

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ

FACULDADE DE DIREITO

**A INOPERÂNCIA ESTATAL COMO GERADORA
DE MOVIMENTOS AUTOTUTELARES,
NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

GISELE COELHO BERNARDES

Florianópolis, Dezembro de 1997.

GISELE COELHO BERNARDES

A INOPERÂNCIA ESTATAL COMO GERADORA
DE MOVIMENTOS AUTOTUTELARES,
NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Trabalho de conclusão do Curso de Graduação em Direito,
Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de
Santa Catarina - UFSC

Orientador: Professor Paulo Ronei Fagundes

FLORIANÓPOLIS

1997

AGRADECIMENTOS

A MEUS PAIS, que me apoiaram, impulsionaram e patrocinaram, acreditando sempre na possibilidade do constante aperfeiçoamento do trabalho e de minha pessoa.

Ao MESTRE, Dr. Rubens Ferreira Bühner, responsável pela visão de humanidade com que procuro, hoje, vislumbrar as relações sociais e, principalmente, os criminosos e seu contexto de vida dentro e fora dos enclausros.

Ao PROFESSOR Paulo Ronei A. Fagundes, que além de orientar a feitura do presente trabalho, mostrou-se um incentivo à continuidade da pesquisa, ensinando que as melhores obras são aquelas realizadas com prazer.

Aos AMIGOS, colegas e companheiros sempre presentes nos momentos de alegria e ansiedade, de apreensão e êxtase: jamais serão esquecidos.

A TODOS MUITO OBRIGADO!

O homem honesto pode temer o crime sem admirar a santidade; é incapaz de iniciativa para ambas as coisas. Entre o vício, que é uma tara, e a virtude, que é uma excelência, flutua a honestidade. O homem honesto pode praticar ações cuja indignidade conhece, toda vez que a isso se veja constrangido pela força dos preconceitos, que são obstáculos com que os hábitos adquiridos embaraçam as variações novas. O homem superior pratica a virtude tal como a julga, iludindo os princípios que subjagam a massa. O medíocre teme a opinião pública com a mesma obseqüência com que o crédulo teme o inferno; nunca tem a ousadia de se opor a ela e menos ainda quando a aparência do vício é um perigo insito em toda virtude não compreendida. Renuncia a ela pelos sacrifícios a que implica. Esquece que não há perfeição sem esforço: somente aqueles que ousam cravar sua pupila no sol, sem temer a cegueira, podem ver a luz pela frente.” (José Ingenieros, O HOMEM MEDÍOCRE)”

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	II
INTRODUÇÃO	IV
CAPÍTULO I	
Evolução Histórica do Instituto da Pena.....	07
CAPÍTULO II	
A Legitimação da Autotutela.....	15
II.1. A Legítima Defesa.....	16
II.2. O Estado de Necessidade.....	19
CAPÍTULO III	
Guerra. A Autotutela Coletiva que Marcou Épocas.....	23
CAPÍTULO IV	
A Crise no Modelo de Montesquieu.....	27
IV.1. O Poder Legislativo.....	28
IV.2. O Poder Judiciário.....	33
IV.3. O Poder Executivo.....	38
CAPÍTULO V	
A Sociedade Contemporânea.....	43
CAPÍTULO VI	
Diagnóstico e Soluções.....	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

APRESENTAÇÃO

No início dos tempos, os primatas não tinham outra forma de resolverem seus conflitos senão pela chamada autotutela. Desenvolviam um combate, ou luta armada, na qual o vencedor, considerado mais forte, obtinha o direito ao bem disputado, seja pela morte do adversário ou pela aceitação de sua condição inferior, submetendo-se ao outro.

Isso leva a pensar que a auto-resolução dos problemas que envolvem seus bens mais caros é da natureza do homem, sendo a aplicação da vontade de um terceiro algo que, além de recente, não condiz com a natureza humana.

Então, os pensadores mais antigos, para justificarem a intromissão do soberano nos problemas individuais, argumentavam, com muita presteza, que essa interferência era necessária ao pleno desenvolvimento da sociedade e, por isso, legítima.

Surgiram, posteriormente, os Estados democráticos e considerou-se imprescindível à administração da Justiça sua atuação imparcial, na figura do Juiz como defensor da estrutura legal e do conjunto social, em detrimento do indivíduo, já nem tão importante neste cenário, mas apenas um elemento formador do todo.

Na medida que as cidades cresciam e surgiam novos países, a violação às normas penais vinha como algo inerente à modernização, sempre fundada na cumplicidade dos

organismos estatais, que se preocupavam, tão somente, com a manutenção de níveis aceitáveis de violência, sem, no entanto, desenvolverem trabalho algum que a contivesse de forma socialmente integrada, organizando-se um sistema coercitivo de punição sem ressocialização.

