode ser interpretado isoladamente. Mas diferentemente do sistema idealizado por LISTZ, a tendência consiste na realização de um intercâmbio total entre todas as ciências criminais, é dizer, entre o jurídico-normativo e o empírico”.<sup>®</sup>

Diante do que foi exposto, afirma-se a necessidade de uma progressiva aproximação entre Direito Penal e Dogmática Penal e as ciências empíricas, ou seja, entre o mundo do “ser” e do “dever ser”. Esta colaboração entre as ciências penais pode ser o caminho para transformação do mundo jurídico-penal em instrumento para a busca de efetiva “justiça social”.

---

<sup>^</sup> MOLINA, A.G.P. de obra citada, p.132.

<sup>®</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul - **Crime Organizado**, p. 19.



## 1.1 - DIREITO PENAL

O Direito Penal está situado no ramo do direito público interno. Público porque somente o Estado pode exercitar o direito de punir ou *jus puniendi*, aplicando as sanções compatíveis com a conduta antijurídica do infrator. Interno porque somente pode ser aplicado dentro do limite territorial de determinado grupamento social.®

Com relação à inclusão do Direito Penal no Direito Público, FRAGOSO a fundamenta afirmando; “refere-se (o direito penal) sempre a interesses da coletividade. (...) O Estado detém o monopólio do magistério punitivo mesmo quando a acusação é promovida pelo ofendido”. ^

O Direito Penal é estudado ainda sob uma outra divisão; subjetivo e objetivo. Ao Direito Penal Subjetivo corresponde o *jus puniendi*, este direito surge com a existência legal da norma jurídica pertinente. O Direito Penal Objetivo, refere-se ao conjunto de normas positivas, produzidas pelo Estado, vem à ser o ordenamento jurídico penal.

Segundo FALCONI, “O Direito Penal Objetivo, nada mais é que a lei posta à disposição do Estado pelo Estado, mais precisamente pelo segmento a quem compete legislar”.®

Portanto, pode-se concluir que o Direito Penal é um conjunto de normas elaboradas pelo Estado para o exercício do direito de punir e, conseqüentemente, para defender os interesses da coletividade no que tange aos ilícitos penais e a defesa de determinados bens jurídicos.

---

® FALCONI, Romeu - **Lineamentos de Direito Penal**, p.20,

^ FRAGOSO, Heleno Claudio - **Lições de Direito Penal**, p.2.

® FALCONI, R.- Obra citada, p. 19.

Com relação as funções do Direito Penal, apontam-se as seguintes: a punição daqueles que cometem infrações penais; a defesa dos bens jurídicos especificados no ordenamento penal; controle social; conservação da dominação de uma classe sobre outra, graças ao sistema capitalista, etc.

A finalidade de “controle social” ou “função conservadora”, apontada pelas correntes teóricas da criminologia Crítica, nas palavras de CASTRÔ, “não passa da predisposição de táticas, estratégias e forças para a construção da hegemonia, ou seja, para a busca da legitimação ou para assegurar o consenso; em sua falta para a submissão forçada daqueles que não se integram à ideologia dominante”.<sup>®</sup>

A amplitude da temática das funções visíveis e invisíveis do Direito Penal e do sistema penal requereria uma outra dissertação. Portanto, não se aprofunda aqui tal temática.<sup>10</sup>

Quanto as funções do Direito Penal, BATISTA enfatiza que: “Numa sociedade dividida em classes, o Direito Penal estará protegendo relações sociais ( ou interesses, ou estados sociais, ou valores) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução das relações.”<sup>^ ^</sup>

O debate sobre as funções do Direito Penal traz como consequência o debate também sobre as funções da pena e do próprio sistema penal. Conforme entendimento de ZAFFARONI, pode-se afirmar que uma teoria da pena é sempre uma teoria do Direito Penal. O debate científico-político sobre a pena se

---

® CASTRO, Lola Aniyar de - *Criminologia de la liberación*, p. 119.

<sup>10</sup> Ver: BARATTA, A. - “Funções Instrumentais e simbólicas do Direito Penal”, p. 1-34.

<sup>11</sup> BATISTA, N.- *Obra citada*, p. 116.

transforma no debate sobre todo o Direito Penal.<sup>12</sup>

A respeito da questão das funções do Direito Penal, enfatiza BARATTA que a resposta penal apresenta-se como uma resposta simbólica. A pretensão de que tal resposta possa cumprir uma função instrumental de defesa social e de efetivo controle da criminalidade, na qual se baseiam as teorias da pena, como a da prevenção geral e a da prevenção especial, deve através de pesquisas empíricas, considerar-se como falsa ou não verificada.<sup>13</sup>

As funções declaradas, visíveis, aparentes, ou programadas, possuem como contra ponto as funções latentes, ocultas, invisíveis ou não declaradas do Direito Penal. A primeira categoria compreende a proteção dos bens jurídicos e da sociedade. A segunda categoria compreende a conservação e reprodução das relações sociais de dominação das classes privilegiadas social e economicamente, funções estas comprovadas cientificamente.

Esclarecendo a “função conservadora” ou de “controle social”, pode-se afirmar com QUINNEY, o seguinte:

a) na sociedade assentada sobre uma economia capitalista o Estado esta organizado para servir os interesses da classe economicamente dominante;

b) o Direito Penal é um instrumento do Estado e da classe dominante para manter e perpetuar a ordem social e econômica existente;

c) o controle do crime na sociedade capitalista é cumprido através de uma variedade de instituições e agências, estabelecidas e administradas por uma elite governamental, representando os interesses da classe dominante e sua

---

<sup>12</sup> ZAFFARONI, E.R. - Manual de Derecho Penal, p.116.

<sup>13</sup> BARATTA, A. - Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal, p. 10.

ideologia, objetivando estabelecer a ordem doméstica;

d) as contradições do capitalismo exigem a permanente opressão por qualquer meio necessário, especialmente através da coerção e da violência do sistema penal.

Assim, o Direito Penal pode ser compreendido criticamente em termos da preservação da ordem social e econômica existente.<sup>14</sup>

Nas palavras de QUINNEY,

“O direito criminal é usado pelo Estado e pela classe dominante para assegurar a sobrevivência do sistema capitalista. E como sistema capitalista é posteriormente, ameaçado por suas próprias contradições, o direito criminal é, crescentemente, usado na tentativa de manter a ordem doméstica. A classe inferior, a classe que deve permanecer oprimida para o triunfo da classe econômica dominante, continuará a ser objeto do direito criminal enquanto a classe dominante procurar perpetuar a si mesma.”<sup>15</sup>

Afirma-se diante disso, que o Direito Penal é um instrumento que pode servir à uma classe em detrimento de outra. No caso da sociedade capitalista, serve para defender principalmente os interesses e valores das classes detentoras do capital. Para exemplificar aponta-se o apenamento mais rigoroso das infrações penais de cunho patrimonialístico como o roubo. Os conflitos que envolvem valores tais como a vida, a honra, recebem tratamento mais brando. A primeira categoria de infrações é cometida principalmente pelas classes pobres, a segunda categoria é praticada por ambas as classes, ricos e pobres. No Código Penal Brasileiro, o roubo tipificado no artigo 157 tem pena prevista de reclusão de 4 a 10 anos. À lesão corporal prevista no artigo 129, comina-se pena de detenção

---

<sup>14</sup> QUINNEY, Richard - “O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal”, p. 185.

<sup>15</sup> QUINNEY, R. - Idem, p.185.

de 3 meses a 1 ano.<sup>16</sup>®

Com referência as funções da pena, é oportuno lembrar que não só as normas do Direito Penal se formam seletivamente refletindo as relações de desigualdade existentes, mas também o Direito Penal exerce uma função ativa, de reprodução das relações de desigualdade.<sup>17</sup> Isto pode ser visualizado nas estatísticas científicas. Estas demonstram que geralmente é perseguido e sofre condenação os segmentos da população sócio-economicamente mais fracos.

No entendimento de BARATTA, a aplicação seletiva e estigmatizante das sanções penais é um momento supra-estrutural, essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Influencia negativamente sobretudo no *status* social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, obstaculizando sua ascensão. Castigar certos comportamentos ilegais, serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais que permanecem impunes. Desse modo, a aplicação seletiva do Direito Penal tem como resultado colateral a cobertura ideológica desta mesma seletividade.<sup>18</sup>®

As críticas apontadas em relação as funções do Direito Penal, da pena e do sistema penal, servem de incentivo para a criação de alternativas, para repensar a realidade, ou imaginar-se novas possibilidades humanas.

QUINNEY, sobre a imaginação crítica, comenta: “no curso do desenvolvimento de uma imaginação crítica, nós estamos pensando em coisas que nunca foram objeto de conhecimento anterior.”<sup>19</sup>®

---

<sup>16</sup> A respeito da necessidade de atualização das normas penais, ver: item 1.5.4, desta dissertação.

<sup>17</sup> BARATTA, A. - “**Criminologia crítica y crítica dei derecho penal**”, p.173, ver também: BARATTA, A. - “**Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**”.

<sup>18</sup> BARATTA, A. - “**Criminologia crítica...**”p. 173.

<sup>19</sup> QUINNEY, R. - Obra citada, p. 187.

Na investigação crítica da realidade, intenta-se transformá-la. O Direito Penal pode servir de instrumento para efetivação de justiça social. Através da inclusão das políticas criminais nas políticas sociais de desenvolvimento sócio-econômico, ou seja, melhorando-se a qualidade de vida das pessoas, garantindo os direitos básicos como educação, moradia, alimentação, emprego, isto é, direitos sociais, individuais, previstos geralmente nas constituições de cada país, e na legislação supra-nacional.

A justiça social consiste também em punir-se, efetivamente, os crimes de grande nocividade social, ou macrocriminalidade. Crimes estes praticados por políticos, empresários, governantes, pessoas que no exercício de suas atividades, prejudicam segmentos amplos da sociedade com golpes, subornos, ou com a negligência de suas funções.

Dessa forma, o Direito Penal, tendo como limites os direitos humanos em seu conteúdo histórico-social, minimizaria a atuação genocida e seletiva dos sistemas penais.

## 1.2 - DIREITO PENAL, SISTEMA PENAL E DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL.

A distinção entre Direito Penal e sistema penal, segundo BATISTA pode ser entendida como:

" o Direito Penal é um conjunto de normas jurídicas que prevêm os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime, e a aplicação e execução das sanções cominadas. Há outros conjuntos de normas que estão funcionalmente ligadas ao Direito Penal: assim, o Direito Processual Penal, a Organização Judiciária, Lei de

Execução Penal, regulamentos, etc.”<sup>20</sup>

O sistema penal pode ser compreendido como um sistema composto por instituições criadas pelo Direito Penal, normativamente, ou a ele subordinadas. Desenvolvem tais instituições atividades em prol da realização do Direito penal. BATISTA constrói o seguinte conceito; “A esse grupo de instituições que, segundo regras jurídicas pertinentes, se incumbe de realizar o direito penal, chamamos Sistema Penal”.<sup>21</sup>

Entende-se o sistema penal como um sistema de controle social formal, ou seja, institucionalizado ou estabelecido legalmente, constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional. Os sistemas de controle social informais são compostos por instituições como a igreja, família, escola, e outros mais, estes não estão subordinados ao Direito Penal, mas interagem quando da socialização do indivíduo e na formação da opinião pública.

O controle social é operacionalizado graças a harmonia entre os sistemas de controle informal e formal. Esta temática é bastante explorada atualmente pela Criminologia Crítica. BARATTA, com referência a questão do funcionamento da justiça penal e das violações de direitos humanos, enfatiza; “Observando-se o sistema penal como efetivamente é e funciona, e não como deveria ser, sobre as bases das normas legais e constitucionais, podemos dizer que na maior parte dos casos este atua não como um sistema de proteção de direitos humanos, mas como um sistema de violação destes.”<sup>22</sup>

A Dogmática Jurídico-penal pode ser entendida como uma ciência que tem por objeto o ordenamento jurídico-penal positivo. As finalidades desta

---

<sup>20</sup> BATISTA, Nilo - Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, p.24.

<sup>21</sup> BATISTA, N.- Idem, p. 25.

<sup>22</sup> BARATTA, A. “Direitos humanos...”, p. 15.

ciência seriam a interpretação e sistematização do direito, sua coerência lógico-formal. Entretanto como adverte GOMES, o cientista dogmático deveria, num verdadeiro Estado Constitucional e Democrático de Direito, preocupar-se também com a repercussão prática do direito; não apenas com a elaboração de conceitos e sistemas lógicos. Deveria proceder a análise crítica do relacionamento entre os sistemas lógicos elaborados e a realidade a qual se destinam.<sup>23</sup>

O mito da sabedoria da lei, ou da suposição de um legislador racional, coerente, neutro, previdente; e o mito da neutralidade da ciência, ou da isenção da consciência de classe na gramática, historiografia jurídica e na lógica formal, levam à construção de uma ciência dogmática legitimadora da dominação. Uma filosofia da dominação, divorciada da crítica, crítica que deveria fazer parte do método interpretativo.<sup>24</sup>

O desafio que se apresenta ao penalista, na atualidade, é transformar a Dogmática numa ciência aberta, que deixe de ser um instrumento de dissimulação e falseamento da realidade, tornando-se um sistema em permanente renovação e criação, conforme o exige o mundo dos fatos concretos, a vida real das pessoas. Dessa forma, as normas poderiam sofrer via Dogmática Crítica, uma adequada revisão e ajuste.

Esta renovação e adequação das normas penais, apontada como necessária pela Dogmática Crítica, poderia ser alcançada através da política criminal alternativa de descriminalização e de criminalização, instrumentos que podem operar simultaneamente num mesmo processo renovador.

Em tal sentido, é procedente descriminalizar de forma paulatina os

---

<sup>23</sup> GOMES, L.F.- *Obra citada*, p.17.

<sup>24</sup> BATISTA, N.- "Introdução crítica...", p.121.



delitos que podem ser melhor resolvidos fora do sistema penal, criminalizando ao mesmo tempo, quando não haja outro recurso, as condutas socialmente nocivas praticadas por grupos privilegiados pelo manejo de variáveis de poder, como os crimes do colarinho branco. Entretanto, sempre procedendo a uma avaliação dos custos sociais e individuais dessas novas normas incriminadoras.<sup>25</sup>

### 1.3-0 PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL.

Quando se fala em democracia, em Estado Democrático de Direito, imprescindível falar-se do Princípio da Reserva Legal.

Conforme entendimento de FALCONI; “Democracia é, antes de mais nada, o conhecimento e o reconhecimento de direitos. Em não se respeitando esses pressupostos básicos, não há que se falar em democracia e liberdade, vez que uma coisa está inserida na outra.”<sup>26</sup>

O Princípio da Reserva Legal, conforme o artigo primeiro do Código Penal de 1940, consiste no seguinte; “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

Assim, um fato para ser crime deve estar previsto na lei. A acusação e o conteúdo punitivo, por sua vez, também devem estar anteriormente previsto na lei para serem válidos. Desta forma o cidadão fica protegido contra o abuso de poder dos governantes. Só será punido aquele que infringir a lei que está escrita, positivada, ao alcance e conhecimento de todos.

---

<sup>25</sup> CERVINI, Raul - *Los Procesos de Descriminalización*, p.163.

<sup>26</sup> FALCONI, R.- *Lineamentos de Direito Penal*, p.97.

Em matéria criminal o princípio ora em análise protege ainda o cidadão contra arbitrariedades do julgador que, “torna-se adstrito ao direito positivo, à lei. Não pode o juiz, recorrer às várias fontes do Direito para interpretar o fato e aplicar sanções. Essa adequação - fato típico x sanção - nasce do próprio texto legal, sem permitir ao juiz recorrer as outras fontes convencionalmente usadas nos demais ramos do Direito.”<sup>27</sup>

O Princípio da Reserva Legal quando desrespeitado, traz como consequência imediata a aplicação do princípio da nulidade: “*Nulum crimen, nulla poena sine lege*”. Este princípio determina que nulo é o crime, nula é a pena sem lei que os defina anteriormente. Ambos os princípios são garantias de liberdade ao cidadão e respeito aos seus direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo quinto e incisos, como por exemplo;

- a) igualdade de todos perante a lei;
- b) proibição de tortura, tratamento desumano ou degradante;
- c) assegurar o direito de resposta e indenização por dano material, moral ou à imagem;
- d) inviolabilidade de consciência e de crença, da intimidade, da vida, da honra e de imagem de pessoas;
- e) inviolabilidade da casa do indivíduo, das correspondências, comunicações telefônicas, telegráficas (salvo por ordem judicial);
- f) livre locomoção no território nacional;

---

<sup>27</sup> FALCONI, R.- Obra citada, p,98.

g) liberdade de associação para fins lícitos;

h) a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais ;

i) direito ao devido processo legal, etc.

Os direitos e garantias individuais são considerados cláusulas intocáveis, não podem ser modificados por legislação inferior a constitucional, nem por legislador que não esteja de posse do “Poder Constituinte” conforme dispõe o art.60, IV, da Constituição brasileira.^®

Na Constituição brasileira o Princípio da Legalidade, elencado no artigo quinto, inciso II, dispõe que: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. Este princípio reafirma o Princípio da Reserva Legal, previsto no artigo primeiro do Código Penal Brasileiro em vigência.

Em relação ao Princípio da Legalidade, conclui-se que o Estado Democrático e Constitucional de Direito, constitui-se num estágio mais avançado que o do Estado Democrático de Direito. Neste estágio, a elaboração das normas penais e a atuação do sistema penal, respeitam as disposições da Constituição Federal. As normas penais não devem ser apenas legais, mas também respeitadoras dos princípios e normas constitucionais, principalmente as concernentes aos direitos e garantias fundamentais.

Na História brasileira encontram-se fases em que as leis penais e o sistema penal infringiam a Constituição Federal, mas mesmo assim considerava-

---

^® Sobre a inconstitucionalidade das normas violatórias das cláusulas pétreas, ver: SILVA, Moacyr Motta da. “Notas sobre a revisão constitucional. p.52-59. Ver também: MORAIS, José Bolzan de. “Estado democrático de direito e neoliberalismo no Brasil...”p.46-51.

se Estado Democrático de Direito, como por exemplo na época da ditadura militar.

MAIOR NETO, a respeito da temática ora em análise, expõe que:

“O princípio da legalidade dos delitos e das penas, é considerado como a pedra de toque de todo o sistema punitivo. Mediante sua ação, o poder de punir exercitado pelo Estado perde o caráter absoluto e passa a ter limitação jurídica. De se bojo retiram-se as regras da irretroatividade da lei penal em prejuízo do acusado, de que só a lei escrita pode ser fonte de normas incriminadoras, da proibição do emprego da analogia em relação às normas incriminadoras e de que as leis penais devem descrever fatos puníveis de maneira precisa inequívoca, sem deixar dúvidas sobre sua proibição.”<sup>29</sup>

Concluindo, enfatiza-se a idéia de que o Direito Penal, como conjunto de normas que regulamentam o direito de punir, e o sistema penal como o conjunto dos órgãos que efetivam o cumprimento dessas normas, num Estado Democrático Constitucional de Direito, encontram ambos como limites intransponíveis, invioláveis, os “Direitos e Garantias Fundamentais”, tutelados na Constituição Federal.

#### 1.4 - CRIMINOLOGIA: O SEGUNDO PILAR DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS.

A função da criminologia contemporânea é reunir um núcleo de conhecimentos verificados empiricamente sobre o problema criminal. O que constitui-se no momento explicativo, que juntamente com o momento decisivo desenvolvido pela Política Criminal e o momento operativo desenvolvido pelo Direito Penal, constituem as três fases da resposta científica ao crime.<sup>^o</sup>

---

2© MAIOR NETO, Olympio de Sá Souto. “Considerações críticas em tomo de três princípios fundamentais do direito penal.” p.36.

<sup>30</sup> MOLINA, A.G.P. de .- Obra citada, p.98.

Na atualidade a Criminologia, segundo o pensamento de CASTRO, será entendida como a “atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante; os processos de infração e desvio destas normas; e a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado; o seu processo de criação, a sua forma e conteúdo e os seus efeitos”.<sup>31</sup>

Esta ciência em sua evolução teve seu objeto de estudo ampliado. Numa primeira etapa ocupava-se do estudo do crime, tipificado pelo Direito Penal, e do criminoso, individualmente, desprendido do contexto social, político e econômico. Em etapa posterior, passou a ocupar-se do crime e do criminoso, num estudo que levava em conta aspectos sociológicos, de forma individualizada. Os aspectos político e econômico eram ainda desprezados. Na etapa atual, tem por objeto de estudos o delito, o delinqüente, a vítima, o controle social, e principalmente o estudo das instituições penais e do próprio Direito Penal, levando em conta os aspectos jurídicos, políticos, sociais, econômicos, que estão sempre inseridos e interligados no interior dos problemas criminais.

Para CASTRO, a criminologia englobaria os seguintes aspectos:<sup>^^</sup>

- 1) a sociologia do Direito Penal e do comportamento desviante;
- 2) a etiologia do comportamento delitivo e do comportamento desviante;
- 3) a reação social, compreendendo a psicologia social correspondente;

---

<sup>31</sup> CASTRO, Lola Aniyar de - Criminologia da Reação Social, p.52.

<sup>32</sup> CASTRO, L.A. de .- Idem, ibidem.

4) as penas e outras medidas e a análise das instituições que as executam.

A Criminologia Positivista, cujos objetos de estudos eram o crime e o criminoso, fornecidos pela lei penal, alcançava a metade do segundo aspecto definido no conceito acima mencionado. Tal criminologia construía uma etiologia do comportamento delitivo, preocupando-se apenas em descobrir as causas do crime.

A respeito das características da Criminologia Positivista, BATISTA menciona que :

“Quando a criminologia positivista (surgida no início do século XIX) não questiona a construção política do direito penal (como, por quê e para quê se ameaçam penalmente determinadas condutas e não outras que atingem determinados interesses, e não outros, com o resultado prático estatisticamente demonstrável, de se alcançar sempre pessoas de determinada classe e não de outra), nem a aparição social de comportamentos desviantes (seja pelo silêncio estratégico do legislador, que não converte aquilo que a maioria desaprova - desviante - em delituoso, seja pelo descompasso entre vetustas bases morais, a partir das quais se instalaram instrumentos de controle social, e sua incessante transformação histórica, seja até pela própria etiologia enquanto processo social individualizável), nem a reação social (desde as representações do delito, do desvio, da pena e do sistema penal, dispersas no movimento social, ou sinalizadas na opinião pública e nos meios de comunicação, até o exame das funções, aparentes e ocultas; que a pena desempenha, nomeadamente a pena privativa da liberdade, tal como existe e é executada pelas diversas instituições que dela participam); quando a Criminologia positivista não questiona nada disso, ela cumpre um importante papel político, de legitimação da ordem estabelecida”. “

Nesse sentido, a criminologia conservadora pode ser apontada como aquela que se limita à realidade jurídica, servindo de conselheira da sanção penal, distanciada da realidade social. As suas descobertas e explicações limitam-se a

---

<sup>33</sup> BATISTA, Nilo - Obra citada, p.30.

criminalidade denunciada e perseguida oficialmente pelos órgãos do sistema penal, desprezando a ampla parcela da criminalidade oculta. Esta é constituída pela parcela da criminalidade não perseguida, não denunciada, como a praticada por esquadrões da morte; tortura nas delegacias, prisões e outros órgãos oficiais de controle social; escravidão de trabalhadores rurais; a quebra dos direitos e garantias individuais, geralmente previstos na constituição dos países democráticos; a criminalidade ecológica; corrupção ou crimes do colarinho branco.

A soma da criminalidade aparente, composta pelos problemas criminais denunciados judicialmente, com a criminalidade oculta, resulta na totalidade real da problemática criminal, investigada pela Nova Criminologia.

A Nova Criminologia ou Criminologia Alternativa, acolhe em seu interior diversas tendências. Dentre elas a Criminologia Crítica, na Inglaterra; a Criminologia Radical, nos Estados Unidos da América; a Criminologia da Reação Social, na América Latina; a Economia dos Delitos, na Inglaterra, e outras.

Estas tendências surgem como uma reação à criminologia conservadora ou positivista, desenvolvendo-se sob o método dialético, que vem à ser a aplicação de categorias do “Materialismo Histórico”, pode-se chamar de neomarxismo a essa reação.

No Brasil, o trabalho pioneiro foi elaborado por LYRA FILHO<sup>34</sup>, que publicou em 1972 uma obra intitulada “Criminologia Dialética”. Neste mesmo ano, um grupo de estudiosos se reúne na Europa e publica um manifesto denominado “Grupo europeu para o estudo da conduta desviada e do controle social”. Em 1975, o mesmo grupo publicou manifesto intitulado “O compromisso é como um

---

<sup>34</sup> LEMA, Sergio Roberto. **Para uma teoria dialética do Direito**: um estudo da obra do prof. Roberto Lyra Filho. Dissertação (Mestrado em Direito) - UFSC. Florianópolis, 1995.

programa teórico e prático, que se preocupa em relacionar os sistemas de domínio e de controle com as estruturas de produção e divisão do trabalho”.<sup>35</sup>

A Criminologia Crítica, ou Alternativa, é um movimento que por elaborar novos conhecimentos à respeito dos problemas sociais relacionados com a conduta desviada, e com aquelas condutas tipificadas como crime, gera a necessidade de implantação de uma Política Criminal Alternativa. Esta constitui-se numa alternativa à Política Criminal Tradicional, ou Positivista, que tem se limitado a política da pena e da execução penal.

A Criminologia Alternativa, ficou conhecida como “Nova Criminologia” a partir do marco teórico que foi a obra coletiva de TAYLOR, WALTON e YOUNG, intitulada *The New Criminology*. A obra reúne um conjunto de ensaios fundamentais da moderna criminologia, com base teórica e metodológica comum e uma significação concreta para as lutas políticas nas sociedades de classe. A base teórica comum é definida pelas categorias do materialismo, centrada nos conceitos gerais de modo de produção, classes sociais, ideologia, etc., que permitem apreender o movimento histórico como processo contraditório movido pela luta de classes. Fenômenos históricos como o crime são pensados em sua inserção nas relações estruturais e superestruturais, reveladas pelo instrumental teórico utilizado, inseparável do método que o caracteriza: o método dialético.

SANTOS, com referência a problemática da Nova Criminologia, entende que:

“O problema teorizado não se limita ao Sistema de Justiça Criminal, como constituído pelas normas definidoras de comportamentos criminosos e pelos aparelhos e processos de repressão (a polícia, o Judiciário, a prisão, etc.).

---

<sup>35</sup> ARAÚJO Jr. ; João Marcelo - "Os Grandes movimentos...", p.148.



mas compreende a política criminal vigente em formações sociais historicamente determinadas, em que domina um modo de produção da vida social, com classes diferentes pelo lugar ocupado no processo produtivo (basicamente, proprietários dos meios de produção e possuidores da força de trabalho) articuladas numa relação de exploração econômica e dominação ideológica.”<sup>36</sup>

A Nova criminologia questiona os esquemas políticos e jurídicos da ordem social constituída, opondo-se aos métodos positivistas predominantes na criminologia oficial conservadora. Esta criminologia oficial compõe-se pelas classes que detém o poder, poder de legislar, poder de definir conceitos, e que disfarçam em sua base científica a ideologia classista, conservadora e repressiva.

As questões do crime e do controle do crime, da repressão, do estudo das estruturas e das instituições da violência dominantes nas sociedades capitalistas, e das teorias que abriram caminho para se fazer criminologia crítica, como a teoria da anomia, as teorias subculturais, teoria da organização e associação diferencial, teorias ecléticas e fenomenológicas, são tratadas por CIRINO DOS SANTOS em obra intitulada “As raízes do crime”<sup>37</sup>. Com relação a tais questões e transformações da Criminologia, o autor expõe que:

“a grande transformação teórica da criminologia contemporânea é representada pela transposição de uma *criminologia do autor* para uma *criminologia das condições objetivas estruturais e superestruturais de existência do indivíduo-autor*. A criminologia do autor se caracteriza por um paradigma etiológico<sup>38</sup> concentrado na decisão livre (teoria clássica) ou determinada do sujeito (teorias genéticas, etológicas, biopsicológicas, psicanalíticas, sociológicas e ecléticas ou multifatoriais), ou das percepções e atitudes do sujeito em face da atuação dos aparelhos de controle social (teorias fenomenológicas e rotuladoras), por outro lado.

<sup>36</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos - Criminologia Crítica, p.10.

<sup>37</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos - As Raízes do Crime, p. 1-53.

<sup>38</sup> A distinção entre os termos etiologia e etologia é a seguinte: o termo etiologia, é utilizado como sinônimo do estudo das causas das doenças. A Criminologia tradicional considerando o crime uma anomalia individual, contról um paradigma etiológico da criminalidade. O termo etologia significa tratado dos costumes, usos e caracteres humanos, estudo dos hábitos dos animais e da acomodação dos seres vivos às condições do ambiente. Diz-se teorias criminológicas etológicas àquelas que estudam o crime como consequência de fatores ambientais.

a criminologia das condições objetivas estruturais e superestruturais de existência do indivíduo-autor tem sua base nas estruturas econômicas da sociedade, configuradas pelas relações de produção dominantes e nas superestruturas políticas e jurídicas de controle e reprodução social, em que se articulam as relações de poder hegemônicas pelas classes dominantes. Enquanto a criminologia do autor (tradicional ou conservadora) pressupõe um sujeito "anormal" (natureza predeterminada por várias patologias individuais) e o crime como realidade ontológica pré-constituída ao sistema de controle social (leis e aparelhos de repressão criminal), a criminologia das condições objetivas estruturais e superestruturais da vida social (crítica ou radical) estuda sujeitos e coletividades como produtos do conjunto das relações sociais, e desloca a atenção para os processos histórico-genéticos dessas relações sociais, definidas pelas estruturas de produção material e pelos sistemas ideológicos de dominação, que produzem e transformam a chamada "natureza humana", não como dado natural acabado, mas como produto histórico em formação".<sup>39</sup>

A Nova criminologia pode ser compreendida como uma nova maneira de buscar explicações para os problemas sociais que envolvem o delito e a conduta desviada.<sup>40</sup> Extrapola os limites fixados nas leis penais e na Dogmática Penal, extrapola inclusive a própria ciência criminológica, questionando-a para uma possível reconstrução comprometida com a realidade social.

Tal Criminologia, divergindo do Movimento de Lei e Ordem, procura explicações para as questões criminais, elabora estratégias político-criminais, possíveis alternativas para tais problemas. Evita cair na utopia de crer que ao sistema penal e às ciências criminológicas, competiria única e exclusivamente, solucionar os problemas criminais. Estes são também problemas sociais, e portanto, exigem sua inserção nas políticas sociais.

---

<sup>39</sup> SANTOS, J.C. dos *Obra citada*, p.60.

<sup>40</sup> A distinção entre conduta desviada e delito é a seguinte: a conduta desviada consiste em infrações a normas culturais, morais, enfim, normas não penais, já o delito consiste em infrações as normas penais. Exemplo de conduta desviada pode-se apontar o homossexualismo, e como exemplo de delito encontra-se o furto.

### 1.4.1 - Violência e a política da descriminalização.

Dentre os nomes mais expressivos da criminologia Latino-americano estão os seguintes: Rosa dei Olmo, Argenis Riera, Lola Aniyar de Castro, Julio Mayaudon, Juan Manuel Mayorca, Mirla Linares, Audelina Tineo Suarez, Emílio Mendez, Tamara Santos, Roberto Bergalli, David Baigún, Emiro Sandoval Huertas, Carmen Antoni. Dentre os quais, destacam-se os brasileiros Roberto Lyra Filho, José Ricardo Ramalho, Dilson Volta, Nilo Batista, Virgilio Donnici, João Mestieri, Miguel Reale Jr., sociólogos, juristas, criminalistas, penalistas, ocupados com a luta por justiça social compatível com a realidade da nossa região periférica, principalmente com a questão da violência intitucional e estrutural.

SANTOS a respeito da violência na América Latina, expõe que:

"A *violência primária* na América Latina é de natureza *estrutural e institucional*: a primeira modalidade define a violência das relações capitalistas de produção, exacerbadas nas áreas subdesenvolvidas, dependentes e superexploradas do Terceiro Mundo, e constitui a base, origem e a determinação geral de todas as outras espécies particulares de violência pessoal; a segunda modalidade define a violência oficializada, produzida pelo Estado, por seus aparelhos de poder e órgãos de repressão e pelo sistema legal, constituído de normas jurídicas coativas que disciplinam as relações sociais, garantindo e reproduzindo a violência de relações de produção injustas, que geram e permanentemente ampliam a exploração, a miséria, a fome, as doenças, o desemprego, analfabetismo, o envelhecimento precoce, a morte prematura, a mortalidade infantil, etc., e toda ordem de sofrimentos, angústias e desesperos que dilaceram os povos latino-americanos. Essa violência primária, estrutural e institucional, explica a violência pessoal (secundária e condicionada), como reações individuais de sujeitos obrigados a viver em condições sociais adversas, respondendo, irracionalmente, às frustrações e fúrias contidas ao longo das experiências de vidas penosas, que os castiga e violenta permanentemente, antes e independentemente da comissão de quaisquer ações definidas pelo poder político como crime."<sup>41</sup>

O referido autor na obra em análise, sintetiza a realidade

---

<sup>41</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos - As raízes do crime, p.70.

criminológica da América Latina em três direções:

1 ) A repressão impiedosa das classes dominadas, especialmente os setores do proletariado urbano e rural não integrados no mercado de trabalho, caracterizando uma força de trabalho ociosa e excedente. Sobre as quais incidem os códigos penais e outras leis especiais ainda mais rigorosas, a polícia, os tribunais e as prisões.

2) A impunidade das classes dominantes com suas práticas anti-sociais ou a chamada criminalidade do colarinho branco; a impunidade complementar do terror institucionalizado através de torturas, assassinatos de presos políticos, mortes causadas pelos esquadrões da morte compostos de grupos militares e paramilitares, tortura de presos comuns; genocídio de índios; tráfico de escravos para venda como trabalhadores, que terminam confinados em “campos de concentração” de empresários rurais, geralmente estrangeiros. Essas práticas generalizam-se na América Latina em consequência da sua absorção e integração no mercado mundial, sob a égide do imperialismo.<sup>42</sup>

3) A terceira forma de violência institucional é causada pelo imperialismo ideológico. Este impõe à região o consumo de teorias importadas, em todas as ciências, principalmente na área das ciências do controle social e do crime. Exemplo disso apontam-se as criminologias positivistas, biológicas, etológicas, psicológicas, psiquiátricas, genéticas, sociológicas e fenomenológicas, e a sua condensação em códigos penais, com políticas criminais literalmente transplantadas dos países imperialistas, como cópias de sua legislação.<sup>43</sup>

SANTOS, com referência a violência individual e sua relação com a violência estrutural e institucional observa:

<sup>42</sup> SANTOS, J.C. dos - As raízes do crime, p.71. Quanto ao imperialismo, o autor entende que este processo atualmente tem a forma de uma transnacionalização ou globalização da economia, caracterizado por toda uma prática neoliberal utilizada por governantes, políticos, empresários, na busca de maiores lucros através de menores custos e do aniquilamento de trabalhadores e crescimento da miserabilidade dos não integrados ao mercado de trabalho e as novas tecnologias.