Os sistemas penitenciários foram estruturados para eliminar a polêmica dos tratamentos torturadores, enquanto o Direito Penal se preocupava em aplicar penas moderadas e proporcionais aos delitos. Assim, Beccaria, em seu “Dos Delitos e Das Penas”, assinala que, “dada a necessidade de os homens se unirem, dados os pactos que necessariamente resultam da própria oposição dos interesses privados, forma-se uma escala de desordens, cujo primeiro grau consiste naquelas que destroem imediatamente a sociedade, e o último, na mínima injustiça possível feita a um dos seus membros privados.”

Segundo o mesmo autor, as penas aplicadas aos delitos foram concessões feitas pelos próprios indivíduos que, ao invés de desfrutarem de uma liberdade inútil, preferiram abdicar de parte da mesma, em troca da certeza de sua conservação pelo Estado, através das leis, que lhes conservariam a tranqüilidade e segurança. E as prisões ofereceriam essa segurança, porquanto manteriam sob custódia os autores dos delitos.

INTRODUÇÃO

Quando um paciente apresenta-se a um médico, o primeiro passo é expôr os sintomas que o afligem: dor de cabeça, ansiedade, depressão ... Somente após o profissional habilitado irá diagnosticar o mal a que está acometida a pessoa, informando-a sobre as causas, o que pode provocar tais reações orgânicas e o que pode ser feito para evitá-las, ministrando um antídoto apenas quando necessário, isto se o próprio paciente não puder resolver o problema, através da mudança de hábitos de vida.

Assim se encontra a sociedade brasileira. Doente, enferma, problemática.

Os sintomas são evidentes: violência, depreciação da vida, descaso com as questões sociais e diversos “hábitos” nocivos a sua saúde.

Diagnosticar o mal talvez não seja tarefa das mais simples, menos ainda encontrar soluções para a enfermidade. Mas a tentativa é válida, enquanto for uma tentativa, enquanto não se aguardar inerte a morte do corpo social ou sua total degradação, de forma progressiva e descontrolada.

A isto se presta o presente trabalho. A par das dificuldades inerentes ao mais perfeito retrato da crise que fosse possível se dar, esta é a tentativa de desenhar-se o quadro

atual da sociedade brasileira, bem como da atuação do Estado na sua função precípua de administração do interesse público, no intuito de atingir-se o bem coletivo.

O tema proposto analisa a crise de efetividade do Estado, em todos os seus âmbitos de atuação, direta ou indiretamente, e os reflexos disto na condução da vida social. Especificamente, verifica o aumento da criminalidade, da violência urbana, inclusive a formada pela omissão dos órgãos estatais, que deveriam atuar na segurança da população.

Entende-se a inoperância destes órgãos, cada qual descumprindo parte de suas atribuições, como geradora do descontentamento generalizado dos cidadãos e instigadora nestes da obtenção de uma resposta pelas próprias razões e, por vezes, imbuídos de espíritos de vingança, que autorizam a utilização da violência como contendora da violência.

Assim, houve a necessidade de contextualizar-se o instituto da pena, analisando sua evolução histórica, desde os primórdios em que não havia mais do que retribuição por um mal causado a outrem, até os mais recentes tempos, com a humanização do conceito de sanção, passando de um castigo a uma forma de ressocializar o indivíduo infrator.

Cada momento histórico é marcado por uma mentalidade fundada, principalmente, na organização sócio-econômica das comunidades, seja anteriormente ao domínio da jurisdição pelo Estado, quando era permitida a atuação individual com o uso da força para a reparação do mal, como no atual modelo de sociedade, em que se admite apenas excepcionalmente a autotutela, em casos bem delineados pela lei, mediante o preenchimento de requisitos estritamente analisados, como no caso da legítima defesa e do estado de necessidade.

Buscou-se, ainda, a apreciação da guerra como manifestação autotutelar e em como ela tem sido utilizada para a resolução de conflitos, ainda hoje, sem o respeito a direitos básicos do cidadão, pelos mais diversos motivos e inobservando a soberania e a característica

de cada povo e cada Nação, por mero cultivo de sentimentos como a ambição, a cobiça e o desejo pelo poder.

Após esta breve introdução ao tema, situando a autotutela no tempo e no espaço, chega-se à questão principal do trabalho, qual seja, a análise da estrutura do Estado, como contendor dos conflitos sociais, mantenedor da paz coletiva e provedor de maiores benefícios a um maior número de indivíduos possível.

Faz-se, desta forma, a verificação de cada um dos Poderes formadores do ente estatal, segundo o modelo tripartida de Montesquieu, com suas funções e sua atuação concreta, fazendo-se, posteriormente, um retrato da sociedade diante da atual situação.

Por fim, procura-se resumir o quadro sintomático e expôr os principais tópicos que necessitam de tratamento, em que são mais atingidos os interesses da sociedade e que a curto, médio ou longo prazo carecem de serem repensados, trazendo algumas idéias já manifestadas por doutrinadores sem, contudo, ter a pretensão de extinguir-se a possibilidade de novas respostas ao problema.

CAPÍTULO I

Evolução Histórica do Instituto da Pena

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, em seu “Novo Dicionário da Língua Portuguesa”, define a palavra punir como:

1. Infligir pena a; dar castigo a; castigar.
(...)
3. Aplicar correção a; reprimir; coibir.

A ironia desta língua é tamanha que, a um primeiro momento, o Mestre Aurélio aplica como significado a submissão a um castigo para, após, admitir que ela, a punição, sirva para corrigir, reprimir ou coibir, três palavras que exprimem coisas absolutamente diversas.

Isto serve para demonstrar o quão difícil é a tarefa de avaliar-se o “direito de punir”. Pois, ao pensar-se que é o direito à correção de delinqüentes para a sua ressocialização, teria esta uma função “politicamente correta”, como se costuma dizer atualmente.

Porém, nos dias atuais, admitir a pena como forma de castigar o criminoso nos parece algo por demais bárbaro e primitivo, sem levar-se em consideração a real situação dos

cárceres em que são enclausurados, na esperança de que saiam destas verdadeiras masmorras reeducados.

A evolução do direito penal e do processo penal nos trazem com bastante clareza a idéia, talvez absurda, de uma volta ao passado - se é que o passado existe e que houve uma veraz evolução humana.

Assim, vemos que a luta pela sobrevivência nas comunidades primitivas trazia consigo batalhas diárias em defesa própria, dos seus e de tudo o que julgavam-lhes caro.

Em análise à História, por exemplo, vemos que se um primata tirasse o alimento de outro que o possuísse, isto não seria considerada uma ação reprovável, pois a força superior do primeiro lhe permitia agir de tal forma, de modo que, ainda que causando um dano a outro, retirar-lhe o alimento era correto para a sua própria sobrevivência e, por isso, admissível.

Com a organização de sociedades mais numerosas, houve a necessidade de se estabelecer o que seria tolerável ou não, já considerados os conceitos, ainda que simplistas, de certo e errado, bom e mau. É nesse momento que surge a figura do delito.

Juarez Cirino dos Santos, no ensaio "Teoria do Crime", o define como: "...ação humana real ou possível: ação real lesiva de bem jurídico ou omissão de ação possível protetiva de bem jurídico em perigo."

Do que se depreende que a tipicidade é o fenômeno proibido, em caráter abstrato, e que vai configurar a possibilidade de punição, por desacordo com a ordem posta.

Tipificando condutas reprováveis, por ação ou omissão, tornou-se inevitável a cominação de sanções que coibissem sua prática. Daí a origem da pena, que adveio do sacrifício parcial da liberdade em prol de sua conservação.

“Com efeito, a idéia de justiça, bem como o aparecimento de instituições destinadas a prover a sua distribuição, perdem-se no tempo, através de lenta evolução, de acordo com o progresso econômico-social.”¹

O que havia, no princípio, era a chamada “vingança privada”, onde quem se achasse privado por outrem de um direito seu teria que buscá-lo por si mesmo e na medida de sua força. A Profª. Odete Maria de Oliveira, iniciando sua tese “Prisão: Um Paradoxo Social”, bem explicita este quadro, dividindo o período da vingança privada em seis momentos, não necessariamente cronológicos, quais sejam:

a) Vingança Individual: “Era uma reação puramente instintiva ao ofendido. A satisfação do lesado contra quem lhe causara um mal. Tal satisfação vinha, naturalmente, constituir nova ofensa, que deixava de ser punida pela inexistência de uma autoridade competente.”

b) Vingança Coletiva: “... imbuídos de um espírito de solidariedade e interesse comum na proteção da coletividade, esta se colocava ao lado do vingador, exercendo uma vingança coletiva e singular, manifestada de forma ilimitada, com excessos, sem sistema nem lógica.” Ao chefe do clã competia o cumprimento das decisões e aplicação das penas. No entanto, se autor da infração e vítima não fossem do mesmo grupo, então a ofensa assumia o caráter de dano coletivo, lançando um grupo contra o outro.

c) Vingança da Paz Social: “... a penalidade se expressava sob a forma de privação da paz social, o membro do mesmo grupo que cometia um delito, era expulso da tribo...”, o que significava praticamente sua morte, vez que não eram admitidos estrangeiros entre o povo de um país ou região, ficando o banido a mercê de animais, sem alimentação, água ou abrigo contra as intempéries climáticas, sob o risco de doenças e ataques despropositados.

¹ Soares, Orlando. *Prevenção e Repressão da Criminalidade*, ob. cit.

d) Vingança do Sangue: “Não raro a vingança do sangue provocava a retaliação contra grupos familiares inteiros, dizimando-os e destruindo tudo aquilo que lhes pertence.” Mostrava a união de todos em função de qualquer um que viesse a ser ofendido ou agredido, por integrante de uma família estranha.

e) Vingança Limitada: “... estabelecia uma proporcionalidade entre a ação e a reação do delito cometido e da pena imposta. (...) A lei de talião era bem mais racional do que as outras formas de vingança punitiva, mas ainda não podia ser reconhecida propriamente como um gênero de pena, porém, sua importância lhe é devida por ser a primeira fórmula de justiça penal.”

f) Composição: “... o delinqüente podia comprar a impunidade do ofendido ou de seus parentes, com dinheiro, armas, ou utensílios e gado, não havendo, então, sofrimento físico, pessoal, mas uma reparação material proporcionalmente correspondente.”