<sup>43</sup> SANTOS, J.C. dos. - Idem, p.71.

“A violência individual é teorizada como realidade separada, sem relação com e independente da violência estrutural e institucional, agravada pela dependência econômica, política e cultural da América Latina, caracterizando a atitude descomprometida do criminólogo latino-americano em relação à nossa realidade periférica, exclusivamente preocupado com parcela dos problemas da violência individual, ignorando os processos discriminatórios na administração da justiça criminal e as distorções de classe de todo o processo de criminalização desde a produção de normas penais até a atuação do sistema carcerário, que causam a violência institucional, juntamente com a violência estrutural das relações capitalistas de produção e exploração gerando-se dessa forma uma criminologia dominante, uma agressão informe de conhecimento vulgar e empirismo bruto, que mantém e justifica as estruturas que viabilizam a ação econômica e política predatória do imperialismo e o massacre histórico de seus povos e países”.<sup>44</sup>

Na América Latina se desenvolve uma nova criminologia, trabalha na transformação das estruturas econômicas e dos sistemas superestruturais políticos e jurídicos do Estado predominantes, que produzem e reproduzem, no contexto das relações sociais um capitalismo subdesenvolvido e dependente do imperialismo internacional, produzindo e reproduzindo dessa maneira os problemas do crime e do controle do crime.

A Nova Criminologia traz como consequência a exigência de uma Nova Política Criminal. Assim, dentro desta Nova Política Criminal desenvolve-se a política da descriminalização, que vem sendo adotada por legisladores, professores, magistrados, e políticos que primam pela democracia nas relações sociais.

A política da descriminalização consiste basicamente em retirar-se o caráter criminal de determinadas condutas, propondo-se alternativas de controle não penal. Os processos alternativos de descriminalização serão tratados especificamente no segundo capítulo da presente dissertação.

---

<sup>44</sup> SANTOS, J.C. dos. - **As raízes do crime**, p.74.

## 1.5 - POLÍTICA CRIMINAL, O TERCEIRO PILAR DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS.

Inicialmente aponta-se a complementariedade entre as ciências que tratam dos problemas criminais como premissa indispensável para a produção de uma moderna e eficiente Política Criminal. O intercâmbio entre estas ciências criminais e as demais ciências sociais, é outra premissa para obter-se respostas condizentes com a realidade social.

Nesta forma integrada, a Política Criminal Alternativa deve se ocupar de traçar estratégias e propostas para o controle dos problemas sociais criminológicos, levando em conta as descobertas explicativo-empíricas da Criminologia Alternativa. Estas estratégias deverão ser elaboradas respeitando principalmente as normas constitucionais referentes aos direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição Federal Brasileira, em seu artigo quinto e incisos.

Tais estratégias, se remetidas à uma sistematização normativa, e se efetivadas, contribuirão na construção de um Direito Penal aberto; não mais isolado da realidade social, constituindo-se assim, uma sintonia afinada entre o normativo jurídico e o empírico, isto é, entre o mundo do “ser “ e o do “dever ser”.

No sentido de aproximação entre as normas e os fatos concretos da realidade social, faz-se a crítica à Lei dos Crimes Hediondos, e à Lei do Crime Organizado, surgindo dessa forma uma nova postura dogmática. Segundo GOMES, a dogmática crítica pode ser entendida como um comprometimento com os direitos e garantias fundamentais, com a chamada constituição material, em suma, com a dignidade do ser humano.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> GOMES, L.F.et al - O crime organizado, p.23.

A crítica faz parte da metodologia penal. De acordo com GOMES, “O método adequado para o estudo da Ciência Penal não pode deixar de lado a Política Criminal, que deve influenciar a interpretação do Direito Penal positivo e, por consequência a formação do sistema dogmático e a muito importante matéria da determinação da pena, ponto fundamental dos problemas político-criminais”.<sup>46</sup>

No Estado Democrático e Constitucional de Direito, a legalidade das estratégias político-criminais, previstas na Constituição Federal Brasileira no artigo quinto, inciso II, e no Código Penal Brasileiro em seu artigo primeiro, consiste no respeito aos direitos e garantias fundamentais. Portanto, não basta ser lei, é necessário que as normas penais estejam conforme a Constituição, que é a conquista mais valiosa da sociedade brasileira nos últimos tempos.

Para MOLINA, “o momento agora é de reunificação, sem que cada ciência perca sua autonomia investigativa e científica. O correto parece ser a integração da Criminologia, com seu método empírico, indutivo e interdisciplinar com a política criminal, bem como a desta com o Direito Penal, (...) trata-se de uma renovação metodológica”.<sup>47</sup>

Com a integração das ciências penais, estaria a se fazer ciência capaz de contribuir nas soluções dos problemas sociais mais eficazmente.

A respeito de tal problemática GOMES observa que: “Frente a uma Ciência do Direito meramente formalista ou conceitualista (estritamente sistematizadora), uma ciência de ‘professores’, concebida como mera reprodução da lei isolada da realidade social e de suas necessidades, valorativamente neutra e reacionária, do ponto de vista político, surge a Política Criminal como solução

---

<sup>46</sup> GOMES, L.F.et al - Obra citada, p.23.

<sup>47</sup> MOLINA, A.G.P. de. - Criminologia, p.141.

alternativa”.<sup>48</sup>

Dessa forma, entende-se a importância do papel da Criminologia e Política Criminal Alternativas na solução dos problemas sociais relativos ao crime. A primeira investiga tais problemas, elabora uma teoria que leve em consideração as reais necessidades dos indivíduos, deixando disponível um arsenal teórico capaz de diminuir a seletividade e desigualdade do funcionamento do sistema penal. A segunda, conforme BARATTA, elabora políticas de grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas, com vistas à superação das relações sociais de produção capitalistas.<sup>49</sup>

### 1.5.1 - Estratégias Político-criminais alternativas.

As estratégias elaboradas pelas diversas tendências que compõem a Nova Criminologia são as mais variadas possíveis. Postulam desde a abolição do próprio sistema penal, a sua contração, até a abolição da pena privativa de liberdade. A política da descriminalização constitui-se numa destas estratégias da Política Criminal Alternativa.

Dentre as diversas propostas político-criminais, elaboradas pelas correntes da Nova Criminologia, elegeu-se a proposta da descriminalização como objeto da presente dissertação, reservando-se o segundo capítulo para apresentar-se tal política na visão abolicionista, minimalista e da corrente do realismo marginal criminológico.

---

<sup>48</sup> GOMES, LF. - Obra citada, p.19.

<sup>49</sup> BARATTA, A. - “Criminologia crítica...”, p.214.



As principais propostas político-criminais e indicações descriminalizatórias propostas pela Criminologia Crítica são:<sup>50</sup>

a) Deve-se excluir do sistema penal a chamada “criminalidade de bagatela”. Esta indicação tem o objetivo de excluir do sistema penal aquelas condutas tais como: pequenos furtos em lojas e supermercados, pequenos contrabandos praticados por vendedores ambulantes, casas de jogos, casa de prostituição, para os quais a legislação municipal e ou estadual, possuem regulamentação. Estas são condutas que podem ser regulamentadas fora do campo penal, administrativamente.

CASTRO, com relação a esse princípio, afirma que deve-se descriminalizar quando for possível recorrer a outros meios, não penais, para a solução do conflito.<sup>51</sup>

b) Aconselha-se que sejam descriminalizadas aquelas condutas não mais consideradas indesejáveis pela sociedade. Nesta pauta entende-se como comportamento não mais indesejável o que deixou de ser punido, denunciado, perseguido pelas pessoas envolvidas, por exemplo a conduta de apostar no jogo do bicho.

c) Não devem ser incriminados aqueles comportamentos que apesar de nocivos extrapolam por sua natureza o âmbito das normas penais. Encontra-se nesta pauta a preocupação com as causas do problema. Estas devem ser controladas pela sociedade através de políticas sociais preventivas ao invés de perseguição e punição via sistema penal. Apontam-se como exemplos os conflitos relativos ao consumo de drogas ilícitas.

d) Descriminalizar quando possível transformar-se fatores exteriores à conduta. Ao invés da intensa perseguição via sistema penal, a doutrina indica a

<sup>50</sup> CERVINI, R. “ Los procesos...”, p.162.

<sup>51</sup> CASTRO, Lola Aniyar de - *La Realidad contra los mitos*, p. 227.

transformação dos fatores exteriores, como forma de prevenção dos delitos. Como por exemplo: aumentar a segurança das empresas, lojas, supermercados, auto-serviços; redesenhar veículos para diminuição dos acidentes de trânsito: racionalização do trânsito pela engenharia de tráfego, etc.

e) A Lei penal não deve incluir proibições cujos subprodutos sejam mais danosos que a conduta que tende a desalentar. Neste caso o consumo de drogas também pode servir como exemplo. Vários estudiosos do assunto sustentam que certas drogas, como a maconha por exemplo, não são prejudiciais, o que realmente causa dano é o mercado negro criado pela proibição penal de seu consumo. Graças à esse mercado negro, o consumidor passa a ter contato com drogas muito mais nocivas. E através da condenação penal sofre efeitos irreversíveis, como o fenômeno da prisionalização, ou assimilação da cultura do crime, e também da estigmatização, decorrente do fato de que a sociedade o olhará como um criminoso mesmo após ter cumprido pena. O consumo das drogas lícitas juntamente com as drogas ilícitas, deve ser tratado extrapenalmente como problema social, pois a proibição e perseguição via sistema penal só agrava o problema.

f) A lei penal não deve ser usada como instrumento para obrigar-se as pessoas a agirem em seu benefício próprio. Nesta pauta descriminalizatória a doutrina latino-americana condena toda norma penal situada na ordem moral, cite-se como exemplo o homossexualismo, a prostituição (entre pessoas adultas), o adultério que pode ser punido civilmente através do divórcio.®^

A respeito deste princípio CERVINI lembra que as modernas concepções descriminalizatórias propendem a que a sociedade e a lei penal especificamente, permitam às pessoas relacionar-se como melhor entenderem,

---

“ o sistema normativo brasileiro não incrimina as condutas do homossexualismo e prostituição. Mas como é sabido estas condutas sofrem tratamento desigual e violento por parte do sistema policial.

sem importar o quão desviante ou imoral seja, que as leis penais em torno das atividades sem vítimas sejam revisadas com vistas a uma possível derrogação.<sup>53</sup>

g) Deve-se descriminalizar os chamados delitos sem vítima. Os delitos sem vítima são o campo mais propício para colocar-se em prática, sem maiores resistências, o ideal da mínima inten/enção penal. A corrente do direito penal mínimo define estes delitos como aqueles em que não há acusação de parte. São atos cometidos entre adultos, com consentimento mútuo. Como exemplo cita-se o homossexualismo, a prostituição, o consumo de drogas, o alcoolismo, a tentativa de suicídio, os jogos ilícitos, a bigamia, o adultério. Afirma-se que estes dois últimos delitos, têm sua incriminação em decorrência da proteção da fidelidade do casal. Problema de ordem exclusivamente moral, para o qual o direito civil, através do divórcio e da separação judicial é um meio suficiente para a devida tutela aos direitos patrimoniais.

CASTRO alerta não ser pacífico o entendimento a respeito do conceito de crimes sem vítimas, visto que em algumas destas condutas discute-se a existência ou não de vítimas. Os textos penais apontam em muitos casos o conceito de sociedade como vítima.<sup>®^</sup>

A citada criminóloga adverte da dificuldade de generalização e univocidade de um conceito global para os delitos sem vítima. Não é só a inexistência de vítimas o que promove a tendência descriminalizadora. Uma série de outras pautas conduzem inequivocamente ao mesmo resultado. Para o adultério se assinala a enorme cifra negra que caracteriza este delito e o seu cometimento por um número considerável de pessoas. Para a descriminalização do aborto, aduz-se que a vida começa após o nascimento; que é necessário ter

---

<sup>®</sup> CERVINI, R. - *Los procesos de descriminalización*, p. 162.

<sup>^</sup> CASTRO, Lola Aniyar de - *La realidad contra los mitos*, p. 228.

nascido para ser considerado pessoa jurídica. Sobre o consumo de drogas, alega-se que o Estado não deve arrogar-se, pela via penal, coercitivamente, a proteção da saúde individual, pois deveria então fiscalizar também os menús diários dos indivíduos. O consumo de drogas traz um gasto de milhões de dólares ao Estado, e em decorrência deste fato dificulta-se sua descriminalização. Este delito não teria fonte similar que manipulasse tamanhas quantias. Sobre o ultraje público ao pudor e adultério, geralmente descritos nos códigos como tipos penais em branco, aduz-se que não descrevem o núcleo da conduta, dando margem a arbitrariedades quando interpretados e valorados pelo juiz.<sup>55</sup>

Com relação aos chamados delitos sem vítimas, CERVINI, alerta ser evidente que o fundamento principal daqueles que procuram descriminalizar estas ações, está no fato de ter demonstrado a experiência, que a sua penalização é capaz de produzir crimes secundários, tais como a corrupção, tráfico de drogas, etc. Crimes estes diferentes e muito mais graves que as condutas proibidas, criando-se dessa maneira novos criminosos. Por outra parte, observa-se que a penalização tende a degradar a normal existência humana e que sua administração é arbitrária e discriminatória.<sup>56</sup>

O sistema penal ao punir certas condutas sem vítima, está a segregar indivíduos, ultrapassando o âmbito da liberdade. E nesses casos a reinserção ou ressocialização passa a ser teoria sem possibilidades de concretização na práxis social.

h) Estratégia da criminalização de condutas de grande nocividade social, como por exemplo a poluição do meio-ambiente por grandes indústrias;

---

<sup>55</sup> CASTRO, L.A. de. - La realidad contra los mitos, p. 228. Ver entendimento jurisprudencial sobre aborto, adultério e uso de drogas no anexo I, n.11, 12 e 13.

<sup>56</sup> CERVINI, R. - Obra citada, p. 161.

crimes contra saúde pública, a produção de remédios falsificados ou alimentos impróprios para o consumo humano; corrupção política, administrativa e econômica; crimes contra o consumidor, crimes contra a segurança do trabalhador. Crimes estes que causam um número elevadíssimo de mortes. Postula-se, enfim, por uma real e efetiva perseguição da criminalidade praticada pelas camadas sociais dominantes, os chamados “crimes do colarinho branco”, ou macrocriminalidade.

i) Estratégias de conscientização e conformação da opinião pública a respeito das estratégias político criminais alternativas. Para tanto deve-se utilizar os meios de comunicação de massa, a tv, rádio, jornal, revistas, etc., também via educação (escolas, universidades, associação de bairro, etc.). A estratégia de utilização dos meios de comunicação de massa é bastante utilizada por movimentos que postulam por mais leis e por penas mais severas, para a solução dos conflitos criminais. Como se fosse possível extirpar da sociedade todos os homens que delinquem e que o castigo através de longas penas privativas de liberdade diminuisse as estatísticas criminais. Exemplificando tais movimentos que postulam por mais criminalização aponta-se o movimento da “Lei e Ordem”.

PASSOS, a respeito de tal movimento, observa que este pregando a pena pela pena, o mal pelo mal, reflete, em tempos atuais a concepção clássica de punição. Esta é uma política criminal que não apresenta aspecto científico visível, devendo-se a tentativa de por em prática seus postulados mais a uma massa populacional carente de segurança, que exige a busca da mesma, emocionalmente, por meios ortodoxos.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> PASSOS, Paulo Roberto da Silva - Elementos de Criminologia e Política Criminal, p.36.

Defende-se, diante disso, a tese de que o sistema penal não é o único remédio para todos os males. Criminalizar em demasia é um grande erro, pois sua estrutura e condições operacionais não estão preparadas para tamanha sobrecarga. Portanto o momento agora é propício para a busca de alternativas mais justas e humanas que a pena privativa de prisão.

### **1.5.2 - Política Criminal de intensificação da Criminalização.**

Como exemplos de políticas de intensificação da criminalização, que contraria as investigações da Criminologia Alternativa apontam-se;

a) A política da tentativa de transformação do porte ilegal de armas em crime. Atualmente a intervenção do sistema penal é feita no sentido da apreensão da arma, aplicação de multa, etc. Somente após efetiva lesão, em razão do emprego de arma é que ocorre o agravamento da pena. A intervenção administrativa parece continuar a ser a resposta mais adequada para regular-se tal contravenção, que configura perigo apenas abstrato para os bens jurídicos.

b) Criminalização do jogo do bicho. O Poder Público explora diversas modalidades de jogos de azar, o ideal acredita-se seria a legalização do jogo do bicho ao invés da criminalização.

c) Criminalização do uso de drogas. Este problema é muito melhor tratado fora do sistema penal. Muitas famílias procuram instituições especializadas para desintoxicação, acompanhamento médico e tratamento de seus familiares envolvidos com as drogas. Questiona-se a pena privativa de liberdade como caminho para solução de tal problema, por ser conhecido o quão degradante e

ineficaz são seus efeitos sobre o condenado.<sup>58</sup>

Sobre a descriminalização das drogas, VERONESE afirma a necessidade de que as normas penais diferenciem, de forma mais explícita, o traficante e o usuário da droga e, nesta última classificação, o mero experimentador e o dependente. O problema da dependência das drogas e sua descriminalização é tema que exige uma abordagem pluridimensional. É um assunto que tem conteúdo ético, econômico, político, social e cultural e não apenas jurídico.<sup>59</sup>

Em artigo intitulado “Descriminalização das drogas: sim ou não?”, VERONESE, alerta que:

“(...) Somente uma visão interdisciplinar poderá enfrentar cientificamente e tecnicamente este gravoso problema. Isto implica em termos de Brasil, de desenvolvimento econômico, em melhoria na qualidade de vida. Trata-se, enfim, de uma opção político-sócio-econômica que invista no homem, que acredite no resgate ético da humanidade.”<sup>60</sup>

A idéia de estudo interdisciplinar, pode ser a resposta mais adequada para todos os conflitos sociais tipificados como criminais e não somente para os casos da dependência das drogas.<sup>61</sup> Toda e qualquer estratégia descriminalizante deve ser analisada por um enfoque pluridimensional. Uma política criminal envolve sempre aspectos políticos, sociais, econômicos, culturais, éticos e jurídicos.

d) Outro exemplo de política de intensificação da criminalização é a aprovação da Lei 9.034/95, que pretende tratar do “Crime Organizado”. Esta lei foi elaborada de forma incompleta, não define o conceito de crime organizado. O

---

<sup>58</sup> Sobre despenalização do uso de drogas, ver; item 2.1.2 desta dissertação.

<sup>59</sup> VERONESE, Josiane Rose Pelry - Descriminalização das drogas: sim ou não? Texto inédito, p.4.

<sup>60</sup> VERONESE, J.R.P. - Idem, p.6.

<sup>61</sup> Ver jurisprudências sobre o uso de drogas no anexo I, n.13.

legislador ao criar novo tipo penal e deixar em aberto seu conceito, está a ferir o princípio constitucional da legalidade, possibilitando confusões e arbitrariedades por parte dos intérpretes e aplicadores do Direito. A referida lei está repleta de inconstitucionalidades como a proibição da liberdade provisória; do direito de apelar em liberdade; violação da privacidade, permissão à autoridade policial para colher informações fiscais, bancárias, financeiras, eleitorais, sem a devida autorização judicial, etc.

Diante de tais inconstitucionalidades, decorre o temor à uma perseguição desenfreada das quadrilhas de bagatela, e o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais, ao invés da real e efetiva perseguição e punição da criminalidade de grande potencial ofensivo. A Lei 9.034/95, por deixar em aberto o conceito de crime organizado, permite uma margem de arbitrariedade muito grande às autoridades policiais e judiciais.

Para fazer frente ao crime organizado, o sistema penal necessita melhor estruturar-se, ter acesso aos meios tecnológicos sofisticados, meios dos quais estas organizações amplamente se beneficiam. Não é prendendo primeiro para investigar depois; muito menos ampliando os poderes das autoridades policiais, ou transformando o juiz, que é parte neutra no processo, em produtor de provas, que se fará justiça eficaz e comprometida com a realidade da sociedade brasileira. Os problemas sociais brasileiros são distintos dos italianos, importarmos as suas estratégias político-criminais não seria o melhor caminho.®^

### **1.5.3 - A atualização das normas penais.**

As Ciências Criminais, principalmente o Direito Penal, Política

---

<sup>62</sup> A respeito das inconstitucionalidades da Lei 9.034/95, ver obra "Crime Organizado" de Luiz Flávio Gomes e Raul Cervini.



Criminal e Criminologia, têm papel de extrema relevância na construção de um verdadeiro Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Ao legislador caberia a tarefa de levar em conta os conhecimentos obtidos através das investigações da Criminologia e as estratégias propostas pela Política Criminal. Construindo assim, um novo Direito Penal, compatível com as reais necessidades da sociedade, descriminalizando sempre que necessário para adequação e atualização das normas penais.

É inegável a necessidade de modificação e atualização do Código Penal Brasileiro. Determinadas situações do cotidiano social, conflitos que envolvem valores como a vida, a honra, recebem tratamento diferenciado do que recebem aqueles conflitos relativos aos bens patrimoniais. A respeito dos arcaísmos e distorções das normas penais oportuno se faz lembrar as palavras de VERONESE:

“ Para comprovarmos isso, basta compararmos os crimes de lesão corporal - art.129, e o de roubo mediante violência ou ameaça - art.157, enquanto que para o primeiro a pena é de detenção de 3 meses a 1 ano. a do segundo é de reclusão de 4 a 10 anos e multa; isso revela que o patrimônio, segundo a ideologia de tal código, tem um valor maior que a vida. Dessa forma percebe-se que o Código Penal Brasileiro de 1940 é todo ele imbuído de um cunho patrimonialístico extremo.”<sup>63</sup>

Uma reforma coerente e eficaz das normas penais exige segundo VERONESE, a adoção de princípios mais modernos no tocante a tipificação dos atos considerados antijurídicos e também na quantificação e espécie de pena a ser aplicada no caso concreto.<sup>64</sup>

Com referência a reforma das normas penais, através dos processos

<sup>63</sup> VERONESE, J.R.P. - “Uma leitura jurídica da prostituição infantil”, p.121,

<sup>64</sup> VERONESE, J.R.P. - Idem, ibidem.

de criminalização e descriminalização, acredita-se ser possível o seu aperfeiçoamento. Encontra-se na “Exposição de Motivos” da nova parte geral do Código Penal Brasileiro de 1940, as seguintes afirmações proferidas por ABI-ACKEL, Ministro da Justiça à época (1983):

“Apesar desses inegáveis aperfeiçoamentos, a legislação penal continua inadequada às exigências da sociedade brasileira. A pressão dos índices de criminalidade e suas novas espécies, a constância da medida repressiva como resposta básica ao delito, a rejeição social dos apenados e seus reflexos no incremento da reincidência, a sofisticação tecnológica, que altera a fisionomia da criminalidade contemporânea, são fatores que exigem o aprimoramento dos instrumentos jurídicos de contenção do crime, ainda os mesmos concebidos pelos juristas na primeira metade do século.”<sup>65</sup>

As questões de natureza moral e religiosa exigem debates e muita cautela quando da reforma das normas penais que as envolvam. Muitos delitos modificaram-se ao longo dos tempos, alteraram-se os padrões de conduta, o que impõe uma descriminalização. Por outro lado, o avanço científico e das tecnologias exige a inserção na esfera punitiva daquelas condutas lesivas ao interesse social, como por exemplo as versões da atividade econômica, financeira, e atividades predatórias da natureza.<sup>66</sup>

Para se alcançar o objetivo de atualização das normas penais, apontam-se as estratégias de descriminalização e criminalização, nos moldes da Política Criminal Alternativa, como meios disponíveis e eficazes.

---

<sup>65</sup> ABI-ACKEL, Ibrahim - Exposição de Motivos da Nova Parte Geral. Código Penal Brasileiro, p.6-7.  
<sup>66</sup> ABI-ACKEL, 1. - Idem, p.7.

## CAPÍTULO II

### OS PROCESSOS DE DESCRIMINALIZAÇÃO

Na atualidade o tema da descriminalização vem sendo objeto de estudos e discussões no seio das grandes associações internacionais, que se ocupam da investigação dos problemas criminais.<sup>^</sup>

A descriminalização pode ser conceituada, simplificadamente, como a retirada da lei penal daqueles comportamentos não mais considerados como crime.

Segundo CERVINI, a descriminalização é sinônimo de extração (formal ou de fato) de certas condutas, do âmbito do Direito Penal. Condutas que deixam de considerar-se como delitivas.<sup>^</sup>

O processo de descriminalização ocorre paralelamente ao processo de criminalização. A complexidade das relações sociais exige um constante ajuste do ordenamento jurídico-penal, o discurso deve ser adequado à realidade social. Criminalizando e descriminalizando, busca-se tal adequação.

As leis penais, conforme observação de POSTALOFF, não têm caráter imutável, variam não só de sociedade para sociedade, mas também temporalmente dentro de cada uma delas. Muitos fatos perdem através do tempo seu caráter punível.<sup>^</sup> Outros fatos provocam a criação de novas leis penais. Como exemplos de fatos que variam de sociedade para sociedade, cita-se a conduta chamada de bigamia, e a conduta chamada de cartomância.

Uma definição dos termos descriminalização, despenalização.

---

<sup>^</sup> Associações de destaque na Europa e América Latina: a) Associação Internacional de Direito Penal (Bellagic), b) Comité Europeu Para Os Problemas Criminais. Conselho da Europa. (Estrasburgo), c) Instituto Interamericano de Direitos Humanos. Sistemas Penais e Direitos Humanos na América Latina. d) Instituto Superior Internacional de Ciência Criminal (Nápoli).

<sup>^</sup> CERVINI, Raul - Los Procesos de decriminalización, p.61.

<sup>^</sup> POSTALOFF, Mirian Gicovate - Los procesos de decriminalización, p.63.

desjuridicização e diversificação, se faz necessária. Porém a comunidade científica não é unânime na definição e conteúdo destes institutos. Autores confundem a despenalização com a descriminalização, e com razão, pois a linha demarcatória entre estas é tênue. A despenalização não deixa de ser uma forma de descriminalização.<sup>4</sup>

Para uma melhor compreensão, afirma-se que o processo de descriminalização é consequência dos processos de despenalização, desjuridicização e diversificação. Cada um desses processos são espécies de descriminalização e ocorrem em distintas áreas. No judiciário ocorre a despenalização, no legislativo a descriminalização de jure, ou desjuridicização; na área da opinião pública, ocorre a descriminalização de fato; a diversificação é implantação de controle social para determinadas condutas.

## 2.1 - DESPENALIZAÇÃO.

A despenalização ocorre em nível de decisão judicial. É o ato de degradar a pena de um delito sem descriminalizá-lo, sem tirar ao fato seu caráter de ilícito penal. Acontece o processo de despenalização, quando magistrados utilizam-se das formas de atenuação e alternativas á pena privativa de liberdade como as penas restritivas de direitos.®

A despenalização pode ser entendida como um meio para diminuir-se a aplicação da pena de prisão. Esta modalidade descriminalizatória pode influenciar a sociedade, no sentido da descriminalização dos comportamentos

---

<sup>4</sup> CERVINI, Raul - *Los procesos de descriminalización*, p.61.  
© CERVINI, Raul - *Idem*, p.64.

frequentemente despenalizados pelo judiciário.

### 2.1.1 - Penas Alternativas.

A atenção de grande parte dos juizes brasileiros está voltada para a busca de alternativas à pena de prisão. Exemplo disso é o projeto de lei elaborado pela Associação dos Magistrados, enviado ao legislativo para apreciação e votação. O projeto propõe a “probation”, que é uma suspensão condicional do processo por um prazo de dois anos, concedida àquele que estiver sendo processado com base no artigo 16 da Lei de Tóxico, que dispõe: “adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Se durante o tempo de suspensão, o usuário não vier a praticar nenhuma conduta tipificada como crime, declara-se extinta a punibilidade.

Como consequência da aprovação da Lei n.9.099/95, a “Probation” tornou-se possível e será utilizada nos “Juizados Especiais Criminais”.

A atitude dos magistrados brasileiros, acima citada, exemplifica de que forma é possível implantar uma política criminal descriminalizante, intra-sistematicamente, ou seja, no interior do próprio sistema penal.

VERONESE, com referência ao projeto de “probation”, comenta: “Esta posição eclética é entendida como não estigmatizante e o mais importante, é que consiste num avanço, em termos criminológicos, ao perceber que a sanção

penal deve vir sorridente em última instância.”<sup>6</sup>

A sanção penal realmente não deve ser entendida como sinônimo de cadeia, de pena privativa de liberdade. Várias formas de sanção podem ser muito mais humanas e úteis. Afinal de contas, não se deve esperar, utopicamente, que o sistema penal esteja capacitado para solucionar todos os conflitos criminais. Para tal empreitada é necessário a união de todos os segmentos envolvidos; sociedade, cientistas sociais, políticos, e governantes. Os conflitos criminais são também conflitos sociais.

A despenalização vem sendo utilizada atualmente por alguns magistrados como meio de diminuir o problema da superlotação nos presídios. Uma das penas alternativas mais aplicadas é a da prestação de serviços à comunidade, estas penas alternativas à pena privativa de liberdade foram introduzidas à partir da reformulação do Código Penal em 1984. As penas alternativas previstas no Código Penal, no artigo 44 e incisos, estão regulamentadas na Lei de Execuções Penais, Lei n.7210/84.

Na prática, a prestação de serviços á comunidade significa livrar o condenado da cadeia, mandando-o trabalhar de graça para o governo ou em alguma obra assistencialista da comunidade.

A idéia de que só a cadeia é sinônimo de punição deve ser afastada do pensamento daqueles que querem realmente obter decisões humanitárias, racionais, e condizentes com a situação atual do sistema penal.

A respeito das penas de prestação de serviços á comunidade afirma-se que; “Por mais folclóricas que sejam, as penas alternativas nunca são tão ruins

---

<sup>6</sup> VERONESE, J.R.P. - “Descriminalização das drogas: sim ou não?”. Texto inédito, p. 5.

como a cadeia para os que cometem pequenas faltas.”<sup>^</sup>

Segundo pesquisas recentes, realizadas para apurar dados referentes ao sistema penitenciário brasileiro, um terço dos 130.000 presos foi encarcerado mesmo não havendo vagas, tendo que disputar espaço com os demais detentos. Além disso, 275.000 pessoas deveriam estar presas em decorrência da condenação judicial. A justiça não cumpriu seus mandados de prisão por não as ter encontrado, ou porque não há onde colocá-las. Diante dessa realidade juizes estão preferindo deixar fora das celas as pessoas que cometeram faltas consideradas leves, e que não sejam reincidentes.<sup>®</sup>

A prática da aplicação das penas alternativas já faz parte do cotidiano da justiça brasileira, mesmo que em pequena escala. A Justiça de Porto Alegre, desde 1988, implantou dentro da Vara de Execuções Criminais, um setor criado especialmente para encaminhar condenados a serviços comunitários.

### **2.1.2 - Despenalização do uso de drogas.**

A descriminalização deixou de ser teoria e já faz parte da prática de muitos dos juizes democráticos, realistas, comprometidos com a realização de justiça social. Exemplo disso foi a realização do “Seminário sobre descriminalização das drogas”, realizado em Florianópolis em abril de 1995, pela Justiça Federal.

A preocupação dos participantes do referido seminário foi a repressão ao consumo de drogas, mais especificamente o usuário das drogas.

---

<sup>^</sup> “A pena que funciona”. Ve/a. Ano 29, n.18, mai/96. p.74-75.

<sup>®</sup> “A pena que funciona”. Idem, ibidem.



Conforme declarou MEDEIROS, atualmente a lei é branda com quem deveria ser severa, os traficantes, e rigorosa com quem deveria ser mais leve, o usuário. <sup>®</sup> Acredita-se que o sistema penal não persegue o tráfico de drogas com o mesmo afinco com que persegue os consumidores das drogas.

Prender usuários não resolve nada. Esta foi opinião unânime entre os debatedores do evento. Para SILVA a cocaína e maconha não são problemas reais para os brasileiros. Estes deveriam se preocupar mais com os solventes vendidos livremente em lojas, consumidos por garotos de rua em qualquer esquina. O presidente do CONFEN (Conselho Federal de Entorpecentes), FLACH, também participou do evento, enfatizou que a cocaína é a droga da mídia e da própria subcultura da droga. Já para TOLEDO, estatística é uma questão de interpretação, a maioria dos processos na justiça, por exemplo refere-se ao tráfico de cocaína. O que não significa que esta seja a droga mais consumida.<sup>^</sup>

Mas o problema não está somente na questão do consumo e tráfico de drogas ilícitas. As pesquisas desprezam as drogas lícitas como o álcool, cigarro, etc. Estas drogas representam um custo social altíssimo. Sabe-se que no Brasil atualmente existem milhões de alcoólatras crônicos. As estatísticas criminais, levantadas com base nas condenações penais, mascaram a realidade social. Iludem no sentido de passar para a sociedade, a idéia falsa de que o problema do consumo de drogas proibidas, e o seu tráfico, são crimes amplamente coibidos pela ação do sistema penal. Os demais problemas com as drogas permitidas ficam assim, relegados à um plano secundário.

Uma pesquisa científica sobre o uso de drogas no Brasil realizada

---

<sup>®</sup> MEDEIROS, Angelo - "Legislação precisa ser modernizada". *Diário Catarinense*, Florianópolis, 23 abr. 1995. p.40.

<sup>10</sup> "Descriminalização das drogas". *Diário catarinense*, Florianópolis, 23 abr. 1995. p.42.

por professores da Universidade de São Paulo, traça um perfil epidemiológico dos entorpecentes, distinto daquele alardeado com base em dados empíricos. Aponta, por ordem de classificação, solventes químicos (éter, acetona, cola, etc.) e ansiolíticos (tranqüilizantes), como as drogas mais consumidas pelos jovens do país. A maconha fica em terceiro lugar, as anfetaminas (anorescígenos) em quarto lugar, a cocaína em oitavo lugar, os alucinógenos em nono lugar e opiáceos em décimo lugar.<sup>11</sup>

Uma pesquisa feita em 1995, com 600 adolescentes do Rio de Janeiro e de São Paulo, pela Interscience Informação e Tecnologia Aplicada, apurou os seguintes dados: 42% dos adolescentes entrevistados tomam bebidas alcoólicas de vez em quando. O índice dos que usam maconha ficou em 4%, enquanto o uso de cocaína obteve um índice de 1%.<sup>^^</sup>

Outra pesquisa, realizada pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas, Cebrid, da Universidade Federal de São Paulo, em escolas estaduais de primeiro e segundo grau, de dez Estados brasileiros, levantou dados alarmantes, 19% dos jovens entre 10 e 18 anos, tomam bebida alcoólica mais de seis vezes por mês, o que em termos médicos caracteriza uso freqüente; 64% deles usou pelo menos uma vez na vida a substância: e 12% consome bebidas alcoólicas numa média de vinte vezes, ou mais no mês. Com base nestes dados apurados pelo Cebrid, o Serviço de Atenção ao Alcoolismo e Drogadicção do Ministério da Saúde, realizará uma campanha nacional para divulgar que o álcool é uma droga. Apenas 5% dos jovens entrevistados, acham que o álcool seja uma droga nociva à saúde.<sup>^^</sup>

---

<sup>11</sup> "Descriminalização das drogas". *Diário Catarinense*, Florianópolis, 23 abr. 1995. p.42.