Alguns autores distinguem apenas a autotutela e a autocomposição. Na primeira haveria a imposição de uma solução pela força, tendo como pressupostos: “a) ausência de um juiz distinto das partes; b) imposição da decisão por uma das partes à outra.” (GRINOVER, 1993)

Esta poderia ocorrer por desistência, como renúncia à pretensão, submissão à oposição do outro ou transação, em que ambos abriam mão de parte de seu direito.

A despeito da autocomposição, onde ambas as partes cediam parcialmente de suas pretensões, para evitar maiores transtornos para ambos, surge a figura dos árbitros, pessoas de confiança mútua, imparciais, que fixavam a existência ou não do direito, de acordo com os costumes e padrões coletivos.

O cumprimento da decisão, no entanto, ainda dependia da vontade das partes, que não se submetiam obrigatoriamente ao julgo externo e, por vezes, somente se resolvia pela utilização da força.

Da escolha dos árbitros, quase sempre na respeitada pessoa do sacerdote, que conhecia a vontade dos deuses, passou-se mais tarde ao “período da vingança divina”.

A religião confundia-se com o direito e as noções de crime e pecado eram associadas, impondo o respeito aos preceitos determinados pelos deuses, o que lhe dava um espírito místico. Assim, o delito era uma ofensa à divindade que, por sua vez ultrajada, atingia a sociedade inteira.

O poder de reis e imperadores era divino, enquanto os sacerdotes eram os responsáveis por sua orientação, vez que constituídos como legítimos intérpretes da vontade do Senhor. Crimes contra os governantes eram, portanto, considerados atentados contra a divindade e punidos severamente.

Destacam-se, nesta fase, o Código de Hamurabi, as Leis Mosaicas e o Código de Manu. Penas comuns eram o enforcamento, a decapitação, a fogueira e a crucificação. Além disso, eram usadas requintadas formas de imposição de sofrimento, como expiação dos pecados e caracterização da culpa, porquanto os sobreviventes eram considerados inocentes.

Talvez a mais notável demonstração desse período seja a estória do mito greco-romano Hércules que, enfeitiçado por Hera, mulher de seu pai, Zeus, abatido por uma crise de loucura, matou a mulher e os filhos, tendo sido convertido em escravo do rei Eristeu, que o condenou a executar doze difíceis tarefas, como forma de redimir-se.

Confundiam-se normas de direito e morais e, muitas vezes, visava-se a purificação do infrator com penas exemplares, como na Índia, em que o Código de Manu declarava à morte os autores de crimes graves, com o esmagamento sob as patas de elefantes.

Com a transformação do sistema econômico, tornam-se mais importantes os crimes contra a pessoa e seu patrimônio, decaindo o respeito aos cultos, tradições e rituais, e enfraquecendo sua punição.

A Igreja perde forças, ocorrem inúmeras dissidências, quebra de valores e a disseminação de novas religiões enfraquecem as penas. Para conter o antagonismo das classes sociais e com isso evitar que se entredevorassem ou se consumissem em guerras e lutas estéreis, fortaleceu-se o poder do Estado, surgido como uma autoridade destinada a amortecer os choques entre as classes, mantendo a ordem.

O Estado começa a se afirmar e impor aos particulares uma certa ingerência em suas vidas, não ditando costumes e morais como a Igreja, mas tomando para si o exercício do *jus puniendi*.

O pretor aparece como um funcionário estatal, cuja função é solucionar os conflitos entre os cidadãos, que se comprometiam a aceitar a decisão, podendo nomear um árbitro de confiança. Perdurou durante o período clássico do direito romano (séc. II a.C. até o séc. III d.C.).

Consistia, praticamente, na substituição da arbitragem facultativa anteriormente existente, para uma arbitragem obrigatória.

“A composição, que na vingança individual era uma faculdade de compensação e reparação, tornou-se um dever jurídico, e a pena, nesta passagem do privado ao público, perde seu fundamento religioso para assumir uma finalidade eminentemente política.”²

Surge, então, a necessidade de regulamentar a forma como deveria se dar essa ingerência e afastar a possibilidade de julgamento arbitrários e subjetivos.

² Oliveira, Odete Maria. *Prisão: Um Paradoxo Social*, ob. cit.

A Lei das XII Tábuas, em 450 a.C., traz não só essa segurança no exercício da jurisdição aos particulares, como cria a figura do legislador, responsável pela concretização dos anseios do povo, transformando-os em direito posto. A partir desta data, houve um abrandamento gradativo das penas e a morte deixou de ser a punição dominante.

Com o tempo, o pretor torna-se mais atuante, praticamente extinguindo-se a figura arbitral e substituindo, agora, as partes no conflito.

“... o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses.” (GRINOVER, 1993) No princípio com certo rigor demasiado, chegando à desumanidade. Após o Cristianismo, há uma maior valoração da vida e moderam-se as crueldades, tendo como principais representantes desta fase Santo Agostinho e São Tomaz de Aquino.

O Direito Penal moderno, por sua vez, foi fundado em bases advindas do movimento Iluminista, que trouxe consigo noções de direitos humanos, projetando o utilitarismo e humanismo ao campo criminal, que traduziu-se principalmente pelas obras de Beccaria, Ferri e Carrara, que analisavam a aplicação arbitrária e desigual das leis e condenavam a função tirânica da pena e o caráter inquisitivo do processo penal, dando novo rumo à Ciência Criminal e a forma de atuação do Estado.

Destinado a substituir a figura da vítima nos conflitos sociais, extirpando-a do círculo formado pelas partes no processo penal, o Estado como criação jurídico-política, deixou de “resolver” o conflito para tão somente impor uma penalidade ao infrator, que desobedecera a ordem imposta por este mesmo Estado.

Não se pode visualizar qualquer resposta à angústia partilhada pela vítima, seus familiares e, em casos mais amplos, à toda a sociedade, que se consterne com suplícios

genéricos e torturas específicas. Pois a reparação do dano, da dor, do sofrimento, da vida, da honra, tudo isso não passa de mero objeto de possíveis ações indenizatórias, não cabíveis ao Estado-Juiz, contendor dos conflitos penais, mas sim ao próprio sujeito passivo do delito.

A evolução do processo de resolução desses conflitos, através dos séculos, passou, pois, da primitiva autotutela, posteriormente com a figura dos pretores, para, só então, surgir a figura do Estado-Juiz, abarcando a responsabilidade pela sua solubilidade, aplicando penas como forma de prevenir os crimes e corrigir os delinquentes.

CAPÍTULO II

A Legitimação da Autotutela

Tentar avaliar por quanto tempo perdurou a resolução autotutelar de conflitos entre os homens é, ao mesmo tempo, uma tarefa impossível e desnecessária. Isto porque a análise de determinadas reações sociais levam-nos a visualizá-la ainda hoje, tanto na esfera coletiva como individualmente, sem sopesar-se sua justiça ou legitimidade.

Alguns fatos, no entanto, merecem apreço exatamente por considerarem-se formas legítimas de exercício do poder de autotutela. Tanto é que nossa legislação pátria, a exemplo de outros países, isenta de pena o agente que, preenchendo certos requisitos, não poderia agir de forma diversa daquela tipificada, ou seja, são circunstâncias específicas nas quais o homem médio não teria outro agir senão o definido como fato típico.

Existe no Direito duas formas básicas de autotutela lícita, no campo penal, além das existentes no campo civil (como para a defesa da propriedade): a legítima defesa e o estado de necessidade, os quais pretende-se, na seqüência, expor e demonstrar sua adequação ao conceito de autotutela.

II. 1. A Legítima Defesa

Pensar em crime e na possibilidade de não aplicar ao seu autor uma sanção correspondente, parece inacreditável. Porém há entre as atitudes humanas aquelas em que qualquer cidadão comum pode incorrer e podem configurar fato típico, sem contudo parecer justa a aplicação de uma pena ou um castigo por assim agir, porquanto qualquer ser normal, em situações semelhantes teria agido de forma similar.

Depara-se, aí, com a mais conhecida forma legal de autotutela: a legítima defesa. Pois nada mais é o tão famoso instituto do que a resolução de um conflito de interesses, no qual um dos contendores, entendendo afetado direito seu ou alheio, tenta preservá-lo contra ato de outrem com o uso da própria força.

Não seria desprezível a análise contida de seus elementos, visto que sua conformação dá-se se, e somente se, forem estes preenchidos, dentro da mais estrita interpretação, observadas as características da vítima e do provável agressor contra o qual alega estar defendendo-se legitimamente.

O instituto, previsto em nosso Estatuto Repressivo no seu artigo 25, considera a legítima defesa uma causa excludente de antijuridicidade, ou por assim dizer, o fato que é típico, pois previsto legalmente como crime, deixa de ser considerado ilícito.

Age em legítima defesa aquele que “usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.” Mirabete assinala a existência de duas teorias básicas acerca do seu fundamento, quais sejam, “as teorias subjetivas” que consideram a perturbação do ânimo do agente determinante de sua atitude e que lhe confere o caráter de lícita, e “as teorias objetivas”, que fundam-se na existência de um direito primitivo de defesa, que teria o homem cedido ao Estado, mas retoma por indispensável

à preservação do bem jurídico ameaçado (MIRABETE, 1988). Entende o autor ser a segunda a mais acertada.

Damásio de Jesus³ coloca dois outros grupos de teorias que a fundamentariam: “a) teorias que entendem o instituto como escusa e causa de impunidade; b) teorias que fundamentam o instituto como exercício de um direito e causa de justificação.” Na primeira hipótese, no exemplo de um homicídio praticado em legítima defesa, haveria a conservação da existência e, portanto, ainda que voluntária a atitude do agente, não seria punível; deixa, contudo, de analisar os demais bens jurídicos sob a proteção do Direito. Pela segunda corrente, à qual se filia Bettioli, entre outros juristas renomados, decorre da falha no oferecimento da tutela mínima pelo Estado e é seguida pelo Código Penal Brasileiro.