<sup>12</sup> "Comportamento: pileques demais". *Veja*. São Paulo: Abril, n.29, abr.1996. p.51.

<sup>13</sup> Idem, p.52.

Não existe droga pior ou melhor quando uma pessoa se torna dependente. Os prejuízos à sua saúde e ao seu desenvolvimento, são igualmente terríveis. O que acontece é um alarme em torno das drogas proibidas penalmente, como a maconha, a cocaína, o crack, e outras, negligenciando-se a prevenção do consumo de álcool e de outras drogas não proibidas.

A questão das drogas é um exemplo típico do problema dos custos do crime. A criminalização do consumidor de drogas, acarreta custos elevadíssimo para as finanças públicas, para a sociedade, para a economia e principalmente para o condenado. Este é muito mais uma vítima de si mesmo, que um criminoso.

Acredita-se que o consumo de drogas ilícitas, tipificadas na legislação penal, é problema que deve ser tratado juntamente com políticas sociais, que envolvam também o elevadíssimo consumo de drogas permitidas como o álcool, o tabaco, drogas químicas farmacológicas, solventes, etc. A resposta à esses comportamentos deve ser em nível não judicial, inserida em políticas para desenvolvimento social e econômico. Reservando-se dessa forma, os custos da justiça penal, para os casos mais graves do tráfico de drogas.

Na ocasião do referido seminário, PRADE afirmou, “Viciados são segregados da sociedade, mas precisam ser resgatados para retornar ao sistema, isto é tarefa de um Estado democrático de direito. Não se pode tratar de combate à droga sem pensar em direitos humanos, o resgate da dignidade do viciado precisa ser assegurado pelo Estado.”<sup>14</sup>\*

No Seminário sobre “Descriminalização das drogas”, realizado em Florianópolis, foram apresentadas também sugestões. O perdão judicial, a

---

<sup>14</sup> “Descriminalização das drogas”. *Diário Catarinense*, Florianópolis, 23 abr. 1995. p.42.

extinção pura e simples do processo, sua suspensão condicional por dois anos<sup>16</sup>, ou ainda a instituição de acordos em que os envolvidos concordem em colaborar com os trabalhos policiais em troca de benefícios da lei.

O perdão judicial, já previsto no ordenamento jurídico do país, seria feito pelo juiz quando os autos do processo provassem a condição de simples usuários. O mesmo caminho seria trilhado caso a opção fosse a extinção da ação penal. Na suspensão condicional, o processo seria arquivado se no prazo de dois anos o indiciado não voltasse a se envolver em outro delito.

A proposta de oferecer benefício ao indiciado delator, entretanto, levantou polêmica entre os participantes do seminário. Inclusive este prêmio oferecido ao delator também consta da Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95), e da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), a delação premiada é amplamente criticada. O Estado não tem condições de proteger o delator. A Lei quando concebe tal prêmio está transmitindo uma mensagem antivalorativa, ser traidor e merecer prêmio.

A respeito da proposta da delação premiada, GOMES lembra:

“Nem sequer o código dos criminosos admite a traição, por isso, é muito paradoxal e antiético que ela venha a ser valorada positivamente na legislação dos chamados ‘homens de bem’. Sempre que sabemos que alguém do nosso grupo é um delator, imediatamente ele nos perde a confiança e a fé. Nós reprovamos duramente a delação nas nossas relações. Como podemos, agora, concebê-la como instrumento de apuração de responsabilidade penal?”<sup>16</sup>

Com referência aos custos da criminalização do uso de drogas, convém que seja lembrada a solução encontrada por diversas empresas públicas

---

<sup>16</sup> Com relação a proposta de “probation” ver a Lei n.9.099/95, que institui os “ Juizados Especiais Cíveis e Criminais”. Ver também PAZZAGLINI FILHO et al - Juizado Especial Criminal. Aspectos práticos da Lei n.9.099/95.

<sup>16</sup> GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raul - Crime Organizado, p.133.

e privadas para o problema do alcoolismo. Não mais se pune com demissão aquele trabalhador que incorre em faltas por tal problema. Procura-se tratá-lo, e recuperá-lo, com sua anuência, ao invés de eliminar do quadro de funcionários. As empresas utilizam-se ainda de programas de informação e prevenção, através de palestras sobre os males causados pelas drogas. Ameniza-se dessa forma o problema do consumo de drogas, que tantos prejuízos causa para o poder público, empresas, particulares, sociedade e para o próprio indivíduo. Obtém-se desse modo, o tratamento do problema, em esfera não judicial, é a chamada descriminalização de fato, que consiste em deixar-se de considerar crime sem contudo deixar-se de tratar o problema.

A descriminalização do consumo de drogas, ocorre de fato quando os particulares envolvidos em conflitos, não denunciam e procuram resolver o problema de forma extra-penal, evitando assim os efeitos tão nocivos da prisão.

A descriminalização efetuada pelo magistrado, quando da não aplicação da pena de prisão ao usuário de drogas, e a descriminalização praticada pela sociedade, quando não denuncia e procura soluções extra-penais, serão capazes de diminuir os problemas relativos ao consumo de drogas; dos custos sociais do aprisionamento; da reincidência; etc., influenciando o legislador, dessa forma, a efetivar a descriminalização de jure, que é a retirada da lei penal daquela conduta tipificada como crime de consumo de drogas.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> A respeito do uso de drogas ver entendimento jurisprudência! no anexo I, n.13.

## 2.2 - DIVERSIFICAÇÃO.

A etapa da política criminal alternativa de diversificação ocorre em nível de resposta social. Consiste em elaborar-se estratégias não penais, para solução de conflitos.

Quanto ao processo de diversificação, deve-se lembrar aqui, que o procedimento penal formal é uma das opções possíveis, para a solução dos conflitos surgidos no corpo social e não a única opção.

As propostas de diversificação podem ser entendidas como uma alternativa às respostas penais.

Estas propostas, segundo CERVINI, tem como meta elaborar um equilíbrio justo entre a vítima, o autor e a sociedade através de processos alternativos ao processo penal formal. Desta forma se poderia evitar a estigmatização da vítima e do autor próprios dos processos penais convencionais e se possibilitaria que ambos pudessem regular ativamente seu conflito, através de um novo esquema, como participantes de uma instância informal de autocomposição do conflito.

Isto implica o desenvolvimento de programas destinados a aumentar a capacidade das comunidades locais para manejar os conflitos em termos mais humanos, por meio da mediação e colaboração interpessoal.<sup>18</sup>

Um exemplo do processo de diversificação, apontado por HULSMAN, é a descriminalização do uso da maconha, tornando-o mera contravenção, nas suas palavras:

---

<sup>18</sup> CERVINI, Raul - Obra citada, p.206-207.

“Deschiminalizar é tirar uma parte da realidade social do sistema penal. Isto pode ser feito por uma vontade expressa do poder: nos Países Baixos, por exemplo, uma lei de 1976 despenalizou o uso da maconha (tornado-o mera contravenção) o que levou a uma descriminalização de fato. Mas também isto pode ser feito empiricamente pela colocação em prática de estruturas que tornem desnecessário o apelo ao sistema penal (diversificação). Ainda nos Países Baixos foi o que aconteceu um relação aos maus tratos contra crianças. Embora subsista na lei holandesa a incriminação de lesões corporais, aplicável a tal situação, tais questões, hoje, não entram mais no sistema penal daquele país. Para cada região foi designado um médico de confiança, a quem se dirige, por exemplo, o médico da família, quando suspeita de um problema desta natureza. Por outro lado, qualquer pessoa pode revelar a ocorrência destes fatos ao referido “médico de confiança”, a quem até mesmo a polícia tem frequentemente recorrido”.<sup>19</sup>

O receio de que a política de diversificação seja capaz de agravar o problema da vingança privada, ou que os indivíduos resolvam por suas próprias mão os conflitos criminais surgidos, não procede. Através de pesquisas realizadas pela criminologia contemporânea, observa-se que o sistema penal processa uma parcela pequena, dos conflitos sociais. As condenações penais representam apenas a ponta do iceberg, o restante dos conflitos é composto pela criminalidade oculta, ou “cifra negra” da criminalidade, aquela parte dos conflitos que ficam fora do sistema penal.

### 2.3 - DESJURIDICIZAÇÃO.

A desjuridicização vem a ser a remessa de determinadas infrações tipificadas como criminais, para regulamentação extra-penal, em área não jurídica.

Alguns autores entendem a desjuridicialização como um sinônimo de diversificação. Outros autores entendem-na como sinônimo de descriminalização.

---

<sup>19</sup> HULSMAN, Louk e CELIS, J.B. - Penas Perdidas, p.106.

## 2.4 - DESCRIMINALIZAÇÃO.

Legalmente a descriminalização ocorre quando da remoção de um ato de sua categoria de crime. A remoção efetuada pelo legislador é a chamada descriminalização de jure, em alguns casos aponta o desejo de outorgar um total reconhecimento legal ao comportamento descriminalizado.<sup>20</sup>

Levando em conta não só o aspecto legal, mas também a resposta da sociedade às condutas criminais, pode-se distinguir outro tipo de descriminalização, é a de fato. Ocorre quando certos comportamentos criminais deixam de ser vistos, ou denunciados como perigosos para a sobrevivência dos indivíduos. A inexistência de reação social, pode influenciar o legislador a descriminalizar de jure os comportamentos descriminalizados de fato.

Um comportamento descriminalizado de fato pela sociedade é o “Jogar no bicho”, e por extensão o jogo do bicho, quando não envolvido em crimes como o tráfico de drogas e outros de grande nocividade social. As pessoas praticam-no desprezando a incriminação legal. No Brasil inclusive tal jogo é fonte de emprego para muitos cidadãos. O próprio Estado explora diversas modalidades de jogos de azar, explorando-os legalmente. Reside na permissão legal a única diferença entre tais jogos e o jogo do bicho.

A descriminalização do jogo do bicho é entendida como uma forma de se diminuir a corrupção de autoridades envolvidas na cobrança de propinas, diminuir a população carcerária, ou ainda, de se desafogar o judiciário emperrado com tantos processos referentes à crimes de pouca nocividade, que podem ser resolvidos fora da área penal.

---

<sup>20</sup> CERVINI, Raul - Los procesos de descriminalización, p.61.



CERVINI considera a descriminalização de fato e de jure como etapas de um mesmo processo contínuo.<sup>21</sup>

Os processos descriminalizatórios surgem devido a vários fatores. Dentre eles a sobrecarga do sistema penal; o fracasso da pena de prisão na ressocialização e diminuição das estatísticas da violência. Ocorre também por critérios da polícia, que por ser um primeiro filtro de criminalização, deixa de punir infrações de escassa relevância. A descrença na eficiência da solução policial pode influenciar os cidadãos a buscarem soluções alternativas para seus problemas. Um outro fator, que pode motivar a opção pela descriminalização, é a recepção dos conhecimentos das ciências criminais de cunho crítico.

Muitos delegados preferem filtrar ao máximo possível os casos, remetendo ao judiciário somente quando estritamente necessário. Essa é uma postura descriminalizante. Decorre da necessidade de se desafogar o sistema prisional, ou talvez por motivos humanitários.

No judiciário, a descriminalização pode ser praticada pelos juizes, no momento da aplicação da pena, substituindo esta por penas alternativas, como a prestação de serviços à comunidade, multa, etc.

Segundo FALCONI, “ a despenalização, enquanto matéria de estudo, constitui assunto que se acha inserido na ordem do dia do Direito Penal”.<sup>22</sup>

Eventos internacionais realizados nas últimas décadas resultaram na produção de boa base teórica. O tema vem sendo discutido de forma interdisciplinar. Especialistas em diversas áreas do saber como a Sociologia,

---

<sup>21</sup> CERVINI, R. - Obra citada, p.64.

<sup>22</sup> FALCONI, Romeu - Lineamentos de direito penal, p.345.

Filosofia, Criminologia, Política Criminal, Direito Penal, Antropologia, etc., se reúnem e realizam estudos sobre a problemática da criminalização e descriminalização de comportamentos.

A necessidade de modernização do Direito Penal, para sua adequação às necessidades dos indivíduos, levando em conta a realidade social, política e econômica de cada sociedade, impulsiona o estudo e elaboração de novas políticas criminais compatíveis com as políticas de desenvolvimento social.

A problemática da descriminalização se desenvolve em dois sentidos; do ponto de vista das conveniências ideais, e do ponto de vista das necessidades da sociedade.

Movimentos como o abolicionismo e o minimalismo, apresentam o tema da descriminalização como caminho para a gradual redução da intervenção do sistema penal nos conflitos sociais.

Dentro do próprio sistema penal, juizes, advogados, delegados, policiais, e do sistema político, legislador, governantes, políticos, o tema da descriminalização vêm sendo discutido e materializado através de reformas das normas e procedimentos.

Resumindo, a descriminalização pode ser efetivada por um ideal de humanização, pelas necessidades econômicas da redução de custos do sistema penal, ou para atualização das normas penais.

O processamento da despenalização está associado a idéia de progresso social, na medida em que se retiram do ordenamento normas não mais compatíveis com os fatos concretos, como a incriminação do uso de drogas. Ao

mesmo tempo que efetiva-se responsável e necessária criminalização de comportamentos de grandes nocividade social, como os crimes econômicos, ecológicos, políticos, a chamada macrocriminalidade.

FALCONI enfatiza, “a penalização e a despenalização são processos contínuos e concorrentes”.<sup>23</sup>

No Brasil juristas, autoridades, professores, alunos, e vários segmentos da sociedade, têm se ocupado da discussão em torno da descriminalização do uso de drogas.<sup>24</sup> Um expressivo número de cidadãos entende que o sistema penal não é o melhor instrumento para o tratamento do consumidor de drogas. Alternativas como a educação preventiva sobre o problema, aconselhamento psiquiátrico, psicológico, religioso, familiar, ou internação, por livre e espontânea vontade, do toxicômano dependente, em locais especializados no seu auxílio e recuperação, são entendidas como respostas mais eficazes, e humanas.

A descriminalização pode ser entendida como uma tendência situada entre as posições críticas de ultra-direita, chamada nos Estados Unidos, de novo realismo criminológico, que deseja acentuar a repressividade do sistema penal, propugna reimplantar a pena de morte e entende que os substitutivos penais não fazem mais que instigar a que se cometam mais delitos; e as posições da ultra\* esquerda, que fazem uma crítica total ao sistema penal conduzindo praticamente a necessidade de sua supressão.<sup>25</sup>

Com respeito a condição de miserabilidade de grande parte dos

---

<sup>23</sup> FALCONI, R. - Obra citada, p.347.

<sup>24</sup> Sobre a despenalização do uso de drogas, ver nesta dissertação o capítulo segundo, item 2.1.2.

<sup>25</sup> CERVINI, Raul.- Los procesos de descriminalización. p.61.

cidadãos e políticas de apoio, o sociólogo GANS lembra que os pobres aparecem nos meios de comunicação, na literatura e até nos trabalhos acadêmicos estigmatizados como preguiçosos, incapazes de aprender, indisciplinados, arredios às novas tecnologias e até potencialmente criminosos. Suas mulheres são pintadas como criaturas imorais à beira da prostituição. A imoralidade é considerada um atributo de classe. O comportamento dos pobres, mesmo que seja apenas divergente, passa a ser visto como conduta reprovável. Os problemas do alcoolismo, do consumo de drogas proibidas e outros mais, são narrados pelos meios de comunicação como conduta anti-social característica principal das pessoas pobres. E como bem salienta GANS:

“Os pobres carecem dos recursos, da segurança econômica, da motivação e do apoio social e emocional que nos incentivam a andar na linha (...). A verdade é que, quanto mais subimos na escala social menos feios ficam os comportamentos desviantes. Eu convido as pessoas da minha classe a tentar enxergar esses fenômenos dessa perspectiva. E as convido sempre a raciocinar que a pobreza não é escolha do indivíduo, nem uma condenação divina. Dado o avanço das técnicas e da economia modernas, a pobreza é o resultado claro de forças sociais poderosas que decidem por sua existência.”<sup>26</sup>

Os governos devem adotar políticas claramente de apoio aos pobres. Estes precisam de assistência. É preciso quebrar-se o ciclo que perpetua a pobreza e seus problemas. Para que estes miseráveis possam sobreviver e ter condições mínimas de competir, devem receber condições de saúde, educação, habitação, assistência jurídica, alimentação, etc. A qualidade desses serviços deve ser melhor que a dos ricos, pois do contrário serão ineficazes.<sup>27</sup>

A solução apontada pelo sociólogo GANS, de que uma política governamental para aliviar a pobreza seria a geração de empregos, incentivando

---

<sup>26</sup> GANS, Herbert. “Pobreza tem solução”. *Veja*. São Paulo: Abril, n.3, jan.1996. p.20.  
<sup>27</sup> GANS, H. - Idem, ibidem, p.20.

os setores industriais que utilizam-se de mão-de-obra intensiva, de modo que quem procure emprego o encontre, é realmente muito boa. Acredita-se que o importante é a sociedade e governos reconhecerem que a negligência nos serviços públicos é a principal responsável pela apartação social. A caridade efetuada por algumas entidades privadas ameniza mas não resolve.

As políticas de criminalização e descriminalização podem adequar o sistema penal, para que este possa dedicar-se com rigor a punição da macrocriminalidade. Esta criminalidade amplia a miserabilidade das classes desfavorecidas social e economicamente.

GANS expõe: “pobreza tem solução e é tarefa do governo desenvolver planos para melhorar a vida dos pobres. As chances de os pobres das sociedades pós-industriais vencerem a miséria sem ajuda do governo é a mesma que uma pessoa tem de erguer-se do chão puxando-se pelos cadarços do sapato.”<sup>28</sup>

A pobreza, portanto, não pode ser entendida como característica daqueles que delinquem. E muito menos deve-se ficar indiferente achando que ser pobre é destino, ou ainda que é pobre quem quer.

Sociedade e governo devem buscar políticas sociais para redução do problema da pobreza. Inserir as políticas criminais no rol dessas políticas é uma alternativa que merece ser experimentada.

---

<sup>28</sup> GANS, H. - "Pobreza tem solução". *Veja*. São Paulo: Abril, n.3, jan.1996, p.7.

## 2.5 - DESCRIMINALIZAÇÃO NA VISÃO DE UM ABOLICIONISTA.

A descriminalização para HULSMAN, pode ser a melhor alternativa. A reforma das prisões ou a abolição da pena de prisão, não são suficientes para se efetivar o respeito à dignidade humana, expõe que:

”Algumas pessoas se assustam ao ouvir a palavra ‘descriminalização’, como se retirar a punibilidade de um fato necessariamente implicasse num choque social insuperável. Ora, o que acontece quando se descriminalizam comportamentos? Alguns continuam trazendo problemas e aí se procurará resolvê-los por muitos meios diversos do apelo à polícia repressiva, ao juiz penal, ao encarceramento. Quando a vadiagem foi descriminalizada na Noruega, por exemplo, havia pessoas embriagadas nos parques e foram procuradas soluções para evitá-lo. O fato de se ter descriminalizado o aborto na França, fez nascer a necessidade de se fornecer uma informação sistemática à população, notadamente aos jovens, sobre os meios contraceptivos (publicidade que num passado recente, era igualmente punível!), bem como que se desenvolvessem as idéias de planejamento familiar e paternidade responsável. (...) Os comportamentos que deixam de ser penalizados entram na categoria de atos da vida social livremente administrados pelas pessoas interessadas, não submetidos ao poder de punir do soberano. Já não se queimam em nome da ordem pública, as pessoas penalmente definidas como ‘bruxas’; deixam-se que as pessoas acreditem ou não nos fenômenos agora chamados de parapsicologia e os cartomantes e outros magos dos nossos tempos constituem uma categoria sócio-profissional reconhecida: pagam impostos; anunciam livremente na imprensa, etc.; cada um que veja como bem entender estas pessoas e o que elas propõem.”<sup>29</sup>

Para a corrente abolicionista, a política criminal da descriminalização constitui uma libertação para pessoas e grupos, e um saneamento da vida social.

HULSMAN aponta condutas como se reunir, se associar, expressar publicamente opiniões contrárias à ideologia oficial, lembrando que eram punidas como crime. Ao serem descriminalizadas em vários países demonstraram uma vitória da democracia.

---

<sup>29</sup> HULSMAN, Louk, e CELIS, Jaquelini Bernat de - Penas perdidas, p.97-98.

## 2.6 - CORRENTE MINIMALISTA.

O minimalismo é a corrente que propugna pela redução da intervenção penal. A política alternativa da descriminalização é reconhecida, pelo minimalismo, como uma estratégia capaz de diminuir a violência institucional; a criminalização seletiva das classes subalternas, o efeito criminógeno da prisão, o desrespeito aos princípios constitucionais decorrente da excessiva criminalização de condutas.

Para BARATA, o Direito Penal é elitista e seletivo. Recai sobre as classes de baixo ou nenhum poder sócio-econômico, evitando recair sua força punitiva sobre as classes dominantes, que detém o monopólio da elaboração das leis. O sistema penal tende à manutenção da estrutura vertical de denominação existente na sociedade, que é desigual e gera injustiças. O Direito Penal não é igualitário, nem protege o bem comum, castiga condutas típicas dos grupos marginalizados, deixando livre de pena condutas gravíssimas e onerosas socialmente. Isso porque seus autores pertencem à classe hegemônica dominante, que fica impune ao processo de criminalização.

Dessa forma, os adeptos da corrente minimalista propõem uma responsável criminalização das condutas que lesionam ou ameaçam os interesses fundamentais das maiorias, como por exemplo a delinquência ecológica, econômica, delitos contra a saúde pública, a segurança e higiene no trabalho, etc. Propõem, ao mesmo tempo uma responsável e ponderada descriminalização de determinados comportamentos, menos nocivos, que podem ser resolvidos no âmbito do Direito Civil, Comercial, Administrativo, ou fora do âmbito jurídico.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> BARATTA, Alessandro - "Criminologia Crítica...", p. 214-215.

O sistema penai, segundo BARATTA, ao perseguir e punir a criminalidade de bagatela, transforma o condenado em “bode expiatório”. O condenado é utilizado para iludir que a função de salvaguarda do interesse geral está plenamente sendo exercida. Na verdade a função histórica e atual que o sistema vem cumprindo com êxito é a função de conservação e reprodução das relações sociais de desigualdade.<sup>31</sup>

A intervenção penal tem caráter simbólico. Constata-se a discrepância entre programas de ação do sistema punitivo, que são as figuras delitivas, e a percentagem de efetiva criminalização de que o sistema é capaz. A crise das teorias utilitárias da pena, prevenção geral negativa ou de dissuasão, prevenção especial positiva ou ressocialização, põe em evidenciam o fato de que o sistema penal não pode cumprir a função instrumental de proteção dos bens jurídicos e diminuir as infrações. Ao contrário, só pode cumprir as funções simbólicas, como a confirmação da validade das normas e a falsa proteção dos bens jurídicos determinados nas normas penais.<sup>32</sup>

Portanto, acredita-se que as funções simbólicas prevalecem sobre as funções instrumentais. A ilusão de segurança jurídica junto ao público e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições do sistema penal é buscada através da mídia com a veiculação de programas que dão relevo á violência. Nestes programas os policiais utilizam tortura, há invasão senri autorização judicial, e outros desrespeitos aos seres humanos (supostos culpados) que estão sendo perseguidos. Causando no público dessa forma, a sensação de que esta forma violenta de lutar contra o crime é necessária e a

<sup>31</sup> BARATTA, A - “Criminologia Crítica...”. p.211.

<sup>32</sup> Ver MOKSOSKI, Estera et al. Vítimologia: enfoque interdisciplinar. Ver também: BARATTA, A. “Descriminalização das drogas”, In: Vítimologia, p.33.



Única possível.

Na realidade, a função instrumental de proteção aos bens jurídicos como o meio ambiente, liberdade, e a vida, jamais será tarefa capaz de ser realizada unicamente pelo sistema penal. A proteção desses bens jurídicos fundamentais é tarefa de cada um e de todos os cidadãos, sejam eles políticos, empresários, governantes.

De nada nos serve um sistema penal simbolizando segurança. Faz-se necessário uma reforma de cunho humanitário. Uma política de criminalizar e descriminalizar responsabilmente, levando em conta o grau de dano causado pelas condutas, incluindo toda e qualquer política criminal numa política social ampla e planejada.

O crime faz parte das relações sociais, e sempre irá existir em maior ou menor escala. A grande utopia é crer que o sistema penal seja capaz de combater e extirpar em definitivo todos os conflitos criminais. Estes conflitos só serão extintos quando o ser humano deixar de possuir sentimentos como a raiva, ciúmes, inveja, ganância, e outros mais.

O minimalismo propõe uma redução do campo de intervenção do Direito Penal, para que este possa levar em conta as necessidades reais das classes subalternas, aquelas desfavorecidas sócio-economicamente. E para tanto propõe estratégias político criminais, como por exemplo a descriminalização.

A descriminalização proposta por esta corrente é uma forma de socialização do controle da desviação e de privatização dos conflitos. Defende-se a abertura de maiores espaços de aceitação social da desviação. A sociedade não

pode ser dividida em bons e maus sujeitos, como propõe o maniqueísmo. Uma sociedade composta apenas de indivíduos bons é algo inatingível, é pura falácia. A desviação é entendida como qualquer infração à normas, sejam sociais ou jurídicas.^

A estratégia da despenalização significa para esta teoria, ora em análise, a substituição das sanções penais por formas de controle legal não estigmatizantes como as sanções administrativas ou civis. É uma forma de contração do sistema punitivo, aliviando-se em todos os sentidos a pressão do sistema sobre as classes subalternas e seus efeitos negativos sobre o destino dos indivíduos, possibilitando com isso, segundo entendimento de BARATTA, a unidade da classe operária dificultada pela atuação do sistema penal.<sup>34</sup>

Finalizando a descrição dos pontos de vista do minimalismo, observa-se que as estratégias descriminalizantes são vistas como uma maneira de reformar-se o sistema penal, a organização judicial, policial e o próprio Direito Penal. Atingindo desse modo a democratização destes setores do aparato punitivo do Estado. Diminuindo-se a criminalização seletiva praticada nestes níveis institucionais.^

## 2.7 - INDICAÇÕES DESCRIMINALIZADORAS.

Formular pautas ou indicações limitadoras para o funcionamento do sistema penal não é preocupação recente. Desde o movimento iluminista se questionam os limites naturais do âmbito penal e os critérios para freiar sua

---

<sup>34</sup> BARATTA, A. - " **Criminologia Crítica** p.213",

<sup>^</sup> BARATTA, A. - Idem, p.213.

<sup>^</sup> BARATTA, A. - idem, p.216.

tendência expansionista.

Os princípios limitantes que BECCARIA, BENTHAM e MILL formularam eram de certo modo prescrições morais que diziam que o sistema penal não deveria intentar isso ou aquilo. Outros autores questionavam o que poderia se lograr através do sistema penal. MONTESQUIEU, em sua obra “O Espírito das Leis” reconhecia que seria injustificado usar a lei com a esperança de efetuar-se transformações no coletivo social. Em 1874, STEPHEN, juiz na época, em obra intitulada “Liberdade, igualdade, fraternidade” expressava que não deveria a lei castigar nada que a opinião pública não condenasse fortemente. Tratar de fazê-lo seria provocar crassa hipocrisia e furiosa reação.<sup>36</sup>

A respeito das limitações da lei penal, CERVINI considera que esta não deve incluir proibições que não tenham um forte apoio do público.<sup>37</sup>

Em resumo, as diretivas formuladas foram e são um estímulo à busca de alternativas mais humanas para a solução dos conflitos sociais.

Atualmente, frente à deslegitimação dos sistemas penais podem ser observadas muitas propostas político-criminais.<sup>38</sup> Ressaltam-se duas grandes propostas, com diversas variáveis de contração ou de supressão do sistema penal, é o abolicionismo e o minimalismo.

Na América Latina uma terceira corrente político-criminal se desenvolve. Chama-se “Realismo Marginal”, cujo representante é ZAFFARONI. Esta corrente utiliza como fonte a proposta do “Direito Penal Mínimo”. Desenvolve

---

<sup>36</sup> CERVINI, R. - *Los procesos de decriminalización*, p.88.

<sup>37</sup> CERVINI, R. *Idem*, *ibidem*.

<sup>38</sup> A respeito da deslegitimação dos sistemas penais ver obras de Zaffaroni, Hulsman e Baratta, citadas no capítulo I e II desta dissertação.

estratégias baseadas no máximo respeito aos Direitos Humanos.

Com relação as diretivas limitantes do sistema penal, esta corrente orienta seus princípios direta ou indiretamente para a redução da violência institucional, através de uma progressiva descriminalização ou desinstitucionalização dos conflitos.<sup>39</sup>

### 2.7.1 - Diretivas propostas pela corrente abolicionista.

O representante principal da corrente abolicionista HULSMAN, durante participação no Colóquio de Bellagio realizado em 07/12/73, enunciou critérios que aconselham a não criminalização dos conflitos.<sup>40</sup> são eles:

a) não deve ocorrer a criminalização de condutas por exclusivo desejo de fazer dominar uma concepção moral; para criar ambiente de tratamento coativo para quem delinuiu, ou para iludir a opinião pública de que o problema criminalizado será solucionado unicamente com sua proibição;

b) não devem ser criminalizados comportamentos de grupos sociais discriminados, ou que correm o risco de sê-lo, como por exemplo o homossexualismo;

c) A criminalização não é aconselhada quando a capacidade do aparelho administrativo está saturada;

d) Não deve-se criminalizar comportamentos que a polícia só pode conhecer quando investiga por sua própria conta e não em virtude de denúncia;

---

<sup>39</sup> Ver o paralelo entre as propostas de BARATTA E ZAFFARONI, mencionado no capítulo II, item 2.7.4.

<sup>40</sup> CERVINI, R. - Los procesos de descriminalización, p.30.

e) comportamentos demasiado freqüentes ou próprios de grande parte da população, como no caso das subculturas devem ser descriminalizados;

f) se é um comportamento que se encontra somente em caso de desajuste social ou psíquico convém descriminalizá-lo:

g) Deve ser descriminalizado o comportamento de difícil definição;

### 2.7.2 - Diretivas do minimalismo.

Conforme, CERVINI, dentro da proposta do Direito Penal Mínimo, a sistematização mais coerente e completa das diretivas decriminalizadoras se deve à BARATTA.<sup>41</sup>

Os princípios desenvolvidos pelo minimalismo<sup>42</sup> estão baseados nos Direitos Humanos. Dividem-se em intra-sistemáticos e extra-sistemáticos. Os primeiros fazem as garantias e limites, indicam os requisitos para a introdução e manutenção das figuras delitivas nos textos legais. Os segundos se referem aos critérios políticos e metodológicos para a descriminalização e construção de um sistema alternativo ao sistema penal dos conflitos e dos problemas sociais.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> CERVINI, R. - Obra citada, p. 90.

<sup>42</sup> Apresenta-se, no item 2.7, desta dissertação, um paralelo entre as propostas descriminalizantes do minimalismo e do realismo marginal criminológico. Portanto, no tópico diretivas do minimalismo, evita-se repeti-los.

<sup>43</sup> A respeito das diretivas descriminalizatórias ver: BARATTA, A. - "Requisitos mínimos del respeto a los derechos humanos en la ley penal.", ver também: BARATTA, A. - "Principios del Derecho Penal Mínimo", p.623 e ss.

### 2.7.3 - Diretivas proposta pelo Realismo Marginal.

ZAFFARONI, o representante da corrente do realismo marginal, em sua proposta descriminalizatória enumera as seguintes diretivas:<sup>44</sup>\*

a) Princípio da Reserva da Lei. Este princípio consiste na exigência de máxima legalidade das penas.

b) Princípio da Máxima Taxatividade. Segundo este princípio, os tipos penais devem ter limites certos, evitando-se a integração analógica.

c) Princípio de Irretroatividade. Aplicar-se-à este princípio em função da impossibilidade de se ter conhecimento prévio da proibição e de cominação das novas normas penais.

e) Princípio de Representação Popular. Implica na exigência da rejeição, por parte dos magistrados, das leis e penas elaboradas de forma violatória das disposições constitucionais e das leis não elaboradas pelos representantes eleitos democraticamente.

O máximo respeito aos princípios acima citados, têm o intuito de limitação da violência do sistema penal. Conforme o entendimento de ZAFFARONI, são requisitos formais ao seu funcionamento. Estes princípios coincidem com os princípios propostos pelo minimalismo.

A corrente do Realismo Marginal elabora uma segunda categoria de princípios. Estes princípios servem para a limitação da violência causada pela exclusão de suposições de disfuncionalidade grosseira para com os direitos humanos, estão concebidos como orientações ao que ZAFFARONI designa como

---

<sup>44</sup> ZAFFARONI, E.R. - Em busca das penas perdidas, p.239.

“agência judicial”, são eles:<sup>45</sup>

a) Princípio da Máxima Limitação da Resposta Contingente (eventual). Conforme esta indicação, o juiz deve extremar seu zelo na análise crítica daquelas disposições que contenham reformas de corte repressivo, aprovadas demagogicamente, sem um prévio debate público ou o devido assessoramento responsável.

b) Princípio da Lesividade. Não é concebível que o juiz imponha uma pena como resposta para uma ação que não afete a um bem jurídico.

c) Princípio da Mínima Proporcionalidade. A pena não é admissível ante um fato insignificante de lesividade mínima, ou quando a mesma se vê claramente como desproporcional com a magnitude do conflito ou da lesão.

d) Princípio do Respeito Mínimo á Humanidade. Conforme este princípio, o juiz deve dispensar a pena, ou aplicá-la em seu mínimo limite legal quando esta repugna a elementares sentimentos de humanidade; implica numa lesão gravíssima para a pessoa; ou agrega um sofrimento suplementar ao que já padeceu o sujeito em razão do fato. ZAFFARONI propugna que os juizes, em tais casos, fazendo uso dos restantes princípios, declarem a inconstitucionalidade de tais normas.

e) Princípio da Idoneidade Relativa. Os juizes devem denunciar aqueles casos em que o Poder Legislativo procura dar aparentes soluções, por via penal, à conflitividade de outra natureza, para os quais devem encontrar-se soluções em âmbitos alheios ao sistema penal.