Para alguns doutrinadores, constitui ela parte do Direito natural, estando presente até mesmo entre os bárbaros e reconhecida pela tradição grega. “Sob o Cristianismo, tal idéia, baseada no Direito natural, foi substituída pela noção de que a resistência legítima contra a ofensa injusta constituía falta de dever de caridade. No antigo Direito francês, inspirado nessa noção, quem se defendia legitimamente devia solicitar cartas de graça para não ser condenado.” (JESUS, 1990)

Entretanto, a reação ao ataque tem seus primeiros vestígios ainda entre os primatas, ou até mesmo entre os animais, pertencendo ao instinto humano, sendo impossível exigir de alguém que se encontra prestes a sofrê-lo que não se defenda ou, ainda, punir quem o faça, por não buscar o auxílio jurisdicional do Estado naquela ocasião.

A idéia de exclusividade do Estado no exercício do *jus puniendi* não encontra guarida nessa hipótese, pois não está caracterizado o mais importante fundamento deste, que é a proteção da sociedade contra a perturbação da paz. Ora, não sendo este mesmo Estado

³ Jesus, Damásio E. de. *Direito Penal*, ob. cit.

capaz de proteger o agente agredido no exato momento em que tal agressão ocorre, com a prevenção do delito primário, não pode agora, após falhar na primeira tarefa, querer impor sua força ao segundo, que tão somente defendeu-se de quem, este sim, lhe tirara a paz com sua injusta investida.

Como anteriormente dito, para estabelecer-se em que situações encontra-se presente o fenômeno da legítima defesa, necessário se faz que o agente preencha determinados requisitos, fixados no conceito prescrito pelo Código Penal.

O primeiro deles é que a pessoa esteja sendo agredida ou na iminência de sofrer uma agressão injusta. Há que se diferenciar a agressão, que é ato humano, do ataque de animais, que configura o estado de necessidade. Pode tratar-se de conduta ativa ou passiva, não sendo imprescindível a violência, embora esteja esta comumente presente. Pelo mesmo motivo, é admissível que a defesa empregada seja igualmente violenta.

A jurisprudência pátria é passiva neste sentido, citando a ementa do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em acórdão prolatado pelo Relator Ferreira Leite, *in* RT 441/405, vez que,

(...) constituindo a legítima defesa, no sistema jurídico-penal vigente, uma causa de exclusão da antijuridicidade, tem-se que quem defende, embora violentamente, o bem próprio ou alheio, injustamente atacado, não só atua dentro da ordem jurídica, mas em defesa dessa mesma ordem. É que na legítima defesa não é o poder público que confere ao agente a faculdade de repelir a violência pela violência, visto que tal atitude constitui um direito primário do cidadão.

A tutela, pois, incorre sobre qualquer bem juridicamente protegido, podendo ser próprio ou alheio, seja a vida, a integridade física, a honra, ou o patrimônio, não se exigindo previnibilidade ou evitabilidade. Há, contudo, a exigência da moderação dos meios empregados para a contenção do ataque ou sua proporcionalidade com o mesmo, desde que

haja à disposição do agente tais meios menos gravosos ao agressor, sob pena de recair em excesso culposo, se houver previsão legal.

Outros elementos importantes são a injustiça da agressão, bem como a atualidade ou iminência desta, devendo a reação ser imediata e não premeditada ou planejada, descaracterizando-se, neste caso, a excludente. Devem, portanto, estarem presentes elementos *subjetivos*, ou seja, a consciência da agressão e a vontade de defesa, como também elementos *objetivos*, quais sejam a reação contra agressão injusta atual ou iminente, dentro da proporcionalidade e da moderação, sob pena de caracterizar o excesso que é punível, por ser antijurídico e que exclui a legítima defesa.

De sorte que, “a necessidade inevitável de defesa” (HUNGRIA, 1978) não é exigida por nosso Código, que apenas prevê a possibilidade de uma agressão injusta, atual ou iminente, da qual tem o direito de defender-se, desde que usando de meios moderados e proporcionais àquela, seja para defender-se a si mesmo ou a bens de terceiros.

Por outro lado, a combinação da “justiça moral” e “utilidade social” reveste a punição aplicada pelo Estado com o caráter de legítima defesa, exercida contra aqueles que injustamente agredem a um de seus indivíduos ou a toda uma coletividade e, por isso, a sociedade confere ao ente estatal o poder de puni-lo, em seu nome, defendendo-a da ofensa aos seus bens e cidadãos (BARRETO, 1886).