---

<sup>45</sup> ZAFFARONI, E.R. - Em busca das penas perdidas. p.240.

f) Princípio Limitador da Lesividade da Vítima. A vítima de um delito resulta, em princípio, afetada pela expropriação do conflito, praticada pelo sistema penal. Os juizes não devem tolerar que o sistema penal intervenha quando, em concreto, essa intervenção acarreta prejuízos suplementares à vítima, causando dessa forma a coisificação da pessoa humana, infligindo-lhe uma dor contra sua vontade.

g) Princípio de Transcendência Mínima da Intervenção. Toda intervenção do sistema penal transcende à pessoa do criminalizado, afetando a seu grupo imediato, seus familiares e dependentes. Os juizes devem exercer seu poder de forma que este não exceda a transcendência corrente, abstendo-se de impor penas que prolonguem seus efeitos desnecessários à terceiros.

Uma terceira categoria de princípios limitadores da atuação do sistema penal propostos pela corrente do Realismo Marginal compõe-se de princípios limitadores da violência por exclusão de qualquer pretensão de imputação pessoal, em razão de sua notória irracionalidade.<sup>46</sup>

CERVINI, com referência aos princípios elaborados pela corrente do Realismo Marginal, considera estes princípios um conjunto de limitações que o sistema penal deve comprovar que não têm violado, para que possa dar caminho às consequências penais.<sup>47</sup>

#### 2.7.4 - Paralelo entre diretivas de BARATTA E ZAFFARONI.

NASPOLINI aponta os pontos em comum entre as diretivas

---

<sup>46</sup> ZAFFARONI, E.R. - Obra citada, p.243.

<sup>47</sup> CERVINI, R. - Los procesos de descriminalización, p. 95.



descriminalizatórias propostas pelos representantes da corrente do Direito Penal Mínimo, BARATTA, e da corrente do Realismo Marginal, ZAFFARONI, são eles:<sup>\*\*</sup>®

a) O Realismo Marginal Criminológico, de ZAFFARONI, constitui-se em um saber voltado para os sistemas penais latino-americanos. O autor considera que a situação de dependência latino-americana, em relação aos países do capitalismo central, imprime aos sistemas penais periféricos características operacionais de maior violência e um mais alto grau de violação dos direitos humanos. A deslegitimação dos sistemas penais na América Latina é devida sobretudo à evidência do fato “morte”.

b) A violação explícita da legalidade, associada à arbitrariedade e violência do poder configurador, característicos das agências policiais, faz com que o exercício de poder punitivo dos sistemas penais periféricos se apresente como um genocídio em marcha.

c) A resposta à deslegitimação do sistema penal, através da sua urgente redução, significa a busca de contenção de sua violência punitiva. A demora nesta redução “conta-se em mortes”. Subscrevendo o ideal abolicionista a longo prazo, o Realismo Marginal Criminológico consubstancia-se em uma resposta imediata para a deslegitimação do sistema penal. A sua dimensão político-criminal constitui-se nos princípios limitadores da violência punitiva.

d) A principiologia de ZAFFARONI visa, assim como a de BARATTA, a contração do sistema penal, através da recuperação das garantias jurídicas fundamentais e do respeito aos direitos humanos. Enquanto na obra de BARATTA, porém, os direitos humanos são considerados sob uma perspectiva

---

<sup>\*</sup> NASPOLINI, Samyra Haydêe. O Minimalismo Penal como política criminal de contenção da violência punitiva, p. 109.

materialista, englobando também os direitos sociais, em ZAFFARONI possuem o seu teor originário moderno, liberal, baseados nas garantias individuais.

e) Os Princípios Intra-sistemáticos de Limitação Formal (princípio da legalidade em sentido estrito, de taxatividade, de irretroatividade, da primazia da lei penal substancial e da representação popular), de BARATTA, coincidem com a primeira categoria de ZAFFARONI, Princípios de Limitação da Violência por Carência de Elementaríssimos Requisitos Formais. Com a enunciação desta principiologia, os autores reforçam as garantias jurídicas do Estado de Direito, submetendo à elas toda forma de controle do desvio.

f) Os Princípios de Limitação Funcional, ainda dentro da visão intra-sistemática de BARATTA, encontram correspondentes na categoria de Exclusão de Pressupostos de Disfuncionalidade, de ZAFFARONI.

g) Estes dois autores postulam a necessidade de se evitar respostas contingenciais para os conflitos, impondo a não aplicação de leis penais para o controle do desvio, leis que tenham sido elaboradas em clima de emergência, sem as devidas pesquisas técnicas e sem um amplo debate parlamentar e público.

h) Ao Princípio de Proporcionalidade Abstrata, de BARATTA, correspondem os Princípios de Lesividade e o da Mínima Proporcionalidade, de ZAFFARONI. Segundo os quais, somente aos delitos que causarem graves danos à sociedade é que se deve impor alguma pena, estritamente proporcional e na medida do dano. Neste sentido, BARATTA postula que esses graves danos devem se consubstanciar em violações de direitos humanos, enquanto ZAFFARONI exige para a resposta punitiva a lesão ou o perigo concreto de lesão de algum bem jurídico, não mencionando se este bem jurídico deva ser

necessariamente atinente aos Direitos Humanos.

i) Os Princípios de Idoneidade, de BARATTA, e Princípio de Idoneidade Relativa, de ZAFFARONI, são direcionados no primeiro caso ao legislador, que só deverá cominar penas a partir da comprovação da sua utilidade social, e no segundo caso aos juizes, para que estes se neguem a aplicar penas que apresentem somente uma solução simbólica para os conflitos.

j) Ambos resgatam o papel da vítima na resolução dos conflitos penais, enunciando princípios como o da Primazia da vítima (BARATTA) e Limitador da Lesividade à Vítima (ZAFFARONI), que visam a proteção dos interesses da vítima, no sentido de proibir que a pena seja aplicada contra sua vontade.

k) O Princípio de Transcendência Mínima da Intervenção Punitiva, enunciado dentro da categoria funcional de ZAFFARONI, possui o seu correspondente no Princípio de Personalidade, que compõe a principiologia de Limitação Pessoal, de BARATTA. Referem-se ao estrito cumprimento das penas, impondo que esta não transcenda a pessoa do condenado, além dos limites mínimos que a sua aplicação implique.

Assim, termina a categoria funcional de princípios enunciados por ZAFFARONI, com o acréscimo do princípio de Respeito Mínimo à Humanidade, que proíbe a aplicação de penas, ao arrepio de sentimentos mais elementares de humanidade. Enquanto em BARATTA encontramos outros princípios de limitação funcional, tais como:

1) Subsidiariedade. Determina que a pena só será procedente se não

houver outra forma de solução, que implique em menor custo social, para cada conflito no caso concreto.

2) Proporcionalidade Concreta ou Adequação ao Custo Social. Este princípio impõe a exigência de aplicação das penas visando-se à compensação e limitação das desigualdades sociais.

3) Implementabilidade Administrativa da Lei. Segundo tal princípio, a lei penal para sua aplicação, deve se adequar aos recursos administrativos, evitando-se, dessa forma, a seletividade do sistema penal por problemas estruturais.

4) Respeito pelas Autonomias Culturais. Postula-se, através desse princípio, a não criminalização de comportamentos inerentes à práticas culturais que apesar de diferenciadas do resto da sociedade, apresentem-se como normais para as subculturas que as integram.

No que tange aos Princípios Intra-sistemáticos de Limitação Pessoal, BARATTA enuncia ainda outros dois princípios. São os princípios de Responsabilidade pelo Fato e o da Exigibilidade Social do Comportamento Conforme a Lei. Nesta categoria, ZAFFARONI postula o Princípio de Exclusão de Qualquer Pretensão de Imputação Pessoal.

Assim, tem-se a recusa por parte dos dois autores de qualquer punição baseada nas noções da Criminologia Positivista de periculosidade do autor. A vida e as características pessoais do criminalizado são fatores que pesam na decisão judicial da culpabilidade. Neste sentido ZAFFARONI desenvolve o conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade, acrescentando aos requisitos para

reprovação de condutas criminalizadas um novo limite, baseado no esforço pessoal para ser vulnerável.

Enquanto que no Realismo Marginal Criminológico, os princípios limitadores da violência, se atêm ao ponto de vista interno ao sistema penal, BARATTA enuncia princípios externos ao sistema. São eles:

- a) Os princípios extra-sistemáticos de descriminalização.
- b) Os princípios metodológicos de construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais.

Nos primeiros, BARATTA indica a construção de uma política criminal baseada na economia do controle social (Princípio da Não Intervenção Útil); na substituição de algumas intervenções penais por um direito restitutivo e mediador (Princípio da Privatização dos Conflitos); na devolução aos conflitos de sua dimensão política (Princípio da Politização dos Conflitos) e na preservação das garantias formais, mesmo que os conflitos sejam resolvidos através de um controle social informal (Princípio de Preservação das Garantias Formais).

Na segunda categoria de Princípios Extra-sistemáticos, BARATTA enuncia princípios que procuram reinterpretar os conceitos de criminalidade e de pena. Propõe-se a liberação da imaginação sociológica e política, no sentido de modificar as formas tradicionais técnicas de perceber e solucionar os conflitos e os problemas sociais.

Tais princípios visam uma crescente substituição das formas repressivas por formas preventivas de resolução dos conflitos (Princípio Geral de Prevenção). Visam também a passagem dos sujeitos de necessidades reais e

dos direitos humanos, de um papel passivo de tratamento institucional, para um papel ativo de busca de soluções comunitárias e mais democráticas na solução de seus problemas (Princípio da Articulação Autônoma).

NASPOLINI, com relação aos pontos em comum entre o pensamento de BARATTA e ZAFFARONI, conclui:

“Acreditamos que a implementabilidade dos princípios minimalistas significam a contração da intervenção punitiva com a consequente contenção da sua violência. A aplicação da pena somente em último caso, e a tolerância em relação a uma série de condutas que não constituam grave lesão para os Direitos Humanos, implicariam em um processo vasto e necessário de descriminalização e despenalização, obstaculizando os efeitos perversos e inúteis da criminalização e da prisão. (...) o Minimalismo Penal proporciona uma inversão na lógica intervencionista do sistema penal, que passa por uma conscientização de todos os seus operadores jurídicos e de toda a sociedade, no sentido de ceder maior espaço para as diversidades e de procurar formas mais democráticas e criativas para a real solução dos conflitos e não somente para sua repressão.”<sup>49</sup>

Estabeleceu-se no primeiro capítulo a distinção e relação de interdisciplinariedade entre as ciências criminais: Direito Penal, Criminologia e Política Criminal. Descreveu-se a descriminalização, como uma Política Criminal Alternativa.

Procedeu-se no capítulo seguinte a conceituação dos termos despenalização, desjuridicização, e diversificação, que são etapas do processo de descriminalização. Aponta-se ainda no segundo capítulo, a visão descriminalizante e as diversas estratégias político criminais elaboradas pelas correntes abolicionista, minimalista e do realismo criminológico,

No próximo capítulo apresenta-se o pensamento de alguns intelectuais da América Latina, com relação a política criminal alternativa da

---

<sup>49</sup> NASPOLINI, S.H. - Obra citada, p.113-114.

descriminalização e suas possíveis contribuições sociais.

### CAPÍTULO III

## O PENSAMENTO LATINO AMERICANO E A DESCRIMINALIZAÇÃO



Aborda-se neste capítulo o pensamento de autores latino-americanos.<sup>^</sup> Estes vêm contribuindo de forma relevante na luta pela modernização do Direito Penal, para tornar suas normas compatíveis com a práxis social. Tentando obter-se dessa forma, um Direito Penal, alicerçado nas investigações da Criminologia Crítica, útil para a defesa dos interesses também das classes sócio-economicamente desfavorecidas.

A política criminal da descriminalização vem sendo estudada, discutida e entendida como uma possível alternativa à política da criminalização excessiva. A política de intensificação da criminalização ao invés de segurança e garantias, só inflaciona os códigos e leis penais, tornando-os cada vez mais ineficazes e distanciados dos fatos concretos. Causando a chamada “violência institucional”, que recai principalmente nas classes sociais mais frágeis.<sup>^</sup>

### 3.1 - RAUL CERVINI.

A obra de CERVINI<sup>^</sup> “Los Procesos de Descriminalización”, enfoca o

---

<sup>^</sup> Não inclui-se neste capítulo, em razão de terem sido abordados nos capítulos I e II, o pensamento de BARATTA, ZAFFARONI, CASTRO e SANTOS.

<sup>^</sup> A respeito da “violência institucional” ver SANTOS, J.C.dos. - “As raízes do Crime...”, p.70.

<sup>^</sup> RAUL CERVINI, nasceu em Montevideo em 25 de junho de 1945. É Doutor em Direito e Ciências Sociais, professor de Direito Penal na Faculdade de Derecho de La Universidad Católica del Uruguay. Tem proferido conferências e intervindo em investigações patrocinadas por diversos centros acadêmicos da América e Europa. Dentre várias atividades coordenou no Uruguai (1987-1988) na área Meios de Comunicação e Encuestas do Projeto do Instituto interamericano de Direitos Humanos: “ Sistemas Penais e Direitos Humanos na América Latina”, com a direção de Eugenio Raul Zaffaroni. Siracusa, Itália (1989). Cervini integra a Secretaria Acadêmica Internacional do Projeto Alternativo do Rio de Janeiro em matéria de Drogo-dependência; o Conselho Consultivo do Instituto Superior Ibero-americano de Estudos Criminais (ISIEC) de Valença-RJ; o Instituto Uruguaio de Direito Penal, o Centro de Estudos Penais da República Argentina; a Sociedad Intemacional de Criminologia; a Sociedade Intemacional de Defesa Social e o Gnjpo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal, sendo sócio fundador da seção uruguaia de dita organização acadêmica. Faz parte da Sociedade Brasileira de Vitimologia e da World Society of Victimology. É colaborador assíduo de diversas publicações científicas nacionais e estrangeiras, integra entre outros o Conselho Consultivo da Revista do Colégio de Advogados Penalistas Del Valle (Medeilim, Colômbia) e o da Law and Criminology Review, publicação da School of Law, University of Texas (Austin, USA). Estes dados foram extraídos da contra-capa da obra intitulada “crime organizado” de autoria de Cervini e Luiz Flavio Gomes.

tema da descriminalização com bastante clareza e riqueza de detalhes.

O autor ora em análise, aponta alguns sintomas e efeitos da disfuncionalidade do sistema penal que induzem à sua contração ou redução.

CERVINI elabora sugestões para enfrentar-se a inflação legislativa e racionalizar-se o sistema penal, em termos de respeito à dignidade do homem e sua realidade. Realidade esta que favorece a postura desinstitucionalizadora.

Dentre os aspectos que favorecem à descriminalização, aponta o fracasso, contradições e origens da chamada “ideologia do tratamento ressocializador”; o custo do crime, seus diversos aspectos e consequências à luz da crise fiscal do Estado.

Enfatiza ainda em sua obra conceitos básicos relativos as principais propostas desinstitucionalizadoras: despenalização, descriminalização e diversificação. Abordando os obstáculos que se apresentam a esses processos.

CERVINI trata das diversas diretivas ou indicações, que desde o campo doutrinário ou no plano instrumental, se fazem aconselháveis para a progressiva contração do sistema penal, tanto na fase intra-dogmática e extra-dogmática. Dentre estas diretivas encontram-se o respeito às autonomias culturais; a cifra negra da criminalidade; relações entre o Direito Penal, a moral, e os delitos sem vítimas.

Finaliza a obra expondo sua idéia sobre o real sentido e alcance dos processos de descriminalização e criminalização, na atual dinâmica justificadora da norma penal.

Para CERVINI, hoje em dia, todos os problemas fundamentais da Criminologia atual e grande parte dos temas da Dogmática Penal, se encontram de uma ou outra maneira, vinculados ao debate sobre os processos de criminalização e descriminalização.<sup>1^</sup>

Abordar-se-á a seguir cada uma das indicações descriminalizantes apontadas por CERVINI.

### **3.1.1- Fracasso da ideia do tratamento ressocializador.**

Conforme o autor em apreço, os embates a ideologia do tratamento ressocializador começam contra o próprio conceito de ressocialização. O mesmo pode ser entendido como um conceito vago, questionável desde o ponto de vista dos direitos humanos. A natureza de processo interativo de comunicação que requer que o indivíduo à ressocializar e a sociedade, compartilhem certos valores fundamentais das normas sociais envolvidas, não deve ser esquecida.

O insuficiente conhecimento do fenômeno criminal, de suas causas e principalmente de métodos realistas de tratamento, é apontado como mais uma das limitações ao ideal ressocializador.

Com relação a prisão, ou a pena privativa de liberdade, meio empregado para intentar-se o tratamento ressocializador, CERVINI lembra que esta é uma instituição antiga. As razões históricas para se manter uma pessoa reclusa foram no princípio o desejo de que a sociedade retribuísse dessa forma a conduta inadequada. Mais tarde a prisão obrigaria os indivíduos à freiar seus

---

<sup>1</sup> CERVINI, Raul - Los Procesos de Decriminalización, p.19.

impulsos anti-sociais. E mais recentemente o propósito de reabilitação. ^

Atualmente, nenhum especialista aceita que as instituições de custódia estejam cumprindo com as funções de reabilitação, de reinserção, reeducação ou ressocialização. Funções que a sociedade atribui a essas instituições.

Ao contrário, acredita-se que estas instituições efetivam, graças a sua potencialidade criminalizante, o fenômeno da prisionalização, entendido como a assimilação pelo recluso dos valores e métodos criminais. A prisão torna-se um meio condicionante de futuras carreiras criminais. Nesta ocorre a aculturação do recluso, e também a estigmatização do indivíduo que ficará marcado e rejeitado mesmo após o cumprimento de sua pena.

Dessa forma, apontam-se vários efeitos comuns às instituições totais, que inibem toda e qualquer possibilidade de tratamento eficaz. Exemplo disso citam-se as cifras de reincidência. Todo este panorama é incrementado pela carência dos meios e recursos para o planejado tratamento ressocializador, como por exemplo a falta de instalações e de pessoal capacitado. ®

As pesquisas sobre a ressocialização demonstram a contradição gritante entre os meios e os fins. Postular em abstrato, que a pena deve servir como meio de reabilitação é muito diferente de aceitar a prisão como meio idôneo para cumprir com tal objetivo. ^

CERVINI enfatiza que a teoria da ressocialização repousa em fórmulas teóricas e que tendo em conta a ineficácia histórica do cárcere, como

---

® CERVINI, R. - "Los procesos...", p.37.

© CERVINI, R. - Idem , p.36.

” CERVINI, R. - Idem, ibidem.

meio para logra-se a recuperação social dos detentos impõe-se, inflexivelmente, a busca de outras vias, em todas as etapas e níveis do sistema penal. Na etapa da elaboração das leis, propõe-se paulatina e racional descriminalização. Durante a tramitação do processo, prévia reforma processual. Na execução da pena, efetiva utilização das penas alternativas.®

Diante deste quadro, afirma-se, o princípio racional de reeducação do condenado será possível somente após uma reavaliação dos códigos e políticas penais e de sua interdependência com as estruturas capitalistas das relações sociais.

Uma atualização das leis penais servirá para mitigar os efeitos deste problema tão profundo que é o aprisionamento. A descriminalização não significaria total desregulamentação de condutas, mas sim, uma atualização das normas penais. Deixando-se que os conflitos de menor potencialidade ofensiva, sejam controlados em esfera não penal, no ambiente familiar, laboral, médico, informalmente, como por exemplo nos grupos de auxílio mútuo, os alcoólatras anônimos e outros.

Os conflitos descriminalizados podem ainda, conforme seu teor, serem tratados pelo Direito Civil, Administrativo, Comercial e principalmente entendidos como problema social. Abandonando-se a idéia equivocada de que o sistema penal por si só os resolveria, pois como enfatizou-se anteriormente, todo conflito criminal é também social e requerem políticas sociais de prevenção.

### 3.1.2 - Crise fiscal e custo do crime, fatores descriminalizantes.

O custo crescente que implica a ideologia do tratamento ressoeilizador, tendo como meio de instrumentalização a prisão, manicômios e instituições de custódia®, não se justifica em função dos resultados obtidos: não se ressocializa, não se diminui a criminalidade.

Os processos de descriminalização vêm sendo estudados e apontados como alternativas capazes de minimizar os altos custos do delito. Os custos do crime podem ser entendidos como os prejuízos, as despesas do crime.

Os custos do crime não devem ser confundidos com o custo da Justiça penal. O primeiro é muito mais amplo, o segundo representa somente um dos subsistemas da estrutura institucional do sistema penal de cada país.<sup>10</sup>

Os custos são analisados através de cifras relativas. A criminalidade oculta, não denunciada, a chamada “Cifra Negra da criminalidade”, não é contabilizada nas estatísticas oficiais. Parcela dos problemas criminais ficam de fora das estatísticas dando a impressão de que os custos se circunscrevem unicamente ao âmbito da justiça penal.

Na realidade, esses custos se manifestam também no âmbito da economia, como os danos causados às pessoas ou coisas, o seu aniquilamento total que priva a economia de seus recursos. No âmbito particular dos cidadãos, apontam-se os custos em decorrência dos atentados aos bens ou à vida, da diminuição da adaptabilidade do sujeito após a aplicação da pena privativa de liberdade e dos efeitos da estigmatização penal. Na área das finanças públicas.

---

® As instituições de custódia podem ser entendidas como aquelas que mantêm reclusos indivíduos por determinação legal.

<sup>10</sup> CERVINI, R. - Los procesos de descriminalización, p.40.

observa-se o custo da repressão, investigação e pesquisas, custo da prevenção, da administração da justiça, etc. No âmbito social está compreendido o custo para a economia e o custo individual, e quando o Estado oferece, o custo com a manutenção das famílias de detentos, a ajuda às vítimas, etc.

Assim, visualiza-se o amplo campo onde o custo do crime se manifesta: na economia, finanças públicas, para os particulares e para o próprio condenado e seus dependentes. Reunindo-se todos esses aspectos obtém-se o custo total do crime ou da criminalização de condutas.

Dessa forma esperar que a política criminal por si só, seja capaz de resolver os conflitos sociais é pura utopia, um grande equívoco. O delito gera consequências econômicas, sociais e individuais. Este novo enfoque desperta a consciência de que a luta contra o delito e os esforços para combatê-lo exigem um critério integrado com as estratégias e políticas nacionais para o desenvolvimento econômico e social.

Portanto, política criminal, política social e política econômica devem fazer parte de um todo harmônico, voltado para a busca conjunta de alternativas para o problema criminal.

Segundo CERVINI, toda a sociedade utiliza ou pretende utilizar métodos de prevenção, repressão e reabilitação. Os usados até hoje repercutem negativamente na economia. A solução à propugnar estaria em eleger as técnicas alternativas mais efetivas, buscar sistemas modernos que barateiem os custos e deixem ver a incapacidade das técnicas tradicionais. Estas longe de lograr benefícios, elevam os custos e fazem sucumbir o sistema da Justiça Penal.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> CERVINI, R. - Obra citada, p. 43.

O Estado analisa os custos das políticas na área social e econômica quando as quer implantar. Na área da política criminal os custos não são levados em conta, amplia-se a criminalização através de novos tipos penais ou penas mais duras, aumenta-se a população carcerária deixando de lado a questão das verbas necessárias. Os custos do crime ampliam dessa forma a crise fiscal.

A política da descriminalização é capaz de amenizar os custos da inflação legislativa, ou criminalização excessiva. Toda e qualquer estratégia penal deve ser criada e implantada conforme as possibilidades econômicas de cada sociedade.

No âmbito das Nações Unidas o tema dos custos do crime tem sido amplamente debatido. Conforme o "V Congresso", realizado em São José, Costa Rica, no ano de 1975, enfatizou-se que o delito cobra um preço muito mais alto do que se supõe ou se admite em geral, mais alto do que necessário, que recai com maior força nos que estão em piores condições para suportá-lo. É necessário fazer cálculos sobre o grau, a forma, repercussão e as tendências do delito numa dada sociedade, efetuar a avaliação da eficácia das políticas e programas de prevenção do delito e luta contra a delinquência existentes ou previstos, e da medida em que tendem a complicar o problema. Os conflitos requerem uma estratégia de aplicação sobre a base de decisões razoadas, concedidas como parte integrante da planificação geral do desenvolvimento. É mister determinar em forma mais precisa as consequências cabais do delito a fim de reordenar as prioridades de maneira a centrar-se com maior clareza nas consequências prejudiciais do delito, mediante estratégias eficazes de prevenção e controle, assim como redistribuir em forma equitativa os custos inevitáveis.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> CERVINI, R. - Obra citada, p. 44.



Diante destas descobertas, pode-se ter a nítida visão de que o delito em sua interação social, lesiona o desenvolvimento integral das nações. Ataca o bem estar espiritual e material dos povos. Ao invés de solução, através da intensa criminalização os povos agravam ainda mais seus problemas econômicos, sociais e de justiça penal.

Conclui-se que os intelectuais, juizes, políticos e todos aqueles que defendem a política criminal alternativa da descriminalização estão à se ocupar de tema sumamente importante para toda a sociedade. O binômio crime-cadeia é fato que deve, na medida do possível e cada vez mais, ser extirpado das alternativas para saneamento dos conflitos sociais.

### **3.1.3 - Alcance e sentido da descriminalização.**

Em decorrência da crise que sofre hoje a administração do sistema penal, observa-se o desequilíbrio notório entre as necessidades de proteção real dos indivíduos e um sistema de justiça penal sobrecarregado e ineficaz. Crise esta gerada pelo fracasso da ideologia da ressocialização, dos custos do crime, individuais e sociais, da defasagem das leis com certas culturas, da cifra negra, das contradições intra-dogmáticas, etc.,

Conforme CERVINI, para se enfrentar este quadro surgiu nos anos 60 um movimento doutrinário, quase universal, que comunga o chamado "espírito de reforma" . Desde uma base comum que seria a reforma da lei, propugnam a idéia de redução da inflação legislativa. Para tal objetivo indicam como meio o processo de descriminalização.

Uma ampla gama de propostas do movimento descriminalizador é

hoje em dia, o mais importante plano político-criminal e se reflete no âmbito dogmático, no princípio de "mínima intervenção penal". CERVINI enfatiza, o sistema penal só deve ser utilizado para a proteção dos bens jurídicos de forma subsidiária, como "*última ratio*", reservando-se-lhe para aqueles casos em que seja o único meio de se evitar um mal maior.<sup>13</sup>

Como política criminal contrária a desinstitucionalização encontra-se em muitos países desenvolvidos, a política da intensificação das condutas puníveis e das penas respectivas, como por exemplo o chamado "Movimento de Lei e Ordem". Entretanto, advertem os doutrinadores latino-americanos, os processos de criminalização e descriminalização, não são antinômicos, não são estrategicamente incompatíveis.. Ambos se darão como consequência das transformações sociais, para que as normas penais não percam totalmente seu valor, e o direito penal possa realmente servir ao homem.<sup>14</sup>

Para CERVINI, o legislador deve ter consciência de que a pena representa um mal e deve ser evitada na medida do possível. Ao criar novas normas penais ou ponderar a real necessidade das já existentes, aconselha-se ao legislador não buscar a solução mais fácil da via punitiva na erradicação problemas. Problemas para os quais ainda não se buscou todas e cada uma das estratégias extra-penais aconselháveis. É indevida a criminalização efetuada para tranquilizar ao eleitorado ante a aparição de alterações sociais. Em suma, o Direito Penal não deve ser um parque de incipientes desajustes sociais, deve ser o último recurso de que dispõe a sociedade.<sup>15</sup>

A proposta desinstitucionalizadora tendente a despenalização, descriminalização (de fato e de jure), e diversificação, pode ser entendida como uma das ferramentas de mais urgente utilização, neste necessário esforço de

---

<sup>13</sup> CERVINI, R. - Los procesos de descriminalización, p. 164.

<sup>14</sup> CERVINI, R. - Idem, p.165.

<sup>15</sup> CERVINI, R. - Idem, ibidem.

revisão e racionalização do Direito Penal, a fim de colocá-lo à serviço de uma real justiça e solidariedade social.<sup>16</sup>

CERVINI acredita ser possível a criação de um novo Direito Penal e de políticas criminais que não negligenciem a manutenção das garantias individuais fundamentais e o respeito aos direitos humanos.

### 3.2 - AUTORES BRASILEIROS E A DESCRIMINALIZAÇÃO.

Após analisar-se o entendimento de CERVINI sobre a política criminal da descriminalização, aponta-se a seguir o pensamento de alguns autores brasileiros e suas propostas descriminalizatórias.

#### 3.2.1 - ESTER KOSOVSKI.

Primeiramente apresentar-se-á idéias de KOSOVSKI com referência a temática da descriminalização.

As Nações Unidas reconhecem a importância da Vitimologia, que é um movimento do qual KOSOVSKI faz parte, credenciaram a World Society of Victimology como órgão consultivo aprovando em 1986 a “Declaração de princípios básicos de justiça para vítimas de crime e abuso de poder”.

Em agosto de 1991, o Rio de Janeiro foi sede para o 7º Simpósio Internacional de Vitimologia. Posteriormente foi publicada a obra “Vitimologia - Enfoque Interdisciplinar”, organizada pela professora Ester Kosovski. Os temas

<sup>16</sup> CERVINI, R. - Obra citada, p. 166.

<sup>17</sup> KOSOVSKI, produziu e coordenou na área das ciências criminais várias obras dentre elas: Adultério; Vitimologia - enfoque interdisciplinar; Criminologia da Reação Social; Mídia e Violência Urbana. KOSOVSKI integra o movimento denominado “Vitimologia”, e também a Sociedade Mundial de Vitimologia que foi criada em 1979, posteriormente integrou-se a Sociedade Brasileira de Vitimologia fundada em 1984.

tratados na referida obra estão relacionados com problemas tais como drogas; minorias (vitimologia de homossexuais); o menor como vítima de um drama familiar e do sistema jurídico; as minorias vitimizadas (os menores de rua, direitos das vítimas, doença mental e Direitos Humanos); e outros temas de igual relevância. Aborda-se a seguir alguns destes temas.

### 3.2.1.1- Drogas e Vitimização.

Conforme observa KOSOVSKI, o tema das drogas mobiliza atenções e a preocupação de países do mundo inteiro. A Vitimologia, com uma visão inovadora da vítima e o seu estudo científico, a assistência às vítimas e uma percepção globalizante dos fenômenos de vitimização, contribui para se encarar de forma mais realista o problema da criminalidade.

A respeito do uso de drogas a autora em apreço afirma: “O usuário de drogas é vítima de si próprio, antes de mais nada, ele próprio sofre as consequências de sua ação e pode-se dizer que o ambiente familiar é também vitimizado e identificam-se assim inicialmente as vítimas do uso abusivo de substâncias que provocam dependências física ou psíquica.”<sup>18</sup>

Sobre o uso de drogas, e uma respectiva política criminal, KOSOVSKI entende que a política criminal no Brasil deve contemplar o problema das drogas, na medida em que o país tem cada vez maior participação na distribuição, embora não sendo grande produtor, e o consumo de drogas ilícitas não tenha ainda atingido os níveis de países considerados grandes

---

<sup>18</sup> KOSOVSKI, Ester - Vitimologia, p,37

consumidores.<sup>19</sup>

Dessa forma pode-se afirmar que o consumidor da droga é muito mais uma vítima do que um criminoso. A política criminal no Brasil deve ser adequada à nossa realidade que difere da dos grandes centros consumidores de droga.<sup>20</sup>

### 3.2.1.2 - Adulterio e descriminalização.

Outro importante trabalho, relativo a descriminalização foi publicado em 1983 pela autora, sob o título "Adulterio".

A respeito da proposta de descriminalização do crime de adulterio, tipificado como crime no art. 240 do Código Penal Brasileiro, entende a autora que:

"Adulterio é uma palavra que segundo muitos, atualmente soa obsoleta, lembra tempos remotos, cintos de castidade e pessoas com poder de propriedade sobre outras. Lembra apedrejamento, infâmia, honra lavada com sangue, atitudes que já não condizem com a época presente em que nem incesto, nem homossexualismo ou prostituição são tipificados como crimes e em que os avanços da psiquiatria e ciências psicológicas, bem como o respaldo da sociologia dão outras conotações a condutas desviantes. Conforme nos aponta a pesquisa empírica apresentada no final do trabalho, a própria sociedade tem outra visão e outra reprovabilidade. As pessoas clamam por liberdade, naturalmente não como sinônimo de liberdade excessiva ou falta de responsabilidade, mas significando maiores possibilidades de realização pessoal em todos os níveis, inclusive no sexual, hoje com o divórcio, já é possível corrigir legalmente erros de ajuste entre cônjuges, e a figura ameaçadora do estigma e infâmia do adulterio, principalmente em relação à mulher, pode ser restrita ao âmbito da lei civil".<sup>21</sup>

Na legislação brasileira, o adulterio é crime de difícil prova, também

<sup>19</sup> KOSOVSKI, E. - Vitimologia, p.37.

<sup>20</sup> Ver jurisprudências sobre uso de drogas no anexo I, n.13.

<sup>21</sup> KOSOVSKI, E. - Adulterio, p. 15.

sua conceituação pela doutrina não é uniforme e bastante vaga.<sup>22</sup>

Tal delito encontra-se inserido nos crimes contra a família, dando margem a um sem número de questionamentos: é justo considerar o adultério crime? A condenação do adúltero e da adúltera é útil à sociedade? Serve apenas como instrumento de vingança e extorsão? Que fatores motivaram a inclusão do adultério nos textos legais? Terá a lei punitiva tornado o adultério mais difícil ou raro?

A respeito dessas indagações, KOSOVSKI, em seu trabalho "Adultério" fornece subsídios para temas como a prova do crime de adultério; verdadeiros interesses daqueles que intentam a perseguição penal de tal delito, nas suas palavras:

"Alguns se valem do flagrante, forjado ou autêntico, como prova irretorquível. Nem sempre se exige *"nudus cum nudo"*. Mas atualmente, com a facilidade dos motéis, apart-hotéis e outros locais, é constatado o fato, quando assim se quer, com relativa facilidade. O que é humilhante e indigna é a forma de se realizar o flagrante, que é utilizado quase sempre como vingança e, em geral, para forçar o cônjuge culpado a uma separação que lhe seja desfavorável. O exercício da advocacia de família nos forneceu muitos exemplos desse tipo, mas o número de flagrantes de adultérios feitos nas delegacias policiais, cujos dados estão nas estatísticas da Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro, e que não se transformam em processos jurídicos, ficando quando muito no inquérito, comprovam a afirmação do mau uso a que são destinados, servindo de pressão e ameaça, com sentido até de extorsão, contra o cônjuge indiciado e seu cúmplice".<sup>23</sup>

Enfatiza-se, com relação ao que foi exposto, que a lei penal não deve ser usada como instrumento para obrigar as pessoas a agirem em seu benefício próprio. A norma que incrimina o adultério, está mais no campo moral, religioso, do que penal. Para solucionar os prejuízos financeiros causados pelo adultério estão disponíveis como afirmou-se anteriormente, normas como o divórcio e a separação judicial, pertencentes ao campo do Direito Civil. Normas

<sup>22</sup> ver entendimento jurisprudencial sobre adultério no anexo I, n.11.

<sup>23</sup> KOSOVSKI, E. - *Vitimologia*, p.66.

muito mais racionais do que as normas penais.

### 3.2.2 - EVERARDO DA CUNHA LUNA.

LUNA afirma a interrelação entre criminalização e descriminalização, considerando estes dois processos como paralelos e necessários a uma eficiente atualização das normas penais, entende que :

“Paralelo ao processo de descriminalização, movimenta-se o processo de criminalização, como fatos que, em outras épocas foram incriminados sem real fundamento, e devem, hoje, serem descriminalizados pela ausência do fundamento sobre o qual foram elevados à categoria de crime, assim também certos fatos , por império das circunstâncias atuais, exigem que se lhes reconheça dignidade penal. Na primeira ordem de fatos, o adultério, o incesto e o lenocínio. Na segunda ordem de fatos, o terrorismo político, a delinqüência ecológica e a delinqüência econômica merecem especial consideração. Muitas vezes, esses fatos apresentam-se complexamente, imbricando-se, p. ex., terrorismo e tecnologia, tecnologia e economia, meio ambiente e economia, tecnologia e meio ambiente. Tais fatos não afetam o processo de descriminalização, como sugerem alguns autores, mas aumentam o número de tipos penais referentes a crimes de maior gravidade.”<sup>24</sup>

Como tema principal desta dissertação está a política criminal da descriminalização, que se encontra na ordem do dia daqueles penalistas, criminólogos, juristas, sociólogos, filósofos, professores, acadêmicos, pessoas preocupadas com a humanização e reforma do sistema penal, para que ele possa servir aos indivíduos nas suas reais necessidades, respeitando os direitos humanos e a Lei magna principalmente.

---

<sup>24</sup> CUNHA LUNA, Everardo da - " **Descriminalização...**", p.55.

### 3.2.2.1 - Descriminalização, generalidades.

Procede-se a análise da descriminalização no pensamento de LUNA, com o intuito de fornecer subsídios para um julgamento da necessidade e oportunidade da redução da intervenção penal na solução de certos conflitos sociais.

LUNA define os processos descriminalizatórios da seguinte forma:

“ A descriminalização consiste na extinção do caráter criminosos de um fato definido por lei como ilícito penal. O ato descriminalizante pode ser legislativo, interpretativo do juiz e de fato. Exemplo de descriminalização por ato interpretativo encontra-se na jurisprudência do STF sobre cheque sem fundo. Exemplo de descriminalização de fato existe na exclusão da tipicidade de determinados atos considerados obscenos pela legislação penal. Em sentido genérico a descriminalização consiste em: a) restringir o âmbito do tipo penal; b) diminuir a pena cominada; c) abolir agravantes da pena; d) transformar o crime em contravenção; e) transformar contravenção em ilícito extrapenal; f) transformar o crime de ação pública em crime ação pública condicionada ou de ação privada; e g) compreender o dolo eventual na culpa consciente (como acontece na receptação)”.<sup>25</sup>

LUNA expõe que a descriminalização pode ser decorrente de ato interpretativo do juiz.<sup>26</sup> Exemplo disso é a questão de se saber se a condenação à pena de multa gera reincidência, há jurisprudências com decisões no sentido de que a simples imposição de multa não enseja a reincidência e no sentido de que gera reincidência<sup>27</sup>.

Os magistrados quando aplicam penas alternativas à pena de prisão, o fazem após análise dos requisitos subjetivos (culpabilidade, conduta social, personalidade do agente, etc.) conforme determina o artigo 59, do Código Penal Brasileiro, mas o juiz não está obrigado a estabelecer pena e regime inicial mais

<sup>25</sup> CUNHA LUNA, E. da. - Obra citada, p. 51.

<sup>26</sup> A exemplo de descriminalização por ato interpretativo do juiz, ver; Anexo I, itens 3,4,6,8,9 e 10.

<sup>27</sup> Quanto a interpretação judicial da questão da reincidência, ver; Anexo I, item 4, a,b e c.



brandos.<sup>28</sup>

Com relação a descriminalização por ato legislativo apontam-se várias das reformas penais, dentre elas, a que instituiu via aprovação da Lei 7.209, de 11/07/84, as penas alternativas ou restritivas de direito. Conforme o artigo 44 do Código Penal, as penas alternativas são: prestação de serviços à comunidade; interdição temporária de direitos; e pena de limitação de fim de semana. A execução destas penas está regulamentada pela Lei n.7.210, de 11/07/84, nos artigos 147 a 155.<sup>29</sup>

As penas restritivas de direito são mais benéficas que a pena privativa de liberdade, que o “sursis” (art.77,C.P.), e que o livramento condicional (art.83, C.P.). As penas alternativas terão a duração da pena privativa de liberdade substituída (art.56, C.P.), enquanto o “Sursis” terá duração de 2 a 4 anos, sendo cabível somente para penas não superiores a 2 anos. No caso do livramento condicional é exigido uma série de requisitos para sua concessão, por exemplo, que o condenado tenha cumprido mais de 1/3 da pena (art.83,1, C.P.).<sup>30</sup>

A aprovação da Lei n.9099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, é outro exemplo de reforma penal despenalizante, ou descriminalização por ato do legislador.<sup>31</sup>

### 3.2.2.2- Princípio da mínima Intervenção Penai.

LUNA considera ser indicado o princípio de proteção penal somente

<sup>28</sup> Exemplo da discricionariedade quanto a aplicação de penas alternativas e regime de cumprimento inicial da pena mais brandos, ver; Anexo I, itens 3,a-j, e 9,a.

<sup>29</sup> Quanto as penas restritivas de direito, ver: PRADO, Luiz Regis et al. - Elementos de Direito Penal: parte geral. v.1. p. 130-136.

<sup>30</sup> Sobre as vantagens das penas alternativas em relação ao “Sursis”,Ver; FERRAZ, Nelson - Aplicação da pena no Código Penal de 1984, pp.16.

<sup>31</sup> Exemplo de ato legislativo descriminalizante encontra-se a instituição de um limite máximo de 30 anos para o cumprimento da pena privativa de liberdade, evitando assim o legislador, a perpetuidade da pena (art.75,CP). Ver: Anexo I, itens 1, 2, 5, e 7.

para bens jurídicos fundamentais. Entende o autor que a descriminalização parte do pressuposto de que a lei penal não deve cuidar de delitos de bagatela, delitos de menor nocividade social, e de fatos rebeldes, por natureza à sanção penal, que encontram, noutros domínios do direito, a sanção adequada. As razões para firmar tal princípio são várias, mas segundo LUNA, duas devem ser ressaltadas: a estigmatização e o erro de direito.

A respeito da estigmatização o autor expõe o seguinte:

“A estigmatização, eis a principal consequência da condenação criminal para o condenado. A estigmatização é um dos elementos em nossa sociedade a que se deve o convertimento do direito em injustiça. Isto aparece da maneira mais evidente no caso da estigmatização dos criminosos. Em teoria, a gente declara-se partidária de um direito penai moderado, conquanto só se proceda a encarceramentos temporários ou multas não muito elevadas, e com certo orgulho fala-se de tempos antigos e outras culturas onde os castigos eram muito rigorosos. Devido à estigmatização, porém, a pena imposta faz com que, no fundo, o criminoso seja condenado por toda a vida, pois não recuperará jamais, após o cumprimento da pena, seu *status* anterior.”<sup>32</sup>

Não deve ser esquecido que a estigmatização em decorrência da condenação penal é perpétua, e é um preço muito alto pago por aquele que delinqüiu e caiu nas malhas da justiça penal.

O autor ora analisado aborda outro tipo de estigmatização, é a que sofre aquele que tenha sido judicialmente decretado doente mental e enviado à instituições públicas para internação.<sup>33</sup>

Face ao abandono das instituições públicas e da falta de verbas, estas funcionam precariamente, não podem cumprir as suas finalidades. O condenado à tratamento psiquiátrico é depositado em lugares comparados muitas vezes à um campo de concentração, insalubres, sem as mínimas condições de

---

<sup>32</sup> CUNHA LUNA, E. da. - “Descriminalização...”, p. 51

<sup>^</sup> CUNHA LUNA, E. da. - Idem, ibidem.

recuperação. Nestas instituições não existem profissionais em número compatível com o número de pacientes internados, em decorrência disso os sujeitos permanecem internados por toda sua vida. Mesmo que o indivíduo considerado doente mental se recupere, o que lhe espera aqui fora? O preconceito, a estigmatização por parte da sociedade!

Outra das razões aludidas como fundamento para o princípio da mínima intervenção penal é o “erro de direito”, LUNA expõe: “quanto ao problema do erro de direito, pode-se afirmar que tanto mais complexo se torna quanto mais numerosos são os fatos incriminados. Efetivamente, no que tange à proteção de bens jurídicos fundamentais, dificilmente o erro de direito oferece dificuldades.”<sup>35</sup>

Alguns fatos como aborto, charlatanismo, curandeirismo, a toxicomania. os crimes fiscais, o contrabando, crimes de responsabilidade, crimes eleitorais, alguns crimes contra os costumes, contravenções, bem como vários fatos previstos na Lei de Segurança Nacional, merecem reforma de profundidade, conforme afirma o referido autor.<sup>35</sup>

LUNA propõe seja acolhido em matéria de descriminalização o princípio do *in dubio*, válido para a matéria de prova. Deste modo havendo dúvida, melhor descriminalizar.<sup>36</sup>

### 3.2.2.3 - Terrorismo Político.

O autor em apreço considera o terrorismo político como um problema complexo. O criminoso político possui tamanha astúcia, pegando o

---

<sup>35</sup> CUNHA LUNA, E. da - “Descriminalização...”, p.51.

<sup>35</sup> CUNHA LUNA, E. da. - Idem, ibidem.

<sup>36</sup> CUNHA LUNA, E. da. - Idem, p. 53.

legislador de surpresa impossibilitando-o de se igualar em grau de imaginação.

Nas palavras do autor, “O terrorismo político está a desafiar o espírito jurídico dos tempos que correm. Congressos e livros têm surgido em torno do grave e complexo problema. O criminoso tem mais imaginação que o legislador.”<sup>37</sup>

No Brasil, a realidade da violência que os crimes políticos causam está relacionada principalmente à ordem econômica, eleitoral. Quer dizer, com fraudes, subornos, superfaturamento nas compras e contratações do poder público. Os crimes políticos causam tanto impacto quanto o terrorismo armado, entretanto lesionam um número de vítimas muito maior. Estes crimes agravam a crise fiscal, impossibilitando que as funções básicas do Estado sejam cumpridas, agravam a miserabilidade. Tais crimes são chamados de macrocriminalidade.

A questão da vitimização difusa, pode ser entendida como a agressão aos direitos de uma grande parcela de indivíduos, causada pela macrocriminalidade, ou crimes do colarinho branco, envolve um número elevado de pessoas e até comunidades inteiras. Aprovou-se em 1990, o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, que representa um importante instrumento de defesa dos direitos difusos ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, aqueles em que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias dos fatos.<sup>^®</sup>

#### **S.2.2.4 - Delinqüência Ecológica.**

Quanto a delinqüência ecológica, LUNA entende que se faz necessário uma nova proteção penal do meio ambiente. São os direitos de última

---

<sup>37</sup> CUNHA LUNA, E. da. - Obra citada, p. 55.

<sup>^</sup> Ver a respeito da vitimização difusa: VERONESE, Josiane Rose Retry - “Macrocriminalidade e vitimização difusa”, p. 192-197.

geração dos quais as nações vêm se ocupando em defender. De nada adianta lutar pela defesa dos direitos de primeira geração, os individuais; os de segunda geração que são direitos sociais, e os de terceira geração, ou os direitos econômicos e difusos como a defesa do consumidor, se não lutar-se pelos direitos de defesa do meio ambiente que são considerados direitos de última ou de quarta geração.

### **3.2.2.S - Delinqüência Econômica.**

Com referência a delinqüência econômica, LUNA considera necessário que o legislador proceda a uma cautelosa reavaliação e criminalização. Os crimes econômicos geram lesão ou perigo da vida e da ordem econômica, consideradas independentemente de prejuízos individuais, o bem jurídico protegido é a ordem econômica instituída e dirigida pelo Estado, a economia popular. Os crimes econômicos em sentido estrito são aqueles que violam os interesse da comunidade, ou bens jurídicos sociais.

São exemplos de delinqüência econômica em sentido estrito, a violação de normas de intercâmbio comercial estrangeiro, a violação de lei de mercado e preços, de concorrência comercial. Em sentido amplo, apontam-se os crimes econômicos que violam especialmente interesses privados, afetando interesses comunitários, como; balanços falsos, crimes cometidos por meio de computadores, etc. LUNA enfatiza, não deve se esquecer que estes crimes econômicos muitas vezes estão interrelacionados com os crimes ecológicos e políticos.

O autor em apreço, lembra que esses crimes sempre existiram.

embora em escala menor e à medida que vão sendo incrementados, com o subsídio das novas tecnologias, tornam-se cada vez mais graves para a sociedade. Os autores de crimes econômicos e ou políticos revelam personalidade egocêntrica, dinâmica otimista e cega para o perigo e os valores.<sup>39</sup>

LUNA alerta para as conseqüências da excessiva criminalização por parte do legislador. Esta deve ser evitada para que as normas penais possam concentrar-se nas infrações mais graves. Nas palavras do autor, “deve ser evitado, da parte do legislador, a excessiva criminalização no campo econômico, cuja conseqüência inevitável é enfraquecer a força preventiva da sanção penal. Os ‘tipos penais devem concentrar-se em poucas e graves infrações’, ficando a disciplina jurídica das infrações menores na sede própria, que é a ordem administrativa.”<sup>40</sup>

Observa-se a preocupação do referido autor com a descriminalização da criminalidade de menor potencial ofensivo como meio de diminuir-se o problema do erro de direito e da estigmatização. Ao mesmo tempo que preocupa-se com a criminalização da macrocriminalidade, ou criminalidade de grande potencial ofensivo. Sempre lembrando a necessária cautela por parte do legislador para evitar-se a excessiva criminalização.

### 3.2.3 - RENÉ ARIEL DOTTI.

DOTTI, entende a descriminalização como um processo necessário em decorrência das modificações sociais operadas ao longo dos tempos. Afirma que, através das tendências de criminalização e descriminalização, o sistema

<sup>39</sup> CUNHA LUNA, E. da. - “Descriminalização....”, p. 57.

<sup>40</sup> CUNHA LUNA. E. da. - Idem, ibidem.

penal poderá ser reformado. Obtendo-se assim, uma ordem jurídica em harmonia com os valores fundamentais do cidadão e da sociedade.

O autor menciona a importância do papel da opinião pública na aplicação do sistema jurídico, esta intervém efetivamente no seu processo de construção. Nas suas palavras, “ainda que não seja necessário modificá-lo, o direito penal está condenado a ser letra morta se não for vivido pelo povo, e sustentado pela opinião popular. No momento em que a lei se esforça em reprimir uma conduta admitida socialmente como não agressiva, ela corre o risco de ser desacreditada”.<sup>41</sup>

DOTTI entende que para o Direito Penal não se tornar obsoleto, ultrapassado, deve ser reformado. Extirpando-se o que não estiver em sintonia com as reais necessidades e valores da sociedade, num processo de criminalização e descriminalização paralelas.

A exemplo de lei que não está adequada à realidade social brasileira e que deverá em breve ser reformada ou ajustada, está a Lei das Contravenções Penais (Decreto Lei nº 3.688, de 03/10/1941). As contravenções ali previstas nos artigos 59 e 60, vadiagem e mendicância, ambas inafiançáveis, e ainda o delito de embriaguez (artigo 62), refletem quão distantes da nossa realidade estão estas e tantas outras normas penais.

O Brasil de milhões de habitantes vivendo em estado de extrema miserabilidade (não por vontade própria) e com elevadíssimo número de pessoas com o problema da dependência alcoólica ou de outras drogas, não pode pretender chamar de justiça penal a criminalização de tais condutas.

Os reflexos da globalização da economia incluem um desemprego em massa. Empresas pequenas, não suportando a concorrência com grandes

---

<sup>41</sup>DOTTI, René Ariel - *Descriminalização e Criminalização: Duas tendências no âmbito da reforma*, p. 69.

grupos empresariais e com multinacionais quebram fechando suas portas. Dessa forma, aquele que é de boa aparência, possui escolaridade, e conhecimentos na área da computação, enfrenta dificuldade de empregar-se, de ingressar no mercado de trabalho. Portanto, maiores dificuldades enfrentarão os brasileiros com menor qualificação, estes vão continuar a compor o exército dos desempregados. Em decorrência de tais fatos, os miseráveis, alcoólatras, toxicômanos dependentes, se estigmatizados por condenação penal, terão agravados os seus problemas.

### **3.2.3.1- Inflação Legislativa.**

A inflação legislativa em matéria penal é um problema generalizado em muitos países. Criminaliza-se por ser o caminho mais fácil para o enfrentamento dos conflitos sociais, dessa forma o que ocorre é o agravamento dos problemas e a ampliação da violência sobre as classes desfavorecidas sócio-economicamente.

A respeito da violência institucional causada pela atuação do nosso sistema penal inflacionado, saturado, sobrecarregado de normas penais, é oportuno lembrar as palavras de ZAFFARONI;

“O número de mortes causadas por nossos sistemas penais, ao aproximar-se e, às vezes, superar o total de homicídios de ‘iniciativa privada’; o já mencionado fenômeno de mortes culposas pelo trânsito e a indiferença do sistema; a mesma indiferença pelos abortos e pelas mortes por carência alimentares e assistenciais; os processos de deterioração de pessoas, mobilidade e condicionamento para posterior morte violenta; a morte violenta direta nas prisões e entre o próprio pessoal de algumas agências executivas - tudo isso torna claro que a magnitude do fato da morte, que caracteriza o exercício de poder de nossos sistemas penais, pode ocultar-se das instâncias conscientes mediante algumas resistências e negações introjetadas. No entanto, não é possível impedir totalmente sua captação, por mais



intuitiva e defeituosa que seja, em nível de consciência ética”.<sup>42</sup>

O argumento de que a descriminalização e redução do âmbito de incidência do sistema penal poderia incrementar a vingança privada, não procede, ao contrário desta previsão pessimista e irreal, o número de mortes seria consideravelmente reduzido e o sistema penal devidamente enxugado, racionalizado, reformado, atualizado, poderia se dedicar à criminalização de maior potencial ofensivo.

A realidade brasileira de país periférico, subdesenvolvido, exige tratamento diverso daquele dispensado nos países do primeiro mundo. A importação de códigos penais afirma-se, não serve mais. Para o respeito aos direitos humanos faz-se necessário que os códigos penais sejam elaborados de acordo com as necessidades de cada país ou região. A elaboração e efetivação de políticas sociais para a busca de maior felicidade para a população excluída, que visem o cumprimento dos direitos de cidadania, como direito a educação, habitação, saúde, trabalho, participação política, previdência, etc., previstos na Constituição, são alternativas indispensáveis para diminuir-se os problemas criminais.

DOTTI entende a inflação legislativa como contraponto ao processo de descriminalização;

“(...) a infundável produção legislativa. O recurso excessivo às leis criminais como instrumento de proteção de todo e qualquer interesse do Estado gerou a hipertrofia do direito criminal. As consequências são graves como revela Eduardo Correia: ‘A criminalização de normas destituídas de toda fundamentação ético-jurídica e distanciadas do cerne dos valores éticos essenciais à vida em sociedade, que está na base do direito criminal, compromete a dignidade, desentroniza o sentido destas penas e a função dos tribunais que as aplicam’. Daí o estado de anomia em que se refletem as frustrações da justiça penal incapaz de resguardar os valores fundamentais da coletividade, pela diluição da força interna do direito criminal: em face de uma tal confusão de normas e sanções, chega-se a dizer que os homens

---

<sup>42</sup> ZAFFARONI, Raul Eugênio - Em busca das penas perdidas, p. 39.

acabam por pensar ou concluir que já que tudo é criminalmente proibido, tudo passa afinal a ser permitido".<sup>43</sup>

A excessiva criminalização, farta produção de normas penais, gera como consequência uma dificuldade muito grande de que os indivíduos saibam diferenciar o que é ou não permitido. Confusão maior ainda é criada quanto aos processos que tramitam no judiciário, este atua de forma lenta, morosa, dando a impressão de que muitos infratores não estão sendo punidos.

### **3.2.S.2 - A Lei Penal como fator criminógeno.**

Como consequência do fenômeno da sobrecriminalização, chamada inflação legislativa, está a consideração das normas penais como fator de criminalidade, como fator criminógeno.

Com a legislação penal sobrecarregada proporciona-se condições para o incremento da corrupção daqueles que deveriam aplicar a lei. Esclarecendo tal afirmação, aponta-se a criminalização do jogo do bicho, casa de prostituição, pequenos contrabandos, condutas estas praticadas amplamente pela sociedade, proporcionando a cobrança de propinas por parte de algumas autoridades, que fecham os olhos deixando de cumprir o que a lei determina.

Muitas pesquisas e trabalhos referentes a questão do fator criminógeno da lei penal têm sido elaborados no interior da Criminologia Crítica. A corrente interacionista ou Criminologia da Reação Social, com relação a criminalização de condutas, centra suas teorias na idéia de que a sociedade seleciona os delinquentes, a elaboração de normas penais produz delinqüência, já que evidentemente esta não existe sem que tenha sido criada ou tipificada pela lei. A delinqüência não é uma característica do autor, ela depende da interação

---

<sup>43</sup> DOTTI, René Ariel - Obra citada, p. 71.

que existe entre quem realiza o fato punível e a sociedade, quer dizer, entre o infrator e os outros. São os processos de detenção, estigmatização, e a aplicação do rótulo de delinqüente àquele que é selecionado (criminalizado), que fazem surgir um delinqüente e que influenciam a imagem e aparecimento da delinqüência a nível geral.<sup>44</sup>

CASTRO, entende que a reação social, não só determina como estimula a produção da delinqüência, porque a etiqueta aplicada de delinqüente, falsa ou verdadeira, seria uma espécie de profecia auto-realizável. O indivíduo que é condenado e recebe tal rótulo acaba por sentir-se delinqüente, sendo a reincidência um fenômeno dessa forma explicável.

O crime é definido pela lei, fora da qual toda e qualquer infração não será perseguida. A pessoa que infringe as leis penais, quando não denunciada não receberá o rótulo de criminoso, como por exemplo nos casos dos crimes de colarinho branco, crimes não denunciados ao sistema penal, e também dos crimes ainda não tipificados na lei penal, que conseqüentemente não constarão das estatísticas oficiais. Estas estatísticas pretendem apontar os números da violência ou criminalidade, como se a parcela detectada pelo sistema de justiça penal correspondesse ao número real e total dos problemas da violência na sociedade.

Segundo DOTTI, a lei criminal pode ser vista em duplo sentido, como causa do crime. No plano formal, porque sem lei anterior que defina o comportamento humano como delituoso, não haverá crime. No plano material, porque em muitas situações a existência da lei criminal serve, de forma particular, para encorajar, suportar e proteger a prática do crime, como exemplo aponta-se a cobrança de taxas de proteção da polícia, subornos, etc.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> CASTRO, Lola Aniyar de - *Criminologia da Reação Social*, 60.

<sup>45</sup> DOTTI, R. A. - "*Descriminalização e Criminalização...*", p. 73,

Este jurista advoga a necessidade de se depurar o sistema penal através dos seguintes instrumentos: o respeito ao princípio da mínima intervenção penal; descriminalização em decorrência de fatores como o custo do crime, inflação legislativa, cifra negra, etc.; criminalização de condutas de maior gravidade como os crimes políticos, econômicos, ecológicos, enfim, condutas cuja impunidade a consciência pública não pode mais tolerar.

A reforma do sistema penal, nas palavras do referido autor, “(...) é uma dialética complexa que se deve estabelecer entre a lei, a justiça e a opinião, ou seja, entre aqueles que fazem a lei, aqueles que aplicam e aqueles a quem é dirigida”.<sup>46</sup>

#### 3.2.4 - AUGUSTO THOMPSON.

THOMPSON, é um jurista em transição, buscando sempre inovar os conhecimentos no campo do direito, derrubando velhas convicções superadas pela realidade dos fatos, opondo-se às certezas do passado, questionando-se e apresentando novas propostas para sua superação. Expõe: “(...) a minha proposta (...), é especialmente desmistificar para advogados, juizes, promotores, a racionalidade que fundamenta a construção e o tratamento de entidades como o crime, os criminosos, a prisão”.<sup>47</sup>

Sua obra intitulada “Quem são os criminosos”, trata de problemas como a cifra negra da criminalidade; a inconsistência da criminologia tradicional; a discriminação da Justiça Penal; o verdadeiro conteúdo do direito penal corretivo. Analisar-se-á cada um desses tópicos, que são verdadeiras indicações descriminalizantes. Indicações para a redução da atuação do sistema penal.

---

<sup>46</sup> DOTTI, R.A. - Obra citada, p. 81.

<sup>47</sup> THOMPSON, Augusto - Quem são os criminosos?, p. 10.

### 3.2.4.1- A Cifra Negra.

Conforme as pesquisas da criminologia crítica, a verdadeira cifra da criminalidade é composta pelo total dos crimes não relatados à polícia; mais a soma daqueles relatados; dos registrados, e investigados; dos registrados e investigados que não geraram inquéritos; daqueles em que os inquéritos são arquivados; somando-se também os que resultam em absolvição por falta de provas; e também os que mesmo havendo a condenação, não têm o mandado de prisão cumprido.

Dessa forma, a criminalidade não é apenas aquela praticada pela população carcerária, resultante da condenação penal, como pretendem as estatísticas criminais oficiais, mas também aquela praticada e não denunciada.

A Cifra Negra consiste na criminalidade que fica fora das estatísticas oficiais em decorrência da impossibilidade do sistema penal em persegui-la totalmente. Esta não é contabilizada face ao perigo que a Criminologia tradicional, positivista, correria em ver refutados todos os seus dogmas a respeito do crime, do criminosos e da criminalidade, já que estes são baseados em dados oficiais, naquela parcela da criminalidade praticada pela população carcerária.

A cifra negra fica fora da estatísticas também pela forma seletiva com que atua o sistema penal, pois conforme a condição sócio-econômica, o sujeito tem maior ou menor chance de sofrer uma condenação penal.

A respeito da Cifra Negra e consequências de sua existência THOMPSON salienta que;

“Algumas evidentes consequências decorrem da existência da cifra negra, como anota, por exemplo, Sir Leon Radznowicz: a) representa a substância do crime, enquanto as estatísticas oficiais são tão somente sua sombra; b) torna extremamente difícil descobrir os verdadeiros caminhos e composição da criminalidade; c) restringe e distorce nosso conhecimento a respeito dos criminosos; d) as atitudes da

sociedade com relação ao crime e à punição são inevitavelmente irrealistas; e) impõe-se como o maior fator no enfraquecimento de qualquer efeito intimidativo que a punição ou o tratamento dos criminosos pudesse ter; f) provavelmente, o sistema não tem o menor interesse em tentar diminuir a cifra negra, pois a polícia, os promotores, o judiciário e os estabelecimentos prisionais, sucumbiriam se tivessem que lidar com todos os que, realmente praticam infrações penais.”<sup>49</sup>

Importante lembrar com relação ao fato da existência da cifra negra da criminalidade, também a ONU afirmou que os estudos acerca da criminalidade oculta põem em xeque as explicações tradicionais, relativas ao problema da delinquência.<sup>50</sup>

#### 3.2.4.2• A Inconsistência da Criminologia Tradicional.

O jurista ora em análise refuta os três postulados da construção criminológico-positivista:

- 1) a afirmação do crime como um fenômeno natural;
- 2) o estudo do crime realizado através do processo de conhecimento usado para as ciências naturais;
- 3) a observação e pesquisa dos criminosos identificados oficialmente em decorrência da condenação penal, crendo ser possível assim desvendar as causas do crime e extirpá-las da sociedade.

Sobre os três postulados positivistas acima mencionados, THOMPSON enfatiza que “(...) tais afirmações se esboroam, deixando à mostra o miolo nelas contido: um saber promovido pelo poder dominante, permeado de conteúdo político.”<sup>50</sup>

<sup>49</sup> THOMPSON, A. - Quem são os criminosos?, p.37.

<sup>50</sup> THOMPSON, A. - Idem, ibidem..

“ THOMPSON, A. - Idem, p.39.

O primeiro postulado é rejeitado em decorrência da variabilidade do conceito do objeto da ciência positivista, o crime. Posiciona-lo como objeto de uma ciência exata, consiste em reconhecer-lhe a qualidade de “fenômeno natural”, isto é, algo que possui existência concreta, autônoma, isolável como um ser em si mesmo, o que é uma falácia. O objeto de uma ciência natural tem que ser estável, definido, absoluto, de modo que:

“a definição das infrações pelos conceitos legais caracteriza-se pela fluidez, pela mutabilidade, pela extraordinária variação em função de sua colocação em termos de tempo e espaço. Agir de uma maneira pode ser crime hoje e aqui, mas pode ser lícito hoje tá ou tê-lo sido aqui ontem ou vir a sê-lo aqui amanhã. O fato indiscutível é inexistir consenso, a respeito da questão da definição de crime (filosoficamente, sociologicamente, psicologicamente, juridicamente, as definições variam).”<sup>51</sup>

Somente em decorrência da criminalização oficial determinados fatos são considerados crime, a variabilidade destes fatos é historicamente comprovada. Dessa forma não é adequado utilizar-se o método das ciências naturais para o estudo das condutas tipificadas como crime. THOMPSON, entende que:

“A idéia de crime como fato natural (exato, equacionável, verificável objetivamente ...) esbarra em dificuldades insuperáveis, pois existem fatos puníveis definidos pela lei e que só por essa razão são considerados crimes e, outros que resultariam criminosos em todos os tempos e lugares, apenas reconhecidos, mas não verdadeiramente instituídos pela lei penal. Mas essa idéia de crimes naturais é repelida pela experiência e pela lógica. Todo crime resulta de definição legal. Não há ato, por mais imoral e agressivo que se apresente, que se possa chamar crime, se este caráter não lhe é atribuído por uma lei penal”.<sup>52</sup>

O resultado da inclusão da criminologia positivista no quadro das ciências naturais foi o surgimento de uma pretensa ciência natural, sem um objeto de estudo definido, pois o crime é fato que varia conforme o tempo e a sociedade

<sup>51</sup> THOMPSON, A. - Quem são os criminosos?, p.40.

<sup>52</sup> THOMPSON, A. - Idem, p. 52.

em que é analisado.

O segundo postulado da criminologia tradicional, refutado pelo autor em apreço é a utilização dos métodos de exploração científica, próprios das ciências naturais, como a observação, experimentação, lógica matemática etc., para investigação dos fenômenos criminais. THOMPSON argumenta a respeito que;

“Com efeito, o sucesso do método empírico ou positivo depende, medularmente, da neutralidade e desinteresse por parte do sujeito quando da captação dos elementos relacionados com o objeto do estudo, de sorte a conseguir apreendê-los em sua realidade. Da certeza e pureza dos dados assim recolhidos é que se poderá sistematizar o conhecimento obtido, dele retirando todas as consequências encaminhadoras à ampliação da área pesquisada. Como, contudo, será possível encontrar neutralidade por parte do cientista enquanto trabalha no terreno das ciências humanas?”<sup>53</sup>

O cientista é parte do conjunto investigado, que é o homem, numa dada sociedade, na qual ocupa um determinado lugar específico em relação aos outros indivíduos, com eles se relacionando politicamente, vinculado a grupos que se formam em função da distribuição desigualitária da riqueza, da propriedade, do *status*, das recompensas, etc.

Dessa forma, como adverte o referido autor, é impossível descartar toda essa gama de circunstâncias condicionantes, a ponto de conseguir visualizar o meio a que pertence como alguma coisa que não lhe diz respeito e, dessa maneira observá-lo com a neutralidade para fazê-lo um objeto alienado de seus interesses particulares.<sup>54</sup>

Com relação à impossibilidade de neutralidade e imparcialidade por parte do criminólogo positivista, THOMPSON enfatiza, “(...) na sociedade há um permanente jogo de poder, em função de cujo resultado determinados grupos

---

<sup>53</sup> THOMPSON, A. - Quem são os criminosos? p.52.

<sup>54</sup> THOMPSON, A. - Idem, p.43.



serão aquinhoados ou prejudicados conn referência às variáveis antes apontadas - riqueza, propriedade etc. - e qualquer pessoa, ainda que se pretenda cientista, sofrerá a influência do lugar ocupado relativamente ao jogo do poder, quando procurar refletir sobre a realidade na qual está imerso.”<sup>55</sup>

O referido autor, conclue que importante papel desempenha a ideologia das classes dominantes na construção das ciências sociais de cunho positivista. Esse conjunto de idéias, crenças e princípios, mais ou menos sinceramente professados, mas que não correspondem aos fatos, apresentado como fruto da atividade espiritual, mas, em verdade, decorrente da ligação do espírito humano a múltiplas formas e pressuposições materiais e, sobretudo, políticas, leva o grupo dominante a impor como verdadeiro aquilo que ajuda a continuidade do *status quo* social, e logo, à manutenção de suas vantagens e prerrogativas.®®

Anexar o atributo de “científico” à ideologia importa em reforçá-la, provendo-a de um escudo que a torna indene aos ataques de todos os desmerecedores do título de cientista - a quem se defere a qualidade de único possuidor dos elementos de conhecimento específico, que os colhe, manipula, experimenta e deles tira conclusões, de uma suposta posição de absoluta isenção e imparcialidade. <sup>57</sup>

Em suma, ante o que foi exposto, a pretensa neutralidade e imparcialidade do criminólogo positivista leva os grupos dominantes à imporem como verdadeiro, irrefutável, científico aquilo que ajudar na conservação do *status quo* social e na manutenção das vantagens e prerrogativas daqueles grupos.

---

<sup>55</sup> THOMPSON, A. - Quem são os criminosos? p.43.

<sup>56</sup> THOMPSON, A. - Idem, p.42.

<sup>57</sup> THOMPSON. A. - Idem, p.43.