II.2. Estado de Necessidade

Enquanto na legítima defesa há uma *agressão* pondo em risco a integridade de bens, próprios ou de terceiros, no estado de necessidade o que ocorre é um conflito entre bens, que se encontram necessariamente em situação de perigo. Assim não se exige que o bem

jurídico a ser defendido esteja sob a iminência de ser agredido, ou sofrendo efetivamente um ataque humano, podendo advir a situação de perigo de força da natureza, conduta humana diferente da agressão, ou do ataque de animais.

Outra importante diferença entre os dois institutos é a desnecessidade da situação perigosa ser injusta para a outra parte. Ou seja, na legítima defesa há que se estar defendendo de uma agressão injusta, enquanto que no estado de necessidade, ambos os bens tutelados podem ser justos em sua defesa, porém a situação imposta exige que apenas um obtenha a proteção ou evite a lesão.

O exemplo clássico em que se baseiam os doutrinadores é o de dois naufragos agredindo-se pela posse de uma tábua ou um bote que lhes salvará a vida. Ambos tem bens juridicamente protegidos, qual seja a vida, é justo que ambos lutem por sua própria salvação, porém apenas um poderá conseguí-la e, em conseqüência, causar a morte do outro.

Trata-se claramente de uma expressão autotutelar, em que dois sujeitos disputam, através da força, a posse de um direito, onde somente um deles o obterá ao final, na luta pela sobrevivência. Juristas consideram a possibilidade de adaptação do conceito de estado de necessidade, inclusive, no campo do Direito Civil e uma das hipóteses formuladas recentemente é a das ocupações de terras improdutivas.

Decorre, pois, da interpretação do artigo 160, inciso II e parágrafo único do Código Civil, que estabelece a admissibilidade da destruição de coisa quando as circunstâncias tornarem o ato absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. O que ocorre, neste caso, é a contraposição do direito de propriedade ao direito à vida, à igualdade e à dignidade humana, presentes em vários artigos constitucionais e, especialmente no artigo 170 da Constituição da República de 1988.

Passa-se a analisar, pois, o conceito legal, onde o artigo 24 do Código Penal Brasileiro estabelece que “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.” E segue em seu parágrafo 1º, suprimindo esse direito àquele que tenha o dever legal de enfrentar o perigo.

Juarez Cirino dos Santos⁴ descreve a situação de perigo a que devem estar sujeitos os bens em confronto como sendo *atual*, não se podendo admitir estado de necessidade contra perigo iminente, “*não dolosa*, admitida a produção culposa do perigo porque a limitação legal se restringe à ‘vontade’, só inteligível como dolo”, e que não haja *forma diversa* de afastar o perigo senão expondo bem de outrem a lesão. (grifo do autor)

A discussão doutrinária fica em torno da preponderância ou equivalência entre os bens juridicamente protegido e sacrificado, entendendo a primeira corrente ser necessário que o bem sacrificado tenha um valor inferior ao protegido, enquanto a segunda acredita deverem ser consideradas as circunstâncias de cada caso apresentado, podendo ser de igual valor o bem destruído se não houver outra forma do agente salvar o seu.

Opõem-se, portanto, a consciência do perigo e a necessidade de atuar para a proteção do bem, de forma que justifica o sacrifício de outro, desde que o perigo não tenha sido criado por quem alega o estado de necessidade, ao menos de forma dolosa.

As duas situações, tanto o estado de necessidade como a legítima defesa, foram advindas da formulação da teoria subjetiva do crime, em contraposição à teoria objetiva. Nesta, muito utilizada para a justificação das penas na Antigüidade, baseava a punição do fato por seu resultado, enquanto naquela houve uma preocupação em descobrir-se a intenção do

⁴ Santos, Juarez Cirino dos. *Teoria do Crime*. ob. cit..

agente, ou o projeto de realização (SANTOS, 1993), que fundamenta o conceito de crime na teoria finalista e não mais na teoria causal, pela qual o resultado externo determinava a punibilidade.

Descobrir a vontade do agente, poder-se-ia analisar se o mesmo agia contra a ordem jurídica imposta pelo Estado, ou apenas protegia-se contra a inatividade deste, permitindo-se a autorresolução dos conflitos, nessa última hipótese.

CAPÍTULO III

Guerra. A Autotutela Coletiva que Marcou Épocas.

“Os romanos imolavam cristãos, aos milhares, em nome da religião, no que foram seguidos de perto pela Igreja, que, após julgamento sumaríssimo, sacrificava em fogueiras aqueles que a Inquisição considerava culpados. Hitler preferia asfixiar os judeus, antes de lançá-los ao fogo, em atitude de misericórdia estanha aos atos de selvageria que eram rotina nos campos de concentração alemães.

Mas todos esses bárbaros, que a História coleciona, acreditavam justificadas suas maldades na religião, política e idéias expansionistas.”⁵

Fulcradas em defesa da liberdade de culto, do poder econômico ou da hegemonia nacional, as guerras sempre existiram.