Exemplificando a questão da neutralidade e imparcialidade do conhecimento criminológico positivista, pode-se apontar as teorias lombrosianas. Estas descreviam como criminoso a pessoa que possuísse determinadas características físicas. Isso foi refutado, pois as pesquisas posteriores comprovaram que qualquer indivíduo independente de suas características físicas pode cometer um crime.

O terceiro postulado refutado por THOMPSON é que, resulta possível desvendar as causas do crime pela observação e pesquisa dos criminosos identificados, assim rotulados oficialmente, os encarcerados.

Abandonando o crime como objeto indefinido e variável, a criminologia positivista busca nas populações prisionais um novo objeto, qual seja: o criminoso, algo facilmente demarcável pela ordem formal, pelo Direito Penal, construindo através dessa troca teorias científico - criminológicas.

Graças a mudança do objeto de estudo da criminologia positivista, foi superada a incompatibilidade com a Escola Clássica quanto a considerar-se o crime como um fenômeno natural ou fenômeno jurídico.

Segundo o autor, a criminologia positivista partindo de um único objeto para elaboração de suas teorias, o criminoso, busca compreender e definir o crime. Procedendo a um levantamento das causas do delito, com o objetivo de, descobrindo-as, erradicar o mal do mundo.<sup>58</sup>

A descoberta da “cifra negra”, conforme entendimento de THOMPSON, veio demonstrar em definitivo uma das falácias do discurso positivista. Demonstrou que, ao contrário do que o bom senso toma como verdadeiro axioma, apenas a minoria dos indivíduos que infringiu a lei penal sofre a condenação, é encarcerado e reconhecido como criminoso pela ordem formal.

---

<sup>58</sup> THOMPSON, A. - Obra citada, p.50.

Logo, pesquisar essas minorias e daí tirar ilações quanto ao todo significa trabalhar com exceções, em desprezo à generalidade.<sup>59</sup>

THOMPSON clarifica a questão da cifra negra afirmando que:

“Noventa e cinco por cento dos presos pertencem à classe social mais baixa. Desse dado, a criminologia tradicional infere a conclusão de que a maioria dos criminosos é pobre, e logo, a pobreza se apresenta como um traço característico da criminalidade. Essa inferência ‘científica’, recebe-a com entusiasmo a burguesia, uma vez que se casa à perfeição com a ideologia por esta esposada, a qual se estrutura basicamente na teoria do contrato social: Todas as pessoas são iguais perante a lei; por consequência, a todas são propiciadas oportunidades idênticas na vida: vencem (na visão capitalista, vencer é sinônimo de enriquecer) as dotadas de melhores qualidades (princípio da meritocracia); logo, as melhores estão nas classes altas, as piores nas classes inferiores; o crime é algo mau em si, resultado, pois da ação de pessoas más; daí, nada mais lógico do que concluir que o crime é uma manifestação típica das classes baixas. Vem então a criminologia e empresta sua chancela, ao asserto em pauta, expressando em fórmulas técnicas e exatas, após penosas e profundíssimas elucubrações tecidas na sabedoria de seus corifeus, exatamente o ponto de vista que afaga os preconceitos da ideologia dos donos do poder”.<sup>60</sup>

Concluindo a análise da criminologia positivista e seus postulados básicos, refutados por THOMPSON, aponta-se como seus três pioneiros:

1) Lombroso, que sustentava resultar o delito de condições decorrentes da constituição física de certos indivíduos.

2) Ferri, o qual afirmava que o crime era fruto de condicionamentos impostos pelo meio em que a pessoa vive, ou sejam, causas exógenas.

3) Garófalo, que acreditava ser o comportamento criminoso o resultado da conjunção de causas internas e externas, mantendo assim uma posição eclética.

A Criminologia Crítica surge como uma alternativa à Criminologia

---

<sup>59</sup> THOMPSON, A. - Quem são os criminosos? p.47.

<sup>60</sup> THOMPSON, A. - Idem, p.74.

Positivista e seus postulados. Apresenta como proposta de regulação dos conflitos sociais, a política criminal alternativa. E Dentro das propostas alternativas encontra-se a política da descriminalização.

A Nova Criminologia questiona a construção política do direito penal. Investiga como, por quê e para quê se ameaçam penalmente determinadas condutas, que atingem determinados interesses, com resultado prático estatisticamente demonstrável, de se alcançar sempre um segmento social e não outro. Pesquisa a aparição social de comportamentos desviantes, que são aqueles que a maioria desaprova, mas que o legislador não converte em delituoso. Questiona também, a reação social às representações do delito, do desvio, da pena e do sistema penal, dispersas no movimento social, ou sinalizadas na opinião pública e nos meios de comunicação. Averigua as funções aparentes e ocultas que a pena desempenha, principalmente a pena privativa de liberdade, tal como existe e é executada pelas diversas instituições que dela participam. Questiona também, a legitimidade, igualdade e legalidade, do sistema penal e do discurso jurídico-penal.

A descriminalização não deve representar desregulação total dos conflitos sociais, mas sim, uma proposta de regulação dos conflitos em campo diverso do Direito Penal, em área do Direito Civil, Administrativo, Comercial, etc.

Enfocou-se neste capítulo o pensamento de autores latino-americano e de autores brasileiros a respeito da política criminal de descriminalização. Para concluir enfatiza-se a idéia sustentada por THOMPSON de que o crime é geralmente uma forma de contestação, de rebeldia, à ordem social injusta e opressora. O criminoso é apenas uma pessoa igual às demais, que foi captado pelo sistema penal. Ele não é um inconsciente, não é um insensível. Ao contrário do que a criminologia tradicional procura demonstrar, a sociedade não pode ser dividida em pessoas boas e más.

### Nas palavras de THOMPSON:

“Ao contrário do que se diz e se pensa, sobretudo no concernente aos multi-reincidentes, duros, firmes, donos de personalidade íntegra, cujas vidas estão sempre pendulando entre a morte e o cárcere, a tal ‘inconsciência’ que caracterizaria o agir dos criminosos, não passa de criação celebrina nascida do senso comum dos intelectuais. Com uma frequência, em geral, insuspeitada, guia aqueles indivíduos uma determinação bastante definida: arrombar uma ordem social da qual só esperam frustração, escravidão, humilhação. Qualificá-los de ‘inconscientes’ será que não significa o mesmo que dizer: eles possuem uma consciência diferente da nossa consciência?”<sup>61</sup>

A violência que acompanha grande parte dos pequenos furtos, não se trata de atitude irracional, gratuita contra as vítimas. Tal violência pode ser entendida como um desejo de vingança, de confronto com as classes que estão no comando do sistema e que os deixa do lado de fora, privando-os de suas amenidades. O autor analisado aponta a falta de entendimento entre o idioma dos considerados criminosos e os cientistas, e sugere que se crie uma via de comunicação entre eles, para que pesquisadores possam entender o que lhes parece irracional em tais comportamentos violentos.<sup>62</sup>

Com relação a violência supostamente gratuita daqueles indivíduos considerados criminosos pelo sistema penal, THOMPSON defende que: “O criminoso não é louco, não é besta, estúpido, não é fera insensível, não apresenta nenhuma diferença essencial quanto à qualquer outro ser humano - afora a indômita rebeldia que o leva a lutar contra os algozes, rebatendo com crueldade a crueza com que é tratado desde o ventre da mãe”.<sup>63</sup>

Afirma-se que as ciências que investigam os conflitos sociais e especificamente os relativos as infrações das normas penais, não podem limitar-

---

<sup>61</sup> THOMPSON, A. - Quem são os criminosos?, p. 142.

<sup>62</sup> THOMPSON, A. - Idem, ibidem.

<sup>63</sup> THOMPSON, A. - Idem, ibidem,

se a observação da parcela de indivíduos aprisionados. Os fatos são muito mais complexos, e extrapolam o âmbito do sistema penal. Somente através da relação de intercâmbio entre as ciências sociais e penais poderá produzir-se uma gama de conhecimentos compatíveis com a realidade social. Foge-se dessa forma da aplicação do binômio crime-cadeia como única alternativa possível para solucionar-se tais conflitos sociais.

## CONCLUSÃO

## CONCLUSÃO

A Relação de intercâmbio entre as ciências criminais é indispensável para obter-se uma resposta científica aos problemas criminológicos. Resposta esta condizente com os fatos concretos, uma sintonia afinada entre teoria e práxis.

Para a Criminologia, conforme o método da interdisciplinariedade, caberia a fase explicativa dos conflitos criminais. À Política Criminal estaria reservada a fase de elaboração de estratégias, possíveis soluções. E ao Direito Penal restaria a fase de sistematização normativa das estratégias político-criminais.

Portanto, o método interdisciplinar consistiria nas fases explicativa, decisiva e instrumental ou operacional, correspondentes respectivamente a Criminologia, Política Criminal e ao Direito Penal.

O Direito Penal clássico pretendia lutar contra o crime sem analisar suas causas, considerando-o um fato jurídico. Com o surgimento da Escola Positivista e a criação da Criminologia, passou-se a considerar o crime como um fato natural e social produzido pelo homem, uma realidade biológico-social. Para superar a divergência com a Escola Clássica, a Criminologia passou a ter como seu objeto de estudos o “criminoso”, indivíduo assim qualificado em decorrência da condenação à pena de prisão, reservando-se ao Direito Penal a tipificação das condutas criminais.

A partir da segunda metade do século XX surgem correntes teóricas questionadoras da Criminologia positivista e do Direito Penal clássico. Essas



correntes em suas diversas tendências compõem a chamada Criminologia Crítica ou Nova Criminologia. Tais correntes possuem em comum uma base teórica composta por categorias do materialismo histórico, centrado nos conceitos gerais de modo de produção, classes sociais, ideologia, etc., permitindo a compreensão do movimento histórico como processo contraditório movido pela luta de classes. Os fenômenos históricos como o crime são analisados na sua interação com as relações estruturais e superestruturais reveladas através do método dialético.

A Criminologia Crítica é uma nova maneira de se buscar as explicações para os conflitos criminológicos, extrapolando inclusive a própria ciência criminal, questionando-a para posterior reconstrução. Esta Nova Criminologia investiga o Direito Penal, o sistema penal e a operacionalidade das instituições que o compõem. Elabora propostas político-criminais, que possibilitem a defesa das classes sociais subalternas, entendidas como as classes desfavorecidas em decorrência das relações sociais capitalista.

A Política Criminal Alternativa da “descriminalização” constitui-se numa estratégia de contenção da violência punitiva do sistema penal. Objetivando a diminuição do fato “morte”, decorrente de fatores como a repressão violenta da criminalidade de menor potencial ofensivo, a prática de extermínio pelos esquadrões da morte, a tortura para obtenção de confissões, enfim, de todo tipo de violação aos direitos humanos praticadas pelas instituições do sistema penal.

Paralelamente a estratégia da descriminalização das infrações de menor potencial ofensivo, a Política Criminal Alternativa propõe uma cautelosa criminalização da macrocriminalidade.

Como estratégia descriminalizatória encontra-se a efetivação do

princípio da intervenção mínima, propondo-se a intervenção penal quando estrita e evidentemente necessária. Segundo a Criminologia Crítica, deve-se recorrer às normas penais como último recurso, devendo-se esgotar antes todos os demais meios não penais disponíveis como o Direito Civil, Administrativo, Financeiro, Tributário, etc. Dessa forma se evitaria a inflação legislativa, entendida como a criminalização excessiva, ou exagerada elaboração de leis penais.

As políticas sociais são mais eficientes na prevenção dos conflitos penais que a aplicação da pena de prisão. Como exemplos de políticas sociais que poderiam ser implementadas com o objetivo de prevenção dos conflitos sociais e criminais, apontam-se as seguintes:

- a) Redesenhar veículos para a diminuição dos acidentes de trânsito.
- b) Veicular campanhas informativas sobre o consumo de drogas lícitas e ilícitas e sobre os danos por elas causados.
- c) Veicular também informações sobre meios contraceptivos para prevenir-se a prática do aborto.
- d) Maior vigilância nas empresas para evitar-se mortes por acidentes de trabalho.
- e) Implementar uma política de efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos nas constituições dos Estados.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, graças ao seu artigo quinto, possibilita a superação da crise de ilegitimidade do sistema penal e das normas penais. Para tanto bastaria uma estratégia de máximo respeito as disposições do artigo constitucional acima citado, como a igualdade de todos

perante a lei; proibição de tortura, tratamento desumano ou degradante: assegurar o direito de resposta e indenização por dano moral, material, ou à imagem; inviolabilidade de consciência e de crença, da intimidade, da vida, da honra e de imagem de pessoas; inviolabilidade do lar, das correspondências, das comunicações telefônicas (salvo por ordem judicial); livre locomoção no território nacional: liberdade de associação para fins lícitos; direito ao devido processo legal, etc.

A descriminalização é uma política criminal capaz de reduzir a atuação do sistema punitivo, possibilitando que este dedique maiores esforços aos casos da macrocriminalidade, a criminalidade de alto poder ofensivo.

Descriminalização não significa desregulamentação total das condutas tipificadas como criminais, significa regulamentação penal somente quando estritamente necessária. A pena privativa de liberdade como meio de solução de conflitos é o mais inadequado, sua substituição por outras alternativas implica em efetivação de “justiça social”.

Uma forma de justiça social é o reconhecimento das falhas da operacionalidade do sistema penal e da necessidade de sua reforma ou transformação, para contenção da violência punitiva. Obtem-se justiça social através da implementação de políticas criminais, não violatórias dos direitos humanos e das garantias constitucionais.

Para a Criminologia Crítica, a atuação do sistema penal (Direito Penal, judiciário, polícia) é ineficaz para a solução dos problemas da violência. Este sistema age sobre as classes mais fracas sócio-economicamente, deixando impune as classes dominantes.

As estatísticas criminais são elaboradas com base no número de pessoas encarceradas. Sendo que a população carcerária é composta em sua maioria de pessoas pobres, negras, ou sem qualificação para o mercado de trabalho, conclui-se que são estatísticas relativas sobre o fenômeno da violência na sociedade.

Os fatores sociológicos, etológicos, ambientais, psico-biológicos, ou jurídicos não são os únicos que podem contribuir para a prática da conduta criminosa. Os principais fatores causadores da violência, segundo as investigações da Criminologia Crítica, são os fatores estruturais e institucionais do modo capitalista de produção e reprodução das relações sociais.

Quanto ao modo capitalista de sociedade convém lembrar as palavras de ROQUE DE BRITO ALVES;

“(...) a sociedade moderna é, por sua própria natureza ou estrutura, criminógena, fonte de crimes, pois é sociedade de consumo, materialista, pragmática de inversão de valores, onde o dinheiro, o sexo, a violência, o *status* econômico ou financeiro estão acima dos valores espirituais e morais. É sociedade pagã e não cristã, com o aniquilamento ou desprezo de valores morais ou espirituais, esmaga o homem como pessoa, reduzindo-o a um simples número nas grandes cidades, angustiado, neurótico, inimigo de si mesmo e dos outros, que não são vistos como o próximo e sim como o outro concorrente na terrível luta pela sobrevivência.”

Portanto, a escolha por uma política criminal de descriminalização decorre da necessidade de se implementar uma política para a redução da violência institucional praticada graças a atuação seletiva, desigual, deslegítima e ilegal dos sistemas punitivos das sociedades capitalistas.

Demonstrou-se através das investigações de cunho crítico que a prisão não ressocializa, não previne o crime, funciona como um separador social. Aquele que está encarcerado é separado da sociedade, que o estigmatizará como criminoso, homem mal, para o resto de sua vida, mesmo após ter cumprido uma pena.

Segundo FOUCAULT<sup>^</sup>, a prisão funciona como produtora do exército de reserva de mão de obra, e graças a isso mantém-se baixos os salários. A

---

<sup>^</sup> ALVES, Roque de Brito - *Ciência criminal*. p.304.

<sup>^</sup> Sobre a prisão ver: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: História da violência nas prisões*.

prisão produz também os peões do crime, é a escola do crime. Desse modo, a mão de obra barata serve ao enriquecimento lícito, e os peões do crime servem ao enriquecimento ilícito.

Portanto, a política de intensificação da aplicação da pena de prisão e da quebra das garantias individuais previstas nas constituições, não serão capazes de diminuir o crime, como querem nos fazer crer certos movimentos de lei e ordem.

Somente uma política de transformação social, de efetivação dos direitos humanos, juntamente com uma política criminal de descriminalização das condutas de pequeno potencial ofensivo, acredita-se, diminuirão os problemas da violência.

A transformação social implica na busca da qualidade de vida, implica na efetiva justiça social, na redução dos fatores estruturais e institucionais que favorecem a violência.

A partir da atualização do Direito Penal, criminalizando e descriminalizando, sempre que as transformações sociais assim o exigirem, pode obter-se um Direito Penal que sirva de instrumento de efetivação de justiça social. Instrumento garantidor da satisfação das necessidades reais dos indivíduos e da coletividade, deixando assim, de ser um meio de dominação de uma classe por outra.

Uma política criminal alternativa, nesse contexto, não pode ser uma política de substitutivos penais, que permaneçam limitados a uma perspectiva vagamente reformista e humanitária, mas sim, uma política de grandes transformações sociais e institucionais, voltadas para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, das formas de vida comunitária e civil alternativas, mais humanas.

E como enfatiza BARATTA, a ampliação e o reforço da tutela penal em setores de interesse essencial para a vida dos indivíduos e da comunidade, como a vida, a saúde, a segurança no trabalho, a integridade física, ecológica, etc., pode ser alcançada através do direcionamento dos mecanismos de criminalização para a criminalidade econômica, política, ecológica, enfim, para

a macrocriminalidade. Paralelamente a essa criminalização deve ser reforçado a representação processual em favor dos interesses coletivos.<sup>^</sup>

A estratégia da descriminalização, que deve ser implementada paralelamente a estratégia de ampliação da tutela penal em setores essenciais, individuais e sociais, consiste na substituição das sanções penais por sanções administrativas, civis ou comunitárias. Trata-se de aliviar a pressão do sistema punitivo sobre as classes subalternas e os efeitos negativos dessa pressão no destino dessas pessoas. Significa estratégia de reforma profunda do processo penal, da organização judiciária, da polícia, com o fim de democratizar esses setores do aparato punitivo do Estado, reduzindo dessa forma a violência seletiva operante nesses níveis institucionais.

A descriminalização é sobretudo, estratégia de contração ou superação da pena, não significa superação do Direito Penal. Pois é importantíssimo para a democracia que se defenda o regime das garantias legais e constitucionais que regulam o exercício da função punitiva do Estado de Direito.

A política criminal alternativa de descriminalização e a luta ideológica e cultural, que esta pressupõe, deve-se realizar com o objetivo de superação do Direito Penal desigual, superação do Direito Penal conservador da escala social vertical e das relações de subordinação e de exploração do homem pelo homem.

A racionalização do Direito Penal é tarefa que recém começa. A tendência internacional moderna de descriminalização e de restrições a aplicação da pena privativa de liberdade proporciona a confecção de novos códigos penais, elaborados através do intercâmbio entre as ciências criminais.

Desse modo, ao elaborar-se novos códigos penais, leva-se em consideração as investigações da Criminologia Crítica, as estratégias político criminais alternativas, e a técnica legislativa.

O Direito Penal, como conjunto de normas jurídicas que tipificam o crime, regulamentam o direito de punir, a persecução penal e execução da pena, através do método interdisciplinar, poderá tornar-se atualizado, compatível com as

---

<sup>^</sup> BARATTA, A. - "Criminologia crítica e política penal alternativa", p.15-16.

reais necessidades sociais. Poderá ser alcançada a harmonia entre a realidade dos fatos e as normas penais.

O Direito Penal poderá servir de instrumento de efetivação de justiça social. Obtem-se isto através da efetiva criminalização da macrocriminalidade e da efetiva tutela dos direitos humanos, construindo-se assim um direito humanizado e democrático.

Elaborar propostas para a humanização do sistema penal não é preocupação recente. Desde o iluminismo (séc.XVIII) que se questionam os limites do âmbito penal e os critérios para freiar sua tendência expansionista,

A exemplo disso cita-se a obra “Dos delitos e das penas”, publicada em 1764, por Cesare Bonesana, obra que tornou-se imortal.

Na América Latina o movimento chamado Realismo Marginal Criminológico, que tem como seu representante EUGENIO RAUL ZAFFARONI, utiliza como fonte a proposta do “Direito Penal Mínimo”. Desenvolve estratégias baseadas no máximo respeito aos direitos humanos.

Outros dois importantes movimentos político-criminais são o abolicionismo e o minimalismo. Seus representantes são respectivamente LOUK HULSMAN e ALESSANDRO BARATTA. Estes movimentos elaboram suas propostas fundamentadas no respeito aos direitos humanos em sentido amplo: social, econômico, individual, ecológico.

Em resumo, as diretivas formuladas por estes movimentos foram e são um estímulo à busca de alternativas mais humanas para solução dos conflitos sociais e criminais. Importante lembrar sempre que o problema criminal não é exclusivamente jurídico. Exige sempre uma análise pluridimensional face ao seu conteúdo ético, cultural, social, político e econômico.

No Brasil em 1995 foi aprovada a Lei n.9.099, que institui os “Juizados Especiais Criminais”. Esta Lei é resultado da união de esforços de legisladores, magistrados, juristas, professores, para a desburocratização do processo criminal, dotando-o de mecanismos rápidos, simples, econômicos, com o

objetivo de torná-lo adequado à solução das infrações de menor potencial ofensivo.

Os Juizados Especiais Criminais trazem em seu contexto, novos institutos como o acordo civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo. A Constituição Federal de 1988, já havia determinado em seu artigo 98,1, a criação de tais juizados.

Os objetivos fundamentais da criação dos Juizados Especiais são;

a) a tutela da vítima mediante reparação sempre que possível dos danos por ela sofridos, através da composição de danos (transação civil, art.72), a ser buscada na fase preliminar. Caso não tenha sido possível empreendê-la nesse momento, abre-se ainda, a possibilidade de ser tentado o acordo civil por ocasião da instalação da audiência de instrução e julgamento (art.79).

b) o segundo objetivo é a aplicação de pena não privativa de liberdade como a multa ou penas restritivas de direito. Cabendo a aplicação imediata como no caso da transação civil, na audiência preliminar. Após a ocorrência ou não da audiência preliminar ou no início da audiência de instrução e julgamento, quando não foi possível naquela fase, desde que proposta pelo Ministério Público e aceita pelo autor da infração e seu defensor ocorrerá a transação penal (art.76).

Não ocorrendo a transação penal, se não for caso de arquivamento, é oferecida a denúncia oral (Ação Penal Pública), nessa oportunidade o Ministério Público oferece a “suspensão condicional do processo” (art.89).

Os princípios que regem o processo nos Juizados Especiais são a oralidade, informalidade, economia processual e celeridade da prestação jurisdicional.

De acordo com o juiz NILTON JOÃO DE MACEDO MACHADO, “vislumbra-se, assim, uma vez implantados efetivamente os Juizados Especiais Criminais, a agilização da Justiça com resgate de sua credibilidade, valorizando-se



a figura da vítima e humanizando-se a imposição de sanções aos autores das denominadas infrações de menor potencial ofensivo”.<sup>^</sup>

Assim, a Lei 9.099/95 pode ser apontada como o mais palpável exemplo de descriminalização por ato legislativo, ou descriminalização de jure.

Outra forma de descriminalização é a decorrente de ato interpretativo do juiz. Esta modalidade é também chamada de despenalização. Significa a aplicação facultativa de pena não privativa de liberdade.

Finalizando a descrição dos tipos de descriminalização aponta-se uma terceira espécie, chamada de descriminalização de fato. Esta ocorre no âmbito da resposta social a conduta delitiva. Exemplo disso cita-se o jogo do bicho. A sociedade não mais o considera crime, praticando-o em grande escala.

Portanto, conclui-se diante de tudo o que foi exposto, pela procedência e oportunidade de implementação de uma política criminal alternativa de descriminalização. O sistema penal não é o único remédio para todos os males. Criminalizar em demasia é um grande erro, pois sua estrutura e condições operacionais não estão preparadas para tamanha sobrecarga. Imagine-se o número de pessoas que seriam processadas se as contravenções penais fossem todas realmente denunciadas e processadas?

Assim criminalidade de pequeno potencial ofensivo poderá ser extirpada do horizonte social através da implementação de políticas para o desenvolvimento econômico, melhoria da qualidade de vida e com uma justiça criminal efetivamente voltada para a defesa dos interesses essenciais individuais e coletivos.

---

<sup>^</sup> MACHADO, Nilton João de Macedo - “Juizados Especiais Criminais e suspensão condicional do processo”, p.31.

ANEXO I

JURISPRUDÊNCIAS

## JURISPRUDÊNCIAS

### 1. PENA INADMISSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO FACE A IRRETROATIVIDADE DA LEI MENOS BENÉFICA:

**a) CRIME HEDIONDO - EXECUÇÃO DA PENA - LEI 8072/90 - INAPLICABILIDADE.**

Relator Fleury Fernandes  
Tribunal TA/PR

Se o crime pelo qual cumpre pena o agravante, tido como hediondo pela Lei 8072/90, foi cometido antes da vigência desta, à execução de sua pena não se aplicam as disposições mais rigorosas dessa lei, inclusive no que concerne ao regime prisional. (TA/PR - Rec. de Agravo n. 0063428-8 - Comarca de Curitiba - Ac. 2819 - unân. - 2a. Câ. Crim. - Rei; Juiz Fleury Fernandes - Fonte: DJPR, 18.03.94, pág. 114).

**b) ESTUPRO - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - INOCORRÊNCIA DE LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE DA VÍTIMA - AUMENTO DE METADE DA PENA - INCABIMENTO - ART. 223/CP - LEI 8072/90, art. 9o.**

Relator Odilon Ferreira  
Tribunal TJ/MG

Somente quando o estupro ou atentado violento ao pudor se subsume às disposições do art. 223 do Código Penal, aplica-se o aumento de metade da pena previsto no art. 9o. da Lei no. 8.072/90. (TJ/MG - Ap. Criminal n. 26.113/1 - Comarca de São Sebastião do Paraíso - Ac. unân. - 1a. Câ. Crim. - Rei: Des. Odilon Ferreira - Fonte: DJMG II, 27.05.95, pág. 01).

**c) ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - ART. 214/CP - DELITO COMETIDO ANTES DA LEI 8072/90 - CARACTERIZAÇÃO COMO CRIME HEDIONDO - MODIFICAÇÃO DA PENA PENA E FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO - LEI PENAL MAIS GRAVOSA - IRRETROATIVIDADE**

Relator Paulo Brossard  
Tribunal STF

Lei penal. Aplicabilidade. Princípios: "Tempus delicti commissi regit actum" e irretroatividade da lei mais gravosa. Crime Hediondo. Atentado violento ao pudor, art. 214 do Código Penal. Crime qualificado como hediondo pela Lei 8.072/90 que modificou a pena a ele cominada e fixou o regime fechado para o seu cumprimento. Condenação que impõe a pena com base na redação anterior do art. 214 do Código Penal, vigente à época da infração, e fixa o regime fechado para o cumprimento da pena com base na Lei 8.072/90 que lhe é posterior. Impossibilidade em face do princípio de direito intertemporal "tempus delicti commissi regit actum" e da irretroatividade da lei mais gravosa. A lei mais benéfica deve ser aplicada na sua integridade. Por esta razão não se pode aplicar, a pena mais branda cominada pela redação antiga do art. 214 do C.P. e impor-lhe o regime mais gravoso de cumprimento estabelecido pela Lei superveniente 8.072/90. Regime Prisional. Normas que fixam a forma de cumprimento da pena. Natureza. As normas que impõem a pena e a forma de sua execução têm a mesma natureza, são normas de direito substantivo: as penas e os regimes de seus cumprimentos vêm disciplinados no Código Penal. "Habeas Corpus" deferido em parte. (STF - Habeas Corpus n. 71.009-3 - Minas Gerais - Ac. 2a. T. - unân. -

Rei: Min. Paulo Brossard - j. em 15.04.94 - Fonte: DJU I, 17.06.94, pág. 15709).

**d) FURTO QUALIFICADO - CONTINUIDADE DELITIVA - CONFIGURAÇÃO - NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 71/CP - SIMULTANEIDADE DE CONCURSO FORMAL E DE CRIME CONTINUADO - IMPOSSIBILIDADE.**

Relator Tufi Maron Filho

Tribunal TA/PR

Tendo os crimes sido praticados sob o mesmo "modus operandi", na mesma localidade, com a participação dos mesmos co-réus, em espaço de tempo não superior a quatro meses, considera-se a continuidade delitiva, aplicando-se a pena na forma do artigo 71 do Código Penal, tão somente, inadmitida a ocorrência da simultaneidade do concurso formal e crime continuado. (TA/PR - Ap. Criminal n. 0068891-1 - Comarca de Palotina - Ac. 2422 - unân. - 3a. Câ. Crim. - Rei: Juiz Tufi Maron Filho - conv. - j. em 16.11.94 - Fonte: DJPR, 02.12.94, pág. 56).

**e) ROUBO QUALIFICADO - OCORRÊNCIA DE DUAS QUALIFICADORAS - AUMENTO DA PENA AO SEU LIMITE MÁXIMO - INADMISSIBILIDADE - ART. 157/CP, § 2o. - ART. 68/CP.**

Relator Maurício Corrêa

Tribunal STF

Roubo qualificado (Art. 157, § 2o., le II, do CP). Aumento da pena no limite máximo previsto em face da existência de duas circunstâncias qualificadoras do crime. Fundamentação deficiente. 1. O aumento da pena em face de circunstância qualificadora do crime, ou agravante específica, quando aplicado acima do mínimo legal, deve ser fundamentado. 2. A simples constatação da existência de duas qualificadoras não é bastante para fundamentar o agravamento da pena no limite máximo previsto; cada uma das três fases da aplicação da pena (art. 68 do CP) deve ter fundamentação tópica e suficiente. 3. "Habeas-corpus" conhecido e indeferido quanto ao pedido de redução da agravante para o mínimo de 1/3 e deferido quanto ao pedido formulado em ordem sucessiva, para determinar que o Tribunal "a quo" prossiga no julgamento da apelação e complemente a fundamentação do aumento da pena aplicado no máximo previsto no § 2o. do art. 157 do CP. (STF - Habeas Corpus n. 71.741-1 - Rio de Janeiro - Ac. 2a. T. - unân. - Rel: Min. Maurício Correa - j. em 14.03.95 - Fonte: DJU I, 26.05.95, pág. 15156).

**f) FIXAÇÃO DA PENA - MENTIRAS DA TESTEMUNHA E DO RÉU NA INSTRUÇÃO CRIMINAL - IRRELEVÂNCIA - AUMENTO DE PENA INCABÍVEL - ART. 50./CF, LXIII - FALSO TESTEMUNHO À SER APURADO EM OUTRA AÇÃO PENAL.**

Relator Moreira Alves

Tribunal STF

"Habeas corpus". - O comportamento do réu durante o processo na tentativa de defender-se não pode ser levado em consideração para o efeito de aumento da pena, sendo certo, também, que o réu não está obrigado a dizer a verdade (art. 5o., LXIII, da Constituição) e que as testemunhas, se mentirosas, devem elas, sem reflexo na fixação da pena do réu em favor de quem depuseram, ser punidas, se for o caso, pelo crime de falso testemunho. "Habeas corpus" deferido em parte, estendida a concessão, "ex officio", ao co-réu. (STF - Habeas Corpus n. 72.815-4 - Mato Grosso do Sul - Ac. 1a. T. - unân. - Rel: Min. Moreira Alves - j. em 05.09.95 - Fonte: DJU I, 06.10.95, pág. 33132).

g) RAPTO - ESTUPRO - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS - AUSÊNCIA DE LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE - INAPLICABILIDADE DO AUMENTO DE PENA - LEI 8072/90, art. 9o.

Relator Edson Vidigal

Tribunal STJ

Rapto e atentado violento ao pudor - Vítima menor de quatorze anos - Lei 8.072/90 - Art. 9o.. 1. Somente será aplicado o aumento de pena previsto na Lei dos Crimes Hediondos - Art. 9o., em crimes de estupro e atentado violento ao pudor, contra vítima menor de (14) quatorze anos, se do fato resultar lesão corporal grave ou morte. 2. Recurso parcialmente provido. (STJ - Rec. Especial n. 53.340-6 - Santa Catarina - Ac. 5a. T. - unân. - Rei: Min. Edson Vidigal - j. em 10.05.95 - Fonte: DJU 1, 05.06.95, págs. 16677/16678). NOTA BONIJURIS: Vide sobre o assunto a Ementa Bonijuris no. 20649.

h) CORRUPÇÃO DE MENORES - SUJEITO PASSIVO - NÃO CONFIGURAÇÃO - CRIME FORMAL - NÃO CARACTERIZAÇÃO- NECESSIDADE DE PROVA DA CORRUPÇÃO - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - CRIME CONTINUADO - ADMISSIBILIDADE - INADMISSIBILIDADE MAJORAÇÃO DA PENA - LEI 8072/90, art. 9o.

Relator Kelsen Carneiro

Tribunal TJ/MG

Corrupção de menores - Sujeito passivo - Delito não formal - Necessidade de prova da corrupção - Atentado violento ao pudor - Crime continuado - Pena - Majoração - Art. 9o. da Lei no. 8.072/90 - Se o delito de corrupção de menores só pode ser praticado contra menor de 18 anos e maior de 14 anos, daí resulta que o menor de 14 anos não pode ser sujeito passivo desse crime. - Por não ser um delito meramente formal, para que se configure o crime de corrupção de menores, deve ser adequadamente provado que os menores ficaram corrompidos. - É de se considerar presente a figura do crime continuado na prática do atentado violento ao pudor, se o réu, por diversas vezes e por mais de um ano, constrangeu a menor a com ele manter ato libidinoso diverso da conjunção carnal. - **A majoração da pena a que se refere o art. 9o. da Lei no. 8.072/90 somente tem aplicação nos casos de lesão grave ou morte da vítima.** (TJ/MG - Ap. Criminal n. 42.648/6 - Comarca de Guaxupé - Ac. unân. - 3a. Câm. Crim. - Rei: Des. Kelsen Carneiro - Fonte: DJMG II, 14.10.95, pág. 01).

i) ESTUPRO - COMETIMENTO DE ASCENDENTE CONTRA DESCENDENTE - VÍTIMA MENOR - DESPREZO DA AGRAVANTE DO ART. 61/CP, II - APLICAÇÃO DA CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO - ART. 226/CP, II - AUMENTO DA PENA - LEI 8072/90, art. 9o.- IMPOSSIBILIDADE.

Relator Álvaro Wanderlli

Tribunal TJ/SC

Crime contra os costumes - Estupro - Vítima menor de 14 anos - Violência presumida - Pai que pratica contra a própria filha - Majorante do crime cometido por ascendente contra descendente duplamente considerada - Impossibilidade - Pedido deferido. Sendo o estupro cometido por ascendente contra descendente, deve-se desprezar a circunstância agravante genérica do artigo 61, 11, e, do Código Penal, e aplicar-se, na última fase da dosimetria, a causa especial de aumento prevista no art. 226, II, do mesmo diploma legal. Estupro - Crime hediondo - Inocorrência de morte ou lesão corporal grave - Inaplicabilidade do aumento de pena previsto no art. 9o. da Lei n. 8.072/90 - Pedido revisional

deferido. "Aumento de pena previsto no art. 9o. da Lei de Crime Hediondo. Aplica-se apenas às hipóteses de lesão corporal grave ou morte, ante a expressa remissão da lei ao art. 223, caput, e parágrafo do Código Penal expressos quanto à exigência de 'lesão corporal grave' ou 'morte'." (STJ - 5a. Turma, Rel. Min. Assis Toledo, DJU 05.10.92, pág. 17.114). (TJ/SC - Rev. Criminal n. 2.682 - Comarca de Curitiba - Ac. unân. - Câms. Crims. Reunidas - Rel: Des. Álvaro Wandelli - Fonte: DJSC, 27.04.95, pág. 16).

j) ROUBO QUALIFICADO - AUMENTO DE PENA - MOTIVAÇÃO - MERA INVOCAÇÃO DOS INCISOS I E II DO ART. 157/CP, § 2o. -

INADMISSIBILIDADE.

Relator Néri da Silveira

Tribunal STF

Habeas Corpus. Roubo qualificado. Código Penal, art. 157, § 2o., incisos I e II. Aumento de pena. Motivação. 2. A só invocação dos incisos I e II, do § 2o., do art. 157, do Código Penal, não é suficiente a estabelecer-se o aumento da pena no máximo previsto nesse dispositivo. 3. Habeas corpus deferido, para, mantida a condenação, cassar o acórdão na parte relativa ao aumento da pena, a fim de que nova decisão se profira, no ponto, motivando-se o quantitativo do aumento da pena que entender a Corte "a quo" de estabelecer, "ut" art. 157, § 2o., do Código Penal. (STF - Habeas Corpus n. 0072126-5 - Rio de Janeiro - Ac. 2a. T. - unân. - Rel: Min. Neri da Silveira -j. em 02.05.95 - Fonte: DJU I, 16.06.95, pág. 18267).

k) FIXAÇÃO DA PENA - ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA - FUGA DO RÉU - MODIFICAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO PARA O REGIME FECHADO - IMPOSSIBILIDADE - PENA INFERIOR A 8 ANOS - REINCIDÊNCIA - NÃO OCORRÊNCIA - RÉU PRIMÁRIO - BONS ANTECEDENTES

Relator Afrânio Sayão de Paula Antunes

Tribunal TACrim./RJ

Roubo agravado - Emprego de arma - Fuga do apelante - Deserção do recurso - Modificação do regime para o fechado - Não cabimento. Julga-se deserto o apelo da defesa se o condenado foge após tê-lo interposto. Não procede a pretensão recursal do Ministério Público no sentido de modificar o regime prisional para o fechado, quando a pena privativa de liberdade imposta é inferior a oito anos e o réu não é reincidente. Em se tratando de condenado primário, com bons antecedentes cuja culpabilidade não foi excessiva, a pena imposta, bem inferior a oito anos, pode ser iniciada em regime prisional semi-aberto como foi fixada pelo Juiz monocrático no regular exercício do poder discricionário de que se encontra investido. (TACrim./RJ - Apelação n. 51503/94 - Comarca do Rio de Janeiro - Ac. unân. - 2a. Câ. - Rel: Juiz Afrânio Sayão de Paula Antunes - j. em 19.05.94 - Fonte: DOERJ III, 01.02.95, pág. 255).

l) FIXAÇÃO DA PENA - RÉU PRIMÁRIO - BONS ANTECEDENTES - APLICAÇÃO DA PENA ALÉM DO MÍNIMO - INADMISSIBILIDADE - CO-AUTORIA - PENAS IDÊNTICAS - NECESSIDADE - ART. 59/CP - CONSIDERAÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME PRATICADO E NÃO DO CRIMINOSO.

Relator Sebastião Rosenberg

Tribunal TJ/MG

Revisão criminal - Pena - Mínimo legal - Majoração - Réu primário - Bons

antecedentes - Art. 59 do Código Penal - Co-autores - Penas idênticas - Individualização da pena - Sendo o réu primário e de bons antecedentes, não há motivo para aplicar-lhe uma pena além do mínimo legal, visto que a primariedade e os bons antecedentes sobrepõem as demais condições estabelecidas no art. 59 do Código Penal, podendo a pena imposta ser corrigida em sede revisional. - Em se tratando de co-autores, as penas devem ser idênticas para todos os partícipes, salvo diferença advinda de outros operadores de cálculos de individualização da pena. - Se, ao fixar a pena-base, o Magistrado considera as circunstâncias do art. 59 do CP não em relação ao criminoso, mas em razão do crime praticado, a decisão incorre não apenas em injustiça, mas em erro técnico, cabendo a correção da pena imerecida, o que constitui, entre outros, o intuito da revisão criminal. (TJ/MG - Rev. Criminal n. 18.104/0 - Comarca de Juiz de Fora - Ac. Câms. Crims. Reunidas - Rei: Des. Sebastião Rosenberg - Fonte: DJMG II, 05.09.95, pág. 01).

## 2) PENA - REGIME ESPECIAL:

### a) TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - RÉU PORTADOR DE DOENÇA GRAVE, COMO CÂNCER OU AIDS - CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ESPECIAL - CABIMENTO - LEI 6368/76.

Relator Federal Célio Erthal

Tribunal TRF/2a. Reg.

Penal e processual penal. Arts. 12 e 18, I da Lei 6.368/76. Materialidade e autoria comprovadas. - Estando comprovada a materialidade do tráfico internacional, com a prisão em flagrante do denunciado, ao tentar embarcar para o Exterior com 2.800g de cocaína, impõe-se a condenação. A inocência do réu, no caso, não é presumida. - Eventuais enfermidades, como câncer e AIDS, se comprovadas, podem justificar o cumprimento da pena em regime especial, mas não a absolvição. Recurso não provido. (TRF/2a. Reg. - Ap. Criminal n. 95.02.15193-3 - Rio de Janeiro - Ac. la. T. - unân. - Rei: Des. Federal Clélio Erthal - j. em 13.09.95 - Fonte: DJU II, 17.10.95, pág. 70788).

## 3) PENAS ALTERNATIVAS:

### a) CONTRAVENÇÃO PENAL - PERTURBAÇÃO DOSOSSEGO ALHEIO - PROVA TESTEMUNHAL - SUFICIÊNCIA - ADEQUAÇÃO DA PENA.

Relator Nério Ferreira

Tribunal TA/PR

Contravenção penal. Perturbação do sossego alheio. Prova testemunhal. Suficiência. Pena. Adequação. Recurso parcialmente provido. Lanchonete situada em zona residencial. Música. Abuso no emprego de instrumentos sonoros. Infração caracterizada. Fatos superados, de impossível comprovação técnica. Prova testemunhal suficiente. **Alteração da pena privativa de liberdade para adequada pena pecuniária. Apeio parcialmente provido.** (TA/PR - Ap. Criminal n. 0056228-7 - Comarca de Ibiporã - Ac. 2715 - unân. - la. Câms. Crim. - Rei: Juiz Nério Ferreira - Apte: Genes Israel Assunção - Adv: Nelson Keller - Apdo: Ministério Público -j. em 11.03.94 - Fonte: DJPR, 20.05.94, pág. 65).

### b) CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - CARACTERIZAÇÃO - TESTEMUNHA INTIMADA - NÃO COMPARECIMENTO - PENA DEVIDA - DETENÇÃO SUBSTITUÍDA POR MULTA - POSSIBILIDADE.

Relator Alberto Costa  
Tribunal TJ/SC

Crime de desobediência. Testemunhas que, apesar de devidamente intimadas para depor em Juízo, alegam terem-se esquecido de comparecer ao ato judicial. Ausência de justificativa. Delito configurado. Condenação mantida. Pena detentiva, todavia, substituída pela de multa, e não por restritiva de direitos. Recurso parcialmente provido. (TJ/SC - Ap. Criminal n. 31.726 - Comarca de São Francisco do Sul - Ac. unân. - 2a. Câ. Crim. - Rel: Des. Alberto Costa - Fonte: DJSC, 06.12.94, pág. 09).

c) PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - SUBSTITUIÇÃO PELA MULTA - ADMISSIBILIDADE - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 60/CP - PENA MAIS BENÉFICA QUE O SURSIS.

Relator José Roberge  
Tribunal TJ/SC

Lesões corporais culposas. Por ser mais benéfica ao réu, que o sursis sob condições, deve a pena privativa de liberdade ser substituída pela de multa, desde que presentes os elementos do parágrafo 2o., do artigo 60 e seus requisitos, do CP. (TJ/SC - Ap. Criminal n. 31.883 - Comarca de Itajaí - Ac. unân. - 2a. Câ. Crim. - Rel: Des. José Roberge - Fonte: DJSC, 05.04.95, págs. 08/09).

d) FURTO - AGRAVANTE DO REPOUSO NOTURNO - CONFIGURAÇÃO - RÉU MENOR - ATENUANTE - CONFISSÃO REALIZADA - PENA INFERIOR A DOIS ANOS - RÉU PRIMÁRIO - CONCESSÃO DE SURSIS - POSSIBILIDADE.

Relator Oscar Silveiras  
Tribunal TACrim./RJ

Se o furtador, para a prática delitiva, se aproveita do fato de os lesados estarem dormindo, dado o horário, com esse atuar realiza o tipo penal do injusto de furto, agravado pelo repouso noturno. Se o réu, comprovadamente, se apresenta como menor imputável e confessa a prática delitiva ao ser interrogado, milita em seu prol circunstâncias atenuantes, que devem ser reconhecidas por ocasião da respectiva apenação. Se a pena privativa de liberdade não excede a dois anos, não sendo o condenado reincidente em crime doloso e satisfazendo os requisitos legais, faz jus o agente que a execução de sua pena seja suspensa, mediante aplicação da medida de execução penal do sursis. (TACrim./RJ - Apelação n. 51269/93 - Comarca de Ilha do Governador - Ac. unân. - 3a. Câ. - Rel: Juiz Oscar Silveiras - j. em 05.04.94 - Fonte: DOERJ III, 16.11.94, pág. 248).

e) ACIDENTE DE TRÂNSITO - LESÃO CORPORAL - BRUSCA CONVERSÃO À DIREITA - COLISÃO COM MOTOCICLETA - CULPA CARACTERIZADA - IMPRUDÊNCIA - SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE DETENÇÃO POR MULTA - POSSIBILIDADE.

Relator Angelo Zattar  
Tribunal TA/PR

Lesões corporais culposas - Acidente de trânsito - Condenação - Brusca conversão à direita - Imprudência - Substituição de pena. Age com imprudência o condutor de camioneta que realiza brusca conversão à direita, vindo da esquerda, causando a colisão contra a mesma, de motocicleta que trafegava atrás, no mesmo sentido (do que resultaram lesões corporais no piloto deste veículo). Substitui-se a pena de detenção pela de multa e não pela restritiva de direitos, operação que não pode ser negada quando satisfeitos os critérios dos incisos II e



111, do art. 44, do Código Penal. Provimento parcial. (TA/PR - Ap. Criminal n. 0070889-2 - Comarca de Cornéio Procópio - Ac. 2370 - unân. - 3a. Câ. Crim. - Rel: Juiz Angelo Zattar - j. em 18.10.94 - Fonte: DJPR, 04.11.94, pág. 124).

f) FURTO QUALIFICADO - SENTENÇA CONDENATÓRIA - PENA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE COMO CONDIÇÃO PARA O SURSIS - NÃO CONFIGURAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ART. 50./CF, XLVI, d.

Relator Mauricio Corrêa

Tribunal STF

Furto qualificado. Concurso de pessoas. Prestação de serviços à comunidade. Perdão judicial. Indulto. Punibilidade. Prescrição. 1. A Constituição Federal preconiza que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, a prestação social alternativa (art. 5o., XLVI, "d"). Seu conceito e condições estão definidos no art. 46 e seu parágrafo único, do Código Penal. 2. A imposição da prestação de serviço à comunidade como condição para o "sursis" não constitui constrangimento ilegal. Mesmo que, porventura, ao estabelecer as tarefas para o cumprimento da pena o juiz tenha exorbitado, não é de ser conhecida a competência originária da Suprema Corte para processar e julgar o "habeas corpus". 3. O "habeas corpus" não é via adequada para requerer perdão judicial ou indulto. 4. Considerados os termos interruptivos (recebimento da denúncia, sentença condenatória e trânsito em julgado), tem-se que, "in casu", não transcorreu o prazo necessário à consumação da prescrição pela pena concretizada. 5. Conhecido, em parte, o pedido de "habeas corpus" e, nessa parte, indeferido. (STF - Habeas Corpus n. 72.233-4 - São Paulo - Ac. 2a. T. - unân. - Rel; Min. Mauricio Correa -j. em 11.04.95 - Fonte; DJU I, 02.06.95, pág. 16231).

g) PORTE ILEGAL DE ARMA - CONTRAVENÇÃO PENAL FORMAL E INSTANTÂNEA - ART. 19/LCP - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE - CARGA HORÁRIA - APLICAÇÃO DA LEI 7210/84, art. 149, § 1o.

Relator Solon D'Eça Neves

Tribunal TJ/SC

De acordo com clara disposição do art. 149, par. 1o., da LEP, a pena de prestação de serviços à comunidade terá a duração de 8 (oito) horas semanais, em dias que não prejudiquem a jornada de trabalho do sentenciado. Inegável a caracterização da contravenção de porte de arma do agente que traz, no porta-luvas do veículo, arma de fogo carregada, sem ter registro ou autorização da autoridade competente. Nessas condições, é porte, mesmo que esteja desarmada, sem munição ou desmontada, posto que é infração formal e instantânea. Recurso desprovido. (TJ/SC - Ap. Criminal n. 32.351 - Comarca de Criciúma - Ac. unân. - 1a. Câ. Crim. - Rel; Des. Solon d'Eça Neves - Aptes; Bento Nilo Albino e outro - Adv; João Ferreira - Apda; a Justiça - Adv; Francisco Bissoli Filho - Fonte; DJSC, 04.01.95, pág. 10).

h) FURTO QUALIFICADO - CONCURSO DE AGENTES - SURSIS - PENA - APLICAÇÃO DO ART. 78/CP, § 1o. - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE - LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA - IMPOSSIBILIDADE CUMULAÇÃO COM O ART. 78/CP. § 2o.

Relator Romeiro Júnior

Tribunal TACrim./RJ

Furto de toca-fitas de automóvel qualificado pelo concurso de agentes. Indícios suficientes de autoria, ensejando a reprovação penal. Sursis. As restrições de direitos de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana podem servir como suas condições no primeiro ano do período de prova (art. 78, parágrafo primeiro, CP), mas não devem ser impostas concomitantemente com aquelas previstas no parágrafo segundo, letras a, b, e c do citado dispositivo, porque essas últimas são substitutivas daquelas, se preenchidos os pressupostos ali também estabelecidos (reparação do dano, etc). Deferimento parcial do recurso dos acusados para alterar em seu favor, condição do sursis. (TACrim./RJ - Apelação n. 50482/93 - Comarca do Rio de Janeiro - Ac. unân. - 3a. Câm. - Rel: Juiz Romeiro Júnior-j. em 22.02.94 - Fonte: DOERJ III, 16.11.94, pág. 248).

**i) ROUBO - CRIME IMPOSSÍVEL - CONFIGURAÇÃO - INEXISTÊNCIA DO PATRIMÔNIO VISADO PELO AUTOR - IMPROPRIEDADE ABSOLUTA DO OBJETO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ART. 146/CP - CONFIGURAÇÃO - PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE.**

Relator Romeiro Júnior

Tribunal TACrim./RJ

Crime impossível. Roubo. Tentativa inidônea. Constrangimento ilegal residual- Se, no momento da ação, inexistia com a ofendida "o patrimônio" visado pelo ladrão, o qual, por isso, a libertou da imobilização forçada que lhe infligiu e foi embora, houve "impropriedade absoluta do objeto", caracterizando "a impossibilidade do roubo (art. 17, CP)." Provimento em parte, contudo, da apelação do M.P., a fim de condenar o recorrido pelo delito residual do "constrangimento ilegal (art. 146, CP)" imposto à vítima, porque o roubo, como crime pluriofensivo que é, concentra também tal figura, praticada, no caso, mediante violência. **Opção pela pena de prestação de serviços à comunidade.** (TACrim./RJ - Apelação n. 48871/93 - Comarca de Petrópolis - Ac. unân. - 2a. Câm. - Rel: Juiz Romeiro Júnior - j. em 19.10.93 - Fonte: DOERJ III, 15.03.95, pág. 256).

**j) PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - SUSPENSÃO DE HABILITAÇÃO PARA CONDUÇÃO DE VEÍCULO - INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA - CONTAGEM DA INTIMAÇÃO DA EXECUÇÃO.**

Relator Sylvio Baptista Neto

Tribunal TA/RS

Cumprimento de pena de interdição temporária de direitos. Suspensão de habilitação para dirigir veículo. O início de cumprimento da pena de interdição temporário é o da data em que o condenado é intimado da execução. (TA/RS - Agravo n. 294034822 - 3a. Câm. Crim. - Rel: Sylvio Baptista Neto - j. em 04.04.95 - Fonte: DJRS, 27.06.95, pág. 07).

#### **4) REINCIDÊNCIA:**

**a) DETENÇÃO - CUMPRIMENTO DESDE O INÍCIO EM REGIME ABERTO - ADMISSIBILIDADE - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 59/CP - REINCIDÊNCIA - PRISÃO EM FLAGRANTE - IRRELEVÂNCIA - PERMANÊNCIA ANTERIOR DO RÉU NA PRISÃO POR TEMPO SUPERIOR À METADE DA PENA.**

Relator José Wanderlei Resende

Tribunal TA/PR

Art. 33, parágrafo 2o., "c" do Cód. Penal. Reincidente condenado a cinco meses de detenção. Possibilidade de cumprimento da pena em regime aberto. A despeito da expressão literal da disposição legal em epígrafe, o reincidente, condenado a pena de detenção igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá cumpri-la, desde o início, em regime aberto, se assim se estabeleceu atendendo as circunstâncias do art. 59 do CP, mormente se, preso em flagrante, aquele já permaneceu encarcerado por lapso temporal superior ao da metade da sanção imposta. (TA/PR - Ap. Criminal n. 0073491-4 - Comarca de Cidade Gaúcha - Ac. 2538 - unân. - 4a. Câ. Crim. - Rel: Juiz José Wanderlei Resende - j. em 06.04.95 - Fonte: DJPR, 28.04.95, pág. 54).

**b) REINCIDÊNCIA - CONFIGURAÇÃO - CONDENAÇÃO ANTERIOR À PENA DE MULTA - PENA de RECLUSÃO - NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO EM REGIME FECHADO.**

Relator Angelo Zattar

Tribunal TA/PR

Furto qualificado tentado - Condenação - Reincidência - Regime fechado. A reincidência se caracteriza ainda que a condenação anterior corresponda à imposição unicamente da pena de multa. O regime inicial de cumprimento de pena de reclusão, apropriado ao reincidente, é o fechado. Redução da reprimenda. Provimento parcial. (TA/PR - Ap. Criminal n. 0075394-8 - Comarca de Ponta Grossa - Ac. 2608 - unân. - 3a. Câ. Crim. - Rel: Juiz Angelo Zattar - j. em 21.03.95 - Fonte: DJPR, 31.03.95, pág. 68).

Doutrina nesse sentido: "É debatida na jurisprudência a questão de saber se gera reincidência a anterior condenação à pena de multa. Há decisões no sentido de que a simples imposição de multa não enseja a reincidência e no sentido de que gera reincidência, porém apenas se ambos os crimes forem dolosos (Celso Delmanto, "Código Penal Anotado", 1982, 44). Tecnicamente não há a menor dúvida de que a anterior condenação à pena de multa leva à reincidência se um segundo crime for praticado." (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Parte Geral. 1. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro. Forense, 1990. p. 330).

**0) LIVRAMENTO CONDICIONAL - CRIME HEDIONDO - ADMISSIBILIDADE - INOCORRÊNCIA DE REINCIDÊNCIA NESTE TIPO DE CRIME - PENA IGUAL OU SUPERIOR A DOIS ANOS - CUMPRIMENTO DE MAIS DE DOIS TERÇOS.**

Relator Pingret de Carvalho

Tribunal TJ/DF

O Juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, desde que cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crime dessa natureza. (TJ/DF - Rec. de Agravo n. 262 - Ac. 74934 - unân. - 2a. T. Crim. - Rel: Des. Pingret de Carvalho - Fonte: DJU III, 08.03.95, pág. 2422).

**5) PENA MÁXIMA PERMITIDA 30 ANOS:**

**a) UNIFICAÇÃO DA PENA - PERPETUIDADE DA PENA NA PRÁTICA - IMPOSSIBILIDADE - ART. 5o./CF, XLVII, "b" - ART. 75/CP.**

Relator Vicente Cernicchiaro

Tribunal STJ

RHC - Constitucional - Penal - Pena - Unificação - Limite - Livramento Condicional - CP (art. 75) - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 anos. O tempo máximo deve ser considerado para todos os efeitos penais. Quando o código registra o limite das penas projeta particularidade do sistema para ensejar o retorno à liberdade. Não se pode, por isso suprimir os institutos que visam a adaptar o condenado à vida social, como é exemplo o livramento condicional. Na Itália, cuja legislação contempla o "ergastolo" (prisão perpétua), foi, quanto a ele, promovida arguição de inconstitucionalidade. A Corte Constitucional daquele país, todavia, rejeitou-a ao fundamento de admissível, na hipótese, o livramento constitucional. A Constituição do Brasil veda a pena perpétua (art. 5o., XLVII, b). Interpretação sistemática do Direito Penal rejeita, por isso, por via infra-constitucional, consagrá-la na prática. O normativo não pode ser pensado sem a experiência jurídica. Urge raciocinar com o tempo existencial da pena. Esta conclusão não fomenta a criminalidade. O art. 75, § 2o., CP fornece a solução. Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação. (STJ - Rec. em Habeas Corpus n. 3.808-0 - São Paulo - Ac. 6a. T. - maioria - Rel: Min. Vicente Cernicchiaro - j. em 26.09.94 - Fonte: DJU I, 19.12.94, pág. 35330).

#### 6) PRISÃO PREVENTIVA IMPOSSIBILIDADE:

**a) RECEPÇÃO DOLOSA - CONFIGURAÇÃO - CONCESSÃO DE FIANÇA - POSSIBILIDADE - PENA INFERIOR A 2 anos - RÉU PRIMÁRIO - IMPOSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO DA HIPÓTESE DO ART. 324/CPP, IV.**

Relator Trotta Telles

Tribunal TA/PR

"Habeas Corpus". Prisão em flagrante. Pacientes primários, indiciados em crime de receptação dolosa. Denegação da fiança requerida, com apoio no art. 324, IV, do CPP. Inexistência, todavia, de motivos que, no caso concreto, autorizem a decretação da prisão preventiva. Concessão da ordem para deferir o pedido de fiança. **Indiciados em crime cuja pena mínima cominada é inferior a dois anos e sendo primários, a mera possibilidade de que os pacientes venham a cometer novos crimes se postos em liberdade, não justifica decreto de prisão preventiva para garantia da ordem pública, não obstando, conseqüentemente o acolhimento do pedido de fiança.** (TA/PR - Habeas Corpus n. 0071563-7 - Comarca de Curitiba - Ac. 2225 - unân. - 4a. Câ. Crim. - Rel: Juiz Trotta Telles -j. em 06.10.94 - Fonte: DJPR, 04.11.94, pág. 126).

#### 7) CUMPRIMENTO DE PENA EM CADEIA PÚBLICA;

**a) REGIME SEMI-ABERTO - PACIENTE CUMPRINDO PENA EM REGIME FECHADO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.**

Relator Plínio Cachuba

Tribunal TJ/PR

Está bem nítido nos autos que o paciente deve cumprir a pena pela qual foi condenado, em regime semi-aberto, na Colônia Penal Agrícola, e, apesar disso, está recolhido na cadeia Pública em regime fechado; manifesto, em conseqüência, o constrangimento ilegal. Ordem concedida. (TJ/PR - Habeas Corpus Crime n. 0033494-3 - Comarca de Realeza - Ac. 7021 - unân. - 2a. Câ. Crim. - Rel: Des. Plínio Cachuba -j. em 26.05.94 - Fonte: DJPR, 20.06.94, pág. 38).

b) REGIME PRISIONAL - CUMPRIMENTO DA PENA EM CADEIA PÚBLICA - AUSÊNCIA DE CARTA DE GUIA - IMPOSSIBILIDADE- CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO - DIREITO AO CUMPRIMENTO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL ADEQUADO - HABEAS CORPUS - ADMISSIBILIDADE.

Relator Marques Cury

Tribunal TA/PR

"Habeas corpus" - Réu condenado - Regime prisional - Cumprimento de pena em cadeia pública - Falta da carta de guia - Direito de cumprir a reprimenda penal em estabelecimento adequado - Ordem concedida. Constitui em constrangimento ilegal o cumprimento de pena em Cadeia Pública ao réu condenado, sem que ainda - após três meses do trânsito em julgado - lhe tivesse expedida a carta de guia e o transferido a estabelecimento penal adequado. (TA/PR - Habeas Corpus n. 0073545-7 - Comarca de Curitiba - Ac. 3181 - unân. - 1a. Câ. Crim. - Rel: Juiz Marques Cury - conv. - j. em 29.12.94 - Fonte: DJPR, 17.02.95, pág. 52).

#### 8) CASO DE ISENÇÃO DE PENA:

a) DISPARO DE ARMA DE FOGO - LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA - ISENÇÃO DE PENA - ADMISSIBILIDADE - EXCLUDENTE DE ILICITUDE DO ART. 23/CP, II COMBINADO COM ART. 20/CP, § 1o.

Relator Waldomiro Namur

Tribunal TA/PR

Contravenção penal - Disparos de arma de fogo - Legítima defesa putativa - Exegese do parágrafo primeiro do art. 20 do Código Penal - Pretensão do Ministério Público em agravar a pena de multa - Decisão condenatória reformada - Recurso do réu provido e prejudicado o da acusação. Havendo erro plenamente justificado pelas circunstâncias comprovadas, ante a presença de ladrões na propriedade do sogro do réu, altas horas da noite, isenta-se de culpa o autor de disparos de arma de fogo, face à excludente de ilicitude do art. 23, II combinado com o parágrafo 1o. do art. 20, todos do Código Penal. (TA/PR - Ap. Criminal n. 0066959-0 - Comarca de Marilândia do Sul - Ac. 2474 - maioria - 4a. Câ. Crim. - Rel: Juiz Waldomiro Namur - conv. - j. em 16.02.95 - Fonte: DJPR, 24.03.95, pág. 69).

#### 9) EXAME DOS REQUISITOS PARA FIXAR REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA:

a) REGIME INICIAL - ART. 33/CP, § 3o. - RÉU PRIMÁRIO E SUJEITO A PENA NÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS DE PRISÃO - EXAME DOS REQUISITOS SUBJETIVOS PELO JUIZ - ART. 59/CP, III - FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO - POSSIBILIDADE - HABEAS CORPUS.

Relator Paulo Brossard

Tribunal STF

Alegada nulidade da decisão. Fixação do regime fechado para o cumprimento inicial da pena. Ausência de motivação. Pretensão do paciente ao regime semi-aberto. Motivação suficiente para a fixação do regime de prisão. Circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente. Art. 33, § 3o., do CP. Mesmo em se tratando de réu primário e sujeito a pena não superior a quatro anos de prisão, não está o magistrado obrigado a fixar, desde logo, o regime penal mais brando. Art. 33 e seus §§, c/c. art. 59, III, do CP. Jurisprudência do STF: HC 66.950, HC

70.650, HC 70.662. Nulidade não argüida pela defesa nos recursos interpostos. A concessão do regime semi-aberto para cumprimento inicial da pena depende do exame do atendimento dos requisitos subjetivos para obtenção do benefício pretendido. Impossibilidade de discutir as condições pessoais do sentenciado no âmbito do "writ", com vistas ao deferimento de regime semi-aberto, pendente como se faz a decisão de exame de fatos e provas. Precedentes deste Tribunal; HC 71.363, HC 66.253. É faculdade do juiz eleger o regime de cumprimento da pena imposta, atento às circunstâncias e conseqüências do crime, juízo que não comporta revisão em sede de "habeas corpus", HC 65.666, HC 64.218, HC 61.170. A jurisprudência do STF veda o reexame aprofundado da matéria probatória, em função do caráter sumaríssimo da forma ritual deste remédio processual, HC 69.250, HC 69.756, HC 70.468, HC 70.000, HC 69.541, HC 69.499, HC 69.407, HC 69.395, HC 69.341, HC 68.796, HC 69.072, HC 69.308, HC 68.440, HC 69.742, HC 69.715, HC 69.388, HC 69.346, HC 69.593, HC 68.273. Pedido conhecido, mas indeferida a ordem de "habeas corpus". (STF - Habeas Corpus n. 71.104-9 - Rio de Janeiro - Ac. 2a. T. - unân. - Rel; Min. Paulo Brossard -j. em 11.10.94 - Fonte; DJU I, 25.11.94, pág. 32300).

**b) EXECUÇÃO PENAL - AGRAVAMENTO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA E RECOLHIMENTO DO SENTENCIADO - AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA PRÉVIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.**

Relator Luiz Cezar de Oliveira  
Tribunal TA/PR

Habeas corpus - Decisão que rompe a estabilidade do processo de execução da pena, agravando o regime de cumprimento e determina a prisão do sentenciado com residência e ocupação determinados, sem prévia audiência deste - Nulidade. Ordem concedida de ofício. Implica em constrangimento ilegal e nulidade, reparáveis por ordem de Habeas Corpus de ofício, a decisão que rompe a estabilidade do processo de execução da pena, ao introduzir preceito que agrava regime de cumprimento e determina o recolhimento do sentenciado que tem residência e ocupação definidos, sem prévia audiência deste. (TA/PR - Habeas Corpus n. 0066617-7 - Comarca de Palotina - Ac. 2763 - unân. - 1a. Câ. Crim. - Rel; Juiz Luiz Cezar de Oliveira - Fonte; DJPR, 17.06.94, pág. 82).

**10) REDUÇÃO DA PENA - ADMISSIBILIDADE:**

**a) FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO - ART. 228/CP - DELITO CARACTERIZADO - OBTENÇÃO DE LUCRO E VÍTIMA MENOR - ASPECTOS MAJORANTES DA PENA - APENAMENTO EXASPERADO - REDUÇÃO DA PENA - ADMISSIBILIDADE.**

Relator Milani de Moura  
Tribunal TJ/PR

Favorecimento da prostituição - Delito comprovado, inclusive, com relação à obtenção de lucro na conduta delitiva e à menoridade da vítima, configurando-se as majorantes dos parágrafos 1o. e 3o.. do art. 228, do Cód. Penal - Apenamento, entretanto, exasperado, merecendo a pleiteada mitigação, ensejando nova fixação da pena, no mínimo legal. Provimento parcial do recurso. (TJ/PR - Ap. Crime n. 0032712-2 - Comarca de Santa Helena - Ac. 7261 - unân. - 2a. Câ. Crim. - Rel; Juiz Milani de Moura -j. em 15.09.94 - Fonte; DJPR, 10.10.94, pág. 93/94).

**b) CASA DE PROSTITUIÇÃO - ART. 229/CP - CRIME CARACTERIZADO -**

PENA DOSADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - DOSAGEM DA MULTA NO SEU MÍNIMO DEVIDO À SITUAÇÃO ECONÔMICA DO RÉU - ADMISSIBILIDADE.

Relator Cláudio Marques

Tribunal TJ/SC

Casa de prostituição. Delito caracterizado. Quem mantém sob sua responsabilidade, ou em nome de terceiro, local destinado à hospedagem de mulheres, com a finalidade de receber homens para atividades sexuais, realiza o tipo penal incriminador. Condenação mantida. Pena. A dosagem da pena um pouco acima do mínimo tendo em conta as circunstâncias do delito é de ser mantida na ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes e causas especiais de aumento ou diminuição. A multa dosada no seu mínimo, é de ser mantida, considerando a situação econômica do réu que pode suportá-la. Recurso improvido. (TJ/SC - Ap. Criminal n. 31.433 - Comarca de Ibirama - Ac. unân. - 1a. Câ. Crim. - Rel; Des. Cláudio Marques - Fonte; DJSC. 09.09.94, pág. 14).

0) TRÁFICO DE ENTORPECENTES - EXAME PERICIAL - MATERIALIDADE COMPROVADA - PROVA TESTEMUNHAL - AUTORIA DEMONSTRADA - ESTIPULAÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - REDUÇÃO DA PENA - POSSIBILIDADE.

Relator Raul Quental

Tribunal TJ/RJ

Posse de entorpecente para tráfico. Fato provado em sua materialidade pelo laudo de exame pericial da substância apreendida, identificada como o entorpecente cloridato de cocaína. Autoria igualmente demonstrada pela segura e coerente prova testemunhal, restando isolada nos autos a retratação, pelo réu, de sua confissão extrajudicial. Sentença deficiente na fixação da pena, impondo-se a redução desta por ter sido estipulada a pena-base acima do mínimo legal em face de circunstâncias já consideradas pela lei na estipulação dos limites da sanção em abstrato. (TJ/RJ - Ap. Criminal n. 1295/93 - Ac. unân. - 4a. Câ. Crim. - Rel; Des. Raul Quental -j. em 01.02.94 - Fonte; DOERJ III, 01.09.94, pág. 256).

d) HOMICÍDIO PRIVILEGIADO - CARACTERIZAÇÃO - MINORAÇÃO DA PENA - POSSIBILIDADE.

Relator José Roberge

Tribunal TJ/SC

Júri. Homicídio privilegiado. Inocorrência. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. 1- Três são as condições para o reconhecimento do homicídio privilegiado, sem o que não é possível a minoração da pena; emoção violenta: injusta provocação da vítima e sucessão imediata entre a provocação e a reação. 2 - Co-responsabilidade. Quem de qualquer modo concorre para o crime, incide nas penas a este cominada, na medida de sua culpabilidade. (TJ/SC - Ap. Criminal n. 30.339 - Comarca de Blumenau - Ac. unân. - 2a. Câ. Crim. - Rel; Des. José Roberge - Fonte; DJSC, 21.12.93, pág. 10).

e) CONDENAÇÃO TRÍPLICE - CASSAÇÃO DOS SURSIS - ART. 323/CPP - RÉU COM MAUS ANTECEDENTES - PRESTAÇÃO DE FIANÇA - PENA INFERIOR A 2 ANOS - POSSIBILIDADE.

Relator Solon d'Eça Neves

Tribunal TJ/SC

Habeas Corpus - Tríplice condenação pelo mesmo delito, em processos distintos - Cassação do sursis - Pretendida concessão do direito de apelar em liberdade.

Dentro do permissivo do artigo 323, I, do Código de Processo Penal, é possível ao réu, de maus antecedentes, prestar fiança se a pena cominada foi inferior a dois anos. Ordem concedida. (TJ/SC - Habeas-Corpus n. 11.386 - Comarca de Santa Cecília - Ac. unân. - Câm. Férias - Rel: Des. Solon d'Eça Neves - Fonte: DJSC, 27.01.94, pág. 5).

**f) CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - NÃO RECOLHIMENTO - LEI 3807/60, ART. 86 - APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA NA LEI 8137/90.**

Relator Teori Albino Zavascki

Tribunal TRF/4a. Reg.

Falta de recolhimento de contribuição previdenciária descontada dos salários dos empregados. Delito do art. 86, da Lei no. 3.807, de 1960, caracterizado. **Pena aplicada, por mais benéfica, a da Lei no. 8.137, de 1990.** Procedência da denúncia e reconhecimento, desde logo, da prescrição da pretensão punitiva pela pena em concreto (CP, art. 110, § 1o.). (TRF/4a. Reg. - Ap. Criminal n. 93.04.13237-1 - Rio Grande do Sul - Ac. 2a. T. - unân. - Rel: Juiz Teori Albino Zavascki - j. em 09.12.93 - Fonte: DJU II, 16.02.94, pág. 4556).

**g) FURTO - TENTATIVA - PREJUÍZO INEXISTENTE - DOSIMETRIA DA PENA.**

Relator Otávio Augusto

Tribunal TJ/DF

"Furto. Tentativa. Dosimetria da pena. Não havendo prejuízo para a vítima, recompõe-se a pena privativa da liberdade. Provimento parcial". (TJ/DF - Ap. Criminal n. 13276-93 - Ac. 67596 - unân. - 1a. T. Crim. - Rel: Des. Otávio Augusto - Fonte: DJU III, 02.02.94, pág. 631).

## 11) ADULTÉRIO:

**a) CONCUBINATO - SOCIEDADE DE FATO - ADULTERINIDADE - REFLEXO INCABÍVEL NA ESPÉCIE - AUMENTO DO PATRIMÔNIO - ESFORÇO COMUM DEMONSTRADO - RECLAMO ACOLHIDO.**

O direito à partilha dos bens acumulados com o esforço comum não decorre de concubinato, mas sim, da sociedade de fato. Irrelevante em tal contexto, a existência de adultério. Provado o comodato verbal da residência, o nascimento de cinco filhos da união e o trabalho em conjunto no estabelecimento comercial do varão, além do coincidente acréscimo patrimonial, a partilha dos bens deve ser realizada em três partes. O registro como empregada, diante de particularidade da hipótese, não exclui o direito reconhecido. Voto vencido.

TJ/SC - Apelação Cível n.40.975, de Balneário Camboriú - Relator: Des. Francisco Oliveira Filho - Apelante J.W., apelado C.R.

**b) LESÕES CORPORAIS EM DUAS VÍTIMAS - NULIDADE ARGUIDA PELO ÓRGÃO MINISTERIAL DE SEGUNDO GRAU - INADMISSIBILIDADE - LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA AFASTADA.**

Em recurso exclusivo do réu com trânsito em julgado para a acusação, não pode o órgão acusador de segundo grau arguir preliminar de nulidade não constante na interposição do apelo, se resultar tal nulidade, em prejuízo ao réu. Não pode falar em legítima defesa da honra, agente que flagra esposa conversando com vizinho e, supondo adultério, parte para agressão em ambos. Recurso desprovido.



TJ/SC - Apelação Criminal n.28.083, de Blumenau - Relator: Des.Solon D'Eça Neves - Apelante Valdir Schmidt, apelada a Justiça, por seu promotor.

c) HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL GRAVE - RECONHECIMENTO PELO CONSELHO DE SENTENÇA DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA - DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA - JULGAMENTO ANULADO.

TJ/SC - Apelação Criminal n. 28.436, de Tubarão - Relator: Des. Souza Varella - Recurso do Ministério Público provido - Apelante Ministério público, apelado Valdeci Correa Camilo.

d) SEPARAÇÃO DE CORPOS - MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA DE AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA - DEFERIMENTO - BASTANTE A AUTORIZÁ-LA É A DEMONSTRAÇÃO DE DISCÓRDIA E DE DESAMOR ENTRE CONJUGÊS.

Guarda dos filhos menores - pai que a pleiteia diante da acusação de adultério praticado pela mulher - prova insuficiente da inconveniência de manter-se os filhos com a mãe, máxime diante da pouca idade destes, a imprescindir dos cuidados maternos - sentença que acolhe por inteiro a pretensão do genitor - reforma parcial para deferir-se a guarda dos filhos menores à mãe, na posse da qual, que passou a viver na companhia dos pais, já que se encontram - obrigação alimentar aos filhos e também à mulher enquanto não comprovada a culpa desta pela separação - Recurso de agravo provido em parte.

TJ/SC - Agravo de Instrumento n.8.289, de Imbituba - Relator: Des. Alcides Aguiar -Agravante: D.L.R.M. - Agravado: A.M.

e) AÇÃO RESCISÓRIA VISANDO DESCONSTITUIR SENTENÇA QUE RECONHECEU PATERNIDADE DE FILHO ADULTERINO - IMPROCEDÊNCIA - SENTENÇA RESCINDENDA MANTIDA. EM FACE DO ATUAL TEXTO CONSTITUCIONAL, É ADMISSÍVEL A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE PROMOVIDA POR FILHA ADULTERINA, ISTO POORQUE O ART. 227, PAR.6, CONTEM IMPORTANTE NORMA RELATIVA AO DIREITO DE FILIAÇÃO, RECONHECENDO IGUALDADE DE DIREITOS E QUALIFICAÇÕES AOS FILHOS HAVIDOS OU NÃO DA RELAÇÃO DE CASAMENTO OU POR ADOÇÃO, PROIBIDAS QUAISQUER DESIGNAÇÕES DISCRIMINATÓRIAS A ELAS RELATIVAS. FICAM ASSIM BANIDAS DA LEGISLAÇÃO CIVIL EXPRESSÕES COMO FILHOS NATURAIS, ADULTERINOS E INCESTUOSOS.

TJ/SC - Ação Rescisória da comarca de Lages - Relator: Des. Anselmo Cerello - Segunda Câmara Civil - Acordão n.583 - Decisão: 19/11/91. - Arquivo de julgado: CA-707/147.

f) HOMICÍDIO. O MARIDO ULTRAJADO, CUJA INFIDELIDADE DA MULHER JÁ ERA SABIIDA, NÃO PODE AGIR SOB O PALIO DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA PARA ELIMINAR SEU RIVAL.

TJ/SC - Apelação Criminal da comarca de Joaçaba - Relator: Des. Reynaldo Rodrigues Alves - Acordão num. 24053 - Decisão: 02/03/89 - Arquivo de julgado: CA-471/81.

g) JURI - HOMICÍDIO - DELITO PRATICADO POR MERA SUSPEITA DE INFIDELIDADE DA VÍTIMA - LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA E EXCESSO CULPOSO RECONHECIDOS PELO CONSELHO DE SENTENÇA - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRARIA A PROVA DOS AUTOS - JULGAMENTO

ANULADO - RECURSO PROVIDO. DISCREPA DA PROVA, A DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA QUE RECONHECE A LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA E O EXCESSO CULPOSO, QUANDO A ÚNICA VERSÃO EXISTENTE NOS AUTOS É A DE QUE O ACUSADO ASSASSINOU A COMPANHEIRA, MOVIDO POR CIÚME, ANTE A MERA SUSPEITA DE ADULTÉRIO.

TJ/SC - Apelação Criminal da comarca de Campos Novos - Relator: Des. Wladimir D'Ivanenko - Acórdão num. 26418 - Decisão: 12/11/90 - Arquivo de julgado: CA - 604/53.

h) JURI - HOMICÍDIO - LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA - TESE REJEITADA - CONDENAÇÃO - DECISÃO CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO.

A honra é atributo pessoal, que não se tranfere a pessoa diversa, nem mesmo ao marido: no adultério, desonrado é o cônjuge adúltero e não o traído. No estágio atual da civilização é inadmissível homicídio por legítima defesa da honra, a pretexto de infidelidade do cônjuge.

TJ/SC - Apelação Criminal da comarca de Ponte Serrada - Relator: Des. Nilton Macedo Machado - Ap. Criminal n.33.877 - Decisão: 28/11/95.

i) JURI - UXORICÍDIO - CONSTITUINDO-SE A HONRA UM ATRIBUTO PERSONALÍSSIMO, A INDIGNIDADE DO ADULTÉRIO FICA RESTRITA A PESSOA DO CÔNJUGE PREVARICADOR, O QUE TORNA IMPOSSÍVEL A INVOCAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA POR PARTE DO CÔNJUGE INOCENTE.

TJ/SC - Apelação Criminal da comarca de Canoinhas - Relator: Geraldo Gama salles - Acórdão n. 18382 - Decisão 18/10/83 - Arquivo de julgado: CA - 77/21.

## 12) ABORTO

a) APELAÇÃO CRIMINAL - ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO - RECONHECIMENTO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DA AGENTE COM BASE EM PENA HIPOTÉTICAMENTE FIXADA - INADMISSIBILIDADE - PRESCRIÇÃO RECONHECIDA NO JUÍZO ADQUEM, PELO MÁXIMO DA PENA EM ABSTRATO COMINADA AO DELITO - RECURSO MINISTERIAL PREJUDICADO.

TJ/SC - Apelação Criminal n.30.065 da comarca de Fraiburgo - Relator: Jorge Mussi.

b) RECURSO CRIMINAL - PRONÚNCIA - ESTRUPO E TENTATIVA DE ABORTO - RECURSO PROVIDO EM PARTE PARA DESPRONUNCIAR OS RÉUS NO QUE SE REFERE AO DELITO DE TENTATIVA DE ABORTO - PROSSEGUIMENTO PORÉM, DO PROCESSO QUANTO AO CRIME DE ESTUPRO.

TJ/SC - Apelação Criminal da comarca de Videira - Relator: Geraldo Gama Salles - Acórdão n. 7710 - Decisão 04/09/84 - Arquivo de julgado: CA - 135/68.

o) RECURSO CRIMINAL - ABORTO E CORRUPÇÃO DE MENORES - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - A ABSOLVIÇÃO NOS CRIMES DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JURÍ, SÓ PODE SER DECLARADA QUANDO HOUVER PROVA INEQUÍVOCA DA INEXISTÊNCIA DO CRIME, DA AUTORIA, OU DE QUALQUER EXCLUDENTE DE ANTIJURIDICIDADE OU CULPABILIDADE DO AGENTE.

Não caracteriza o delito da Lei n. 2.252/54, quando a vítima, embora menor, já tinha experiência sexual, e não há prova de que teve sua conduta alterada ou corrompida moral ou sexualmente. Recurso oficial provido parcialmente.

TJ/SC - Recurso Criminal n.9707 da comarca de Guaramirim - Relator; Des.Solon D'Eça Neves.

d) RECURSO STRICTO SENSU - MANIFESTAÇÃO FORA DO QUINQUIDIO LEGAL - NÃO CONHECIMENTO. CRIME SEDUÇÃO - AUSÊNCIA , NO PROCESSO, DE REPRESENTAÇÃO OU MESMO INTENÇÃO DA PARTE OFENDIDA EM PROMOVER A AÇÃO PENAL - CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFICIO PARA ANULAR O FEITO POR ILIGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DECRETAR A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AO AGENTE - ABORTO - INCERTEZA QUANTO A AUTORIA - PROVIMENTO DOS RECURSOS PARA DESPRONUNCIAR OS RÉUS.

TJ/SC - Recurso Criminal da comarca de Maravilha - Relator: Aloysio Almeida Gonçalves - Acórdão n. 7822 - Decisão 04/03/85 - Arquivo de julgado: CA - 172/106.

### 13) USO DE DROGAS:

a) TÓXICO - MACONHA - RÉU QUE SE DECLARA VICIADO - AUSÊNCIA DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA - NULIDADE DO PROCESSO - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO.

Deve o juiz ordenar a realização do exame de dependência toxicológica quando, em juízo, o réu confessa ser viciado (art.22, parag.quinto, da Lei n. 6.368/76), mesmo porque, tendo omitido-se o juiz sentenciante quanto a este fato, condenou-o pela prática do delito descrito no art.16, da referida lei. Processo anulado, de ofício, a partir da audiência de instrução e julgamento, inclusive.

TJ/SC - Apelação Criminal n. 32.411 - comarca de Florianópolis - Relator: Des. Cláudio Marques.

b) CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA REQUERIDO PELA DEFESA NAS ALEGAÇÕES PRELIMINARES - NULIDADE DO FEITO A PARTIR DA SENTENÇA - NECESSIDADE QUE SEJA O APELANTE SUBMETIDO A AVALIAÇÃO MÉDICA - RECURSO PROVIDO.

TJ/SC - Apelação Criminal n. 32.801 - Comarca de Chapecó - Relator: Jorge Mussi.

0) CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA - INOCORRÊNCIA DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE - DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE PARA USO PRÓPRIO - INEXISTÊNCIA DE PROVA SEGURA ACERCA DA PRIMEIRA HIPÓTESE - RECURSO PROVIDO PARA ESSE FIM.

TJ/SC - Apelação Criminal n. 32.887 - Comarca de Itajaí - Relator: Napoleão Amarante.

d) TÓXICO - USO - RÉU CONFESSO - IRRELEVANTE A QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA EM SEU PODER - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA IGUAL A 6 MESES DE DETENÇÃO E MULTA - SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MULTA, SEM PREJUÍZO DA PECUNIÁRIA JÁ APLICADA.

TJ/SC - Apelação Criminal n. 33.403 - comarca de Tubarão - Relator; José Roberge.

e) CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA - MACONHA - TRÁFICO - CONDENAÇÃO - RECURSO DEFENSIVO VISANDO A DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONVINCENTES DE QUE O MATERIAL TÓXICO DESTINAVA-SE AO COMÉRCIO - **DEPENDÊNCIA DO RÉU AO USO DE MACONHA POSITIVADA NOS AUTOS** - DELITO DE MERCÂNCIA NÃO CONFIGURADO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 16 DA LEI N. 6.368/76 - PENA DETENTIVA SUBSTITUÍDA PELA DE MULTA - RECURSO PROVIDO, VENCIDO O RELATOR QUANTO A SUBSTITUIÇÃO DA PENA DETENTIVA PELA DE MULTA.

TJ/SC - Apelação Criminal n. 33.082 - comarca de Chapecó - Relator; Alberto Costa.

f) **TÓXICOS** - FALTA DE PROVAS FIRMES E CONCRETAS A ASSEGURAR UM DECRETO CONDENATÓRIO, PELO DELITO DE TRÁFICO - **RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE, PARA DESCLASSIFICAR O CRIME DE TRÁFICO PARA A FIGURA DE PORTE. ART. 16 DA LEI N.6.368/76, MINORANDO A REPRIMENDA ANTES IRROGADA.**

TJ/SC - Apelação Criminal n.33.405 - comarca de Criciúma - Relator; Genésio Noll.

g) CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA - **COCAÍNA** - RÉU QUE SE DECLARA VICIADO - **NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA** - NECESSIDADE - PROCESSO DE OFÍCIO, ANULADO.

Tendo o agente, nas oportunidades em que ouvido, se declarado viciado, à época dos fatos, imprescindível a realização do exame de dependência toxicológica para aferição de seu grau de responsabilidade penal.

TJ/SC - Apelação Criminal n. 33.540 - comarca de Palhoça - Relator; Aloysio de Almeida Gonçalves.

## GLOSSÁRIO

## GLOSSÁRIO

Alternativa. A qualidade de alternativa se refere a algo que difere do que está posto, é sempre um novo caminho. Dessa forma, a Criminologia e Política Criminal Alternativas são uma nova maneira de se investigar os fatos, apontando-se as injustiças reais, procurando-se meios para sua superação.

Conduta desviada. É infração de normas morais, culturais ou sociais. Exemplo: o homossexualismo, alcoolismo, etc.

Controle Penal. É sinônimo de controle social punitivo. Espécie do gênero “controle social”. É exercido através das instituições estatais responsáveis pela criação (legislativo), aplicação (aparelhos policiais e judiciário) e execução das normas penais (executivo).

Controle social formal e informal. O primeiro é controle realizado pelas instituições do Estado como o Direito Penal, Polícia, Judiciário, Legislativo, a prisão, etc. O segundo tipo de controle é o realizado por instituições privadas como a família, a escola, associações, o trabalho, etc. Tanto o informal quanto o formal são controles que se utilizam de normas para disciplinar condutas humanas. Quando violadas as normas do controle informal ocorre a conduta desviada, e quando violadas as normas do controle formal ocorre a conduta chamada de crime.

Crime. É aquela conduta que infringe uma norma penal.

Criminalidade do colarinho branco. É a criminalidade praticada por pessoas de privilegiada posição política, social e ou econômica, no exercício de suas

atividades profissionais. Tem sido identificada como macrocriminalidade ou criminalidade de grande potencial ofensivo.

Criminalidade oculta ou Cifra Negra. É a parcela da criminalidade que não consta das estatísticas oficiais, estatísticas elaboradas pelos órgãos do governo com base nas condenações penais. A cifra negra da criminalidade é composta por crimes de menor potencial ofensivo não denunciados, ou se denunciados não processados judicialmente e também compõe pela criminalidade de colarinho branco. Afirma-se que as estatísticas oficiais são a ponta de um iceberg, e a cifra negra é o restante do iceberg que fica oculto.

Criminalidade Real. É a soma da criminalidade oculta constatada pelas investigações da Criminologia Crítica com a criminalidade aparente constatada pelas estatísticas governamentais.

Criminologia Crítica. É composta por várias correntes teóricas que possuem em comum o método dialético de investigação científica, e categorias do materialismo histórico. Faz parte deste método a análise crítica para compreensão da construção do sistema penal, e posterior transformação e ou abolição.

Custos do crime. São os custos causados à economia, finanças públicas, sociedade e ao próprio indivíduo e seus dependentes decorrentes da condenação penal.

Despenalização. Processo de substituição da pena de prisão por outra alternativa, sem contudo retirar o caráter ilícito da conduta criminal. Como exemplo de reforma despenalizante pode-se apontar a aprovação da Lei n.9.099/95, que cria os “Juizados Especiais Cíveis e Criminais”.

Delito. É sinônimo de crime, espécie de infração à Lei penal. No Brasil o Código Penal prevê dois tipos de infração: crime e contravenção.

Delitos sem vítimas. São condutas que não ferem direitos de terceiros. A doutrina da Criminologia Crítica considera crimes sem vítimas quando inexistente acusação de parte no processo. Entretanto não há unanimidade neste conceito, pois consideram alguns autores a sociedade como vítima deste tipo de delito. Exemplos: consumo de drogas, adultério, prostituição, etc.

Dialético. Método de investigação científica que analisa não somente os fatos, relações sociais e processos, mas também a sua criação, estrutura e gênese.

Direitos Humanos. Referem-se neste trabalho aos direitos de primeira, segunda e terceira geração, ou direitos individuais, sociais, coletivos e difusos. Estes direitos estão previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A criminologia Crítica aponta a efetivação destes direitos humanos como caminho para solução de grande parte dos conflitos sociais.

Diretivas descriminalizatórias. Sinônimo de pautas, propostas, indicações para se efetuar a descriminalização de certas condutas. Visam a contenção da violência punitiva dos sistemas penais através de sua contração à curto e médio prazo, e a busca de alternativas mais humanas para solução dos conflitos sociais tipificados como criminais.

Dogmática Jurídico-penal. É doutrina de interpretação das normas penais positivadas, pretende a interpretação avalorativa, puramente técnica destas normas.

Estado. É o conjunto das instituições governamentais, neste trabalho usa-se



como uma dicotomia; Estado e sociedade. O termo sociedade é utilizado como sinônimo de sociedade civil.

Estado Democrático Constitucional de Direito. É o Estado que efetivamente respeita as disposições constitucionais, referentes aos direitos individuais, quando elabora leis penais e também quando da operacionalidade de seu sistema penal. O Estado que elabora leis penais conforme os trâmites burocráticos legais, produzindo entretanto leis violatórias dos direitos individuais, é apenas Estado de Direito. A crítica feita à “Lei dos Crimes Hediondos” e à “Lei do Crime Organizado”, decorre do fato de que estas leis possuem dispositivos que infringem a Constituição Federal no tocante aos direitos e garantias individuais.

Estatísticas oficiais. São estatísticas elaboradas pelos órgãos do governo.

Inflação legislativa. É a elaboração excessiva, exagerada de leis penais.

Infrações de menor potencial ofensivo. São também chamadas de infrações de bagatela. A Lei n.9.099/95 tipificou tais infrações como sendo contravenções penais e os crimes com pena máxima não superior a um ano. No Código Penal Brasileiro encontram-se entre artigos, parágrafos e incisos 89 figuras abrangidas pela definição.

Interdisciplinariedade. É o método de intercâmbio de informações entre as ciências. É a análise dos temas levando-se em consideração o conhecimento produzido pelas outras disciplinas. A doutrina da Criminologia Crítica aponta a interdisciplinariedade como método capaz de integrar as ciências criminais, sem contudo ferir-se a autonomia de cada uma destas ciências.

Ideologia. Entendida como o conjunto de idéias predominantes em determinado

grupo. Pode ser falsa consciência da realidade, mas também construção simbólica da sociedade e do que se deseja para ela, originando formas específicas de agir.

Justiça social. Pode ser entendida como uma qualidade atribuída ao Estado que exerce suas funções básicas, sem negligenciar o cumprimento dos Direitos Humanos. O sistema penal, num Estado de Justiça social, atua em conformidade com as reais necessidades sociais, punindo efetivamente a macrocriminalidade, reservando políticas criminais especiais para a criminalidade de pequeno potencial ofensivo.

Mito. Imagem de fato ou objetos, irreal, falsa, não condizente com a realidade, transmitida pelos meios de comunicação de massa e ou pelo senso comum.

Operadores jurídicos. São aquelas pessoas que desempenham atividade profissional, para a qual seja necessário a obtenção do título de "Bacharel em Direito". Sinônimo de jurista.

Operadores do sistema penal. Pessoas ligadas a operacionalidade do sistema penal, como por exemplo: delegados de polícia, magistrados, promotores, procuradores, carcereiros, auxiliares de justiça, advogados, etc.

Positivismo criminológico. É uma maneira de se produzir conhecimentos criminológicos, sem extrapolar o que está tipificado como crime nas normas penais, sem questionar as injustiças estruturais e institucionais do modo capitalista de produção e reprodução das relações sociais. O positivismo criminológico obtém conhecimento parcial da problemática criminal.

Práxis. É atividade humana, é ação realizada por pessoas no desenrolar das

relações sociais.

Prisonalização. Fenômeno de assimilação, por parte do encarcerado, dos valores e técnicas criminais da comunidade carcerária. Diz-se que a prisão é verdadeira escola do crime, meio condicionante de futuras carreiras criminais.

Sistema penal. Conjunto de instituições criadas pelo Direito Penal para efetivarem controle das situações de conflito social. Compõe o sistema penal: instituições policiais, judiciais, prisionais, e todo o conjunto de normas funcionalmente ligadas ao Direito Penal como: Direito Processual Penal, Organização Judiciária, Lei de Execução Penal, regulamentos, etc.

Utopia. É um sonho ou plano possível de se realizar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABI-ACKEL, Ibrahim. Exposição de Motivos da Nova parte geral do Código Penal Brasileiro, p.6-7. São Paulo: Saraiva, 1995.

ADORNO, Sergio. "O alvo está errado". In: *Veja*, maio/95, n.18. São Paulo: Abril, 1995. p.7-10.

AGUIAR, Roberto de. Direito, poder e opressão. 2.ed. São Paulo : Alfa Omega, 1984.

ALBERGARIA, Jason. Das penas e da execução penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ALVES, Roque de Brito. Ciência Criminal. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ANDERSON, Perry. "Balanço do neoliberalismo". In: Neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. Organizadores: Emir Sader, Pablo Gentili. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Da Dogmática Jurídica à Dogmática Jurídico-penal: em busca da gênese e identidade de um paradigma. Monografia (Doutorado em Direito) UFSC. Florianópolis, 1992.

ARAÚJO JR, João Marcelo. "Os grandes movimentos atuais de política criminal". Fascículos de Ciências Penais, n. 9, nov/88. Porto Alegre : Fabris, 1988, p. 147-157.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. 3. ed. Trad. de Álvaro Bunster. México : Siglo XXI, 1989.

\_\_\_\_\_. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Trad. Ana Lucia Sabadell. Alemanha: Universidade de Saarland, 1990.

\_\_\_\_\_. "Criminologia y dogmática penal: pasado y futuro dei modelo integral de la ciência penal". In: Política criminal y reforma dei derecho penal. Bogotá: Temis, 1982, p.28-63.

\_\_\_\_\_. "Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones de desigualdade". In: Nuevo foro penal. Bogotá, 1982, n.15, jul/set, p.737-749.

- \_\_\_\_\_. "Princípios de derecho penai mínimo. Para una teoria de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal". In: Doctrina penal. Buenos Aires, 1987, n.40, p.623-650.
- \_\_\_\_\_. "Introducción a la criminologia de la droga". In: Nuevo foro penal. Bogotá, 1988, n.41, jul/set, p.329-345.
- \_\_\_\_\_. "Por una teoria materialista de la criminalidad y dei control social". In: Estudos penales y criminológicos. Santiago de Compostela, 1989, n.11, p. 15-68, Separata.
- \_\_\_\_\_. "Introducción a una sociologia de la droga. Problemas y contradiciones dei control penal de las drogodependencias". In: Estudos penales: en memória dei profesor Augustin Fernandes-Albor. Santiago de Compostela, 1989, p.73-93. Separata.
- \_\_\_\_\_. "Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal". In: Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, 1993, n.2, abr/maio/jun, p.44-61.
- \_\_\_\_\_. "Criminologia crítica e política penal alternativa". In: Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1978. N.23, jul/dez/76, p.7-21.
- BARBOSA, Licínio Leal. "O novo Código Penal. Principais inovações". In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1984. A.21, n.84, out/dez/84. p.359.
- BARCELLOS, Caco. Rota 66: a história da polícia que mata. São Paulo: Globo, 1992.
- BÁRTOLI, Márcio. "O lado benéfico do crime". In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. N.2, p.77-82.
- BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad, de Lucia Guidicini. São Paulo : Martins Fontes, 1991.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão. Causas e alternativas. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1983.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad, de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CAPELLER, Wanda Lemos. "Fênix e o eterno retorno: a dialética entre a

imaginação criminológica e a força do Estado”. In; Lições de direito alternativo 2. São Paulo: Acadêmica. 1992.

\_\_\_\_\_. “As interfaces do penai: notas para uma discussão atual”. In: Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro, 1993, n.2, jan/jul, p.83-89.

CARVALHO, José Murilo de et al. Brasileiro: cidadão? São Paulo: Cultura, 1992.

CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. “À procura de alternativas”. In: Boletim IBCCRIM. A.3, n.29, maio/95. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1995. p.8.

CASTRO, Lola Anyar de. Criminologia da reação social. Trad, de Ester Kosovski. Rio de Janeiro : Forense, 1983.

\_\_\_\_\_. Criminologia de la liberación. Maracaibo: Universidad deZulia, 1987.

\_\_\_\_\_. La realidad contra los mitos. Maracaibo: Universidad deZulia, 1982.

CERVINI, Raul. Los procesos de descriminalización. 2. ed. Montevideo : Editorial Universidad, 1993.

CORRÊA, Getúlio. O princípio da adequação social na estrutura jurídica do crime. Dissertação (Mestrado em Direito) UFSC. Florianópolis, março, 1991.

DANTAS, Ivo. Constituição Federal. Teoria e prática. Rio de Janeiro: 1994. v.1.

Diário Catarinense. Descriminalização do uso das drogas. 23 de abril de 1995, Florianópolis, p.42.

DELMAS-MARTY, Mireille. Modelos e movimentos de política criminal. Trad, de Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro : Revan, 1992.

DONNICI, Vigílio. A criminalidade no Brasil. Meio milênio de repressão. Rio de Janeiro : Forense, 1984.

DOTTI, René Ariel. “Descriminalização e criminalização. Duas tendências no âmbito da reforma”. In: Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo : Saraiva, 1977, v.24, p. 59-98.

ECO, Humberto. Como se faz uma tese. Trad, de Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1983.

FALCONI, Romeu. Lineamentos de Direito Penal. São Paulo: ícone, 1995.

- FERRAZ, Nelson. Aplicação da pena no Código Penal de 1984. Florianópolis: ed.do autor, 1985.
- FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. 9. ed. Org. e Trad, de Roberto Machado. Rio de Janeiro : Graal, 1990.
- \_\_\_\_\_. Vigiar e punir: História da violência nas prisões. 8. ed. Trad, de Ligia M. Pondé Vassalo. Rio de Janeiro : Vozes, 1987.
- FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p.25-49.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. Lições de Direito Penal. 14. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1992.
- GANS, Herbert. Pobreza tem solução. In: Veja, n.3, jan/96. São Paulo: Abril, 1996, p.20.
- GALEANO, Eduardo. As veias abertas da América Latina. Trad.de Galeano Freitas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.
- GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raúl. O crime organizado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- HORTA, Raul Machado. "Poder legislativo e monopólio da lei no mundo contemporâneo". In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1994. A.31, n.23, jul/set/94. p. 149-158.
- HULSMAN, Louk e CELIS, Bernat de. Penas perdidas: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lucia Karan. Rio de Janeiro : Luam, 1993.
- IANNI, Otávio. A sociedade global. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.
- KOSOVSKI, Ester. Adultério. Rio de Janeiro : Codecri, 1983.
- \_\_\_\_\_. (org.) Vitimologia: enfoque interdisciplinar. Rio de Janeiro : Reptoart, 1993.
- LAMNEK, Siegfried. Teorias de la criminalidade. Trad.de Irene Del Carril. México: Sigio Veintiuno, 1980.
- LARRAURI, Helena. "Abolicionismo dei derecho penal: las propuestas dei movimiento abolicionista". In: Poder e control. Barcelona: PPU, 1987. p.95-116.
- LAZZARINI, Álvaro. "O papel da investigação e do sistema judiciário na prevenção



do crime". In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, 1994. A.31, n.121, jan/mar/94, p.171-184.

LEMA, Sergio Roberto. **Para uma teoria dialética do Direito: um estudo da obra do professor Roberto Lyra Filho**. Dissertação (Mestrado em Direito) UFSC. Florianópolis, 1995.

LYRA, Roberto et al. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. "Descriminalização". In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo : Saraiva, 1977. v. 24, p. 51-57.

MACHADO, Nilton João de Macedo. "Juizados Especiais Criminais e suspensão condicional do processo". In: **Jurisprudência Catarinense. Doutrina**, v.74, 1996. Florianópolis: Tribunal de Justiça, 1996, p.29-34.

MAIOR NETO, Olympio de Sá Souto. "Considerações críticas em torno de três princípios fundamentais do Direito Penal". In: **Questionando o Direito Penal. Coleção "Seminários"**. Rio de Janeiro: Fase, 1981. N.10, p.31-41.

MEDEIROS, Angelo. "Legislação precisa ser modernizada". In: **Diário Catarinense**. Florianópolis, 1996, 23/abril/1996, p.20.

MORAES, Jose Luis Bolzan de. "Estado democrático de direito e neoliberalismo no Brasil. Algumas interrogações". In: **Seqüência. Estudos jurídicos e políticos**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1994. N.29, dez/94, p.46-51.

MOLINA, Antonio Garcia- Pablos de. **Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos**. Trad, de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NASPOLINI, Samyra Haydêe. **O minimalismo penal como política criminal de contenção da violência punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) UFSC. Florianópolis, setembro, 1995.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1984.

PRADO, Luiz Régis, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Elementos de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Elementos de Criminologia e Política Criminal**. São Paulo: Edipro, 1994.

PAZZAGLINI FILHO et all. Juizado Especial Criminal. Aspectos práticos da Lei n.9.099/95. São Paulo: Atlas, 1996.

POSTALOFF, Míriam Gicovate. Los procesos de descriminalización. Caracas : Unviersidad Central de Venezuela, 1982.

PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo : RT, 1983.

QUINNEY, Richard. "O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal". In: Encontros com a civilização brasileira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980, n.24, jun/80, v.III.

RAMIREZ, Juan Bustos et al. "Penas e prisões". In: Fascículos de Ciências Penais. Porto alegre: Fabris, 1992. A.5, v.5, jul/ago/set.

Revista Veja. "A pena que funciona". São Paulo: Abril, 1996. A.29, n.18, maio/96. p.74-75.

\_\_\_\_\_ . "Pileques demais". São Paulo: Abril, 1996.. A.29, n.18, abril/96. p.51.

ROCHA, Manuel Antonio Lopes. "Novas estratégias sociais e sistemas de justiça penal". In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal. Brasília, n.2, jul/dez, 1992. p.21-28.

SANTOS, Theotônio dos. Conceito de classes sociais. Trad, de Orlando Reis. Rio de Janeiro : Vozes, 1982.

SANTOS, Juarez Cirino dos. As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições dá violência. Rio de Janeiro : Forense, 1984.

SILVA, Moacyr Motta da. "Notas sobre a revisão constitucional". In: Sequência. Estudos jurídicos e políticos. Florianópolis: Editora da UFSC, 1994. N.29, dez/94, p.52-59.

SOARES, Orlando. Criminologia. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1986.

TAYLOR, Ian, et all. Criminologia Crítica. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

THOMPSON, Augusto. A questão penitenciária. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991.

\_\_\_\_\_ . Quem são os criminosos? Rio de Janeiro: Achíamé, 1983.

VERONESE, Josiane Rose Retry. "Uma leitura jurídica da prostituição infantil". In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1995. A.32, n. 127, jul/set, 1995. p.119-125. Separata.

\_\_\_\_\_. Macrocriminalidade e vitimização difusa. In: Livro de Estudos Jurídicos. V.7, Rio de Janeiro: IEJ, 1993. p.191-197.

\_\_\_\_\_. Descriminalização das drogas: sim e não? Texto inédito.

ZAFFARONI, Rual Eugênio. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia R. Pedrosa e Almir L. da Conceição. Rio de Janeiro : Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. IVlanual de Derecho Penal. Buenos Aires: Ediar, 1987.

WARAT, Luis Alberto. O outro lado daDogmática Jurídica. In: Teoria do Direito e do Estado. Porto Alegre: Fabris, 1994, p.81-95.

WOLKMER, Antonio Carlos. Elementos para uma crítica do Estado. Porto Alegre: Fabris, 1990.