As mais ancestrais tratavam de “acertos de contas” entre famílias ou tribos, já nos períodos paleolítico e neolítico, sobre os quais ainda se tenta descobrir informações, sendo mínimas as existentes, mas que delineiam um estilo de vida nômade, em virtude de que sempre

⁵ Revista Jurídica Consulex, Ano I, nº 4, abril/1997, em matéria sobre *Violência Urbana*, pág. 10.

havia perigo para a sua manutenção em determinado local, motivo pelo qual mudavam-se os primatas, em busca de maior tranquilidade e de alimento farto.

Talvez as mais antigas guerras conhecidas, sejam as ocorridas no Antigo Egito e na Grécia Antiga. No primeiro, por volta de 3.200 a.C., sob o domínio dos faraós, quando houve a expansão do poder militar, gerando batalhas cruentas entre egípcios e persas, com a queda do Império Egípcio em 525 a.C., na batalha de Pelusa.

Em seguida, houve grande destaque para o Período Homérico, nos séculos XII a VIII a.C, em que o grande poeta Homero descrevia a batalha de Tróia e as invasões dóricas à Grécia, marcando um período extremamente militarista.

A análise mais detida da História Antiga, na verdade, mostra que a ascensão e queda de impérios dava-se, basicamente, pela dominação de forças militares e baseavam-se na expansão de territórios, subjuguando povos menos poderosos.

As lutas quase sempre tinham como fundamento o desejo dos governantes de tomarem o poder e dominarem mais extensões de terras, expandindo o máximo possível seu domínio pelos continentes. Na verdade, tratava-se de opiniões diversas sobre o direito de governar, influenciando o poder econômico, que sempre norteou as ações humanas.

Eras históricas se passaram, o mundo se modernizou, conquistou a ciência e a tecnologia, porém a resolução de conflitos mediante as guerras não foi suprimida. Se, há algum tempo, foram elas consideradas benéficas ao controle de natalidade, segundo a teoria malthusiana, para evitar a superpopulação do planeta, a História Contemporânea, através da cronologia das guerras, demonstra a involução humana, com a tentativa de dizimação de povos e raças inteiras, num retrato do primitivismo do homem.

Guerras, batalhas, lutas armadas, tudo que fere e mata apenas serve para manifestar a pouca consciência mundial sobre a vida. Se, no entanto, continuam a existir,

acabam por refletir nos desacertos pelos quais as sociedades passam, desde o aumento da violência urbana, a banalização da criminalidade, ficando à mercê de tudo isto o Estado, natural contendor de distúrbios sociais, impotente a tamanha reação contra a sua inoperância nos setores básicos.

Entretanto, há outros tipos de pseudo-guerras, travadas no dia-a-dia de cidadãos comuns, que mantêm vidas pacatas e acreditam na “ordem e no progresso”.

Trata-se da guerra pela sobrevivência nas cidades, das batalhas diárias para fugir do desemprego nos centros urbanos e para manter a produção e a terra, na zona rural. Todo um quadro que, num momento histórico mais propício, poderia já ter desencadeado verdadeiras revoluções sociais.

A manutenção dessa suposta ordem passa pela inversão de valores morais, pela criação de verdades virtuais e pelo repasse tão somente das informações consideradas necessárias e oportunas.

Zaffaroni vai mais longe e sentencia que “ em substituição a exércitos invasores, apresenta-se muito mais simples enviar seriados de televisão e tecnologia discursiva para conseguir que nossos setores mais carentes e atingidos pela crise de nossos sistemas produtivos se dividam e não consigam coligar-se (...)”⁶

Demonstração mais que evidente de que o poder estatal de contenção de delitos não é tão efetivo quanto deveria, nem tão eficaz como gostaria, sendo mais fácil dominar-se a população através da comunicação de massas que da força policial.

A guerra sempre foi a máxima expressão autotutelar, na qual dois povos ou dois países, entendendo-se afetados em seu direitos - que podiam ser de ordem religiosa, política,

⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Em Busca das Penas Perdidas*, ob. cit.

econômica, etc. - tomavam por legítimas reações violentas contra o outro e justificavam suas atitudes, seja pela defesa de suas culturas ou de toda uma nação.

A origem da característica básica do monopólio da força pelo Estado absolutista foi a deslegitimação dessas guerras, que apenas geravam violência, legitimando, assim, o sistema penal a oprimir qualquer atitude contrária aos interesses do Estado, por este mesmo considerada como “delitos”.

Dessa forma, o que contraria a vontade expressa do Estado e a legitimidade do sistema penal torna-se passível de punição, por considerar-se violador da paz social e justifica a operatividade do sistema, inclusive com alguns nuanças de violência controlada, tudo reforçando a idéia de que parte da liberdade individual deve ser sacrificada em prol do todo social.

Quando pretendeu o Estado exercer o monopólio absoluto da força, com o domínio da retribuição e repressão ao crime, igualou-o à guerra e fez entender a seus subordinados ser esta a melhor solução para a obtenção da paz.

CAPÍTULO IV

A Crise no Modelo de Montesquieu

O ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade, conforme teoriza Von Liszt. O Estado concretiza uma de suas finalidades com a substituição do particular pelo Juiz-Estado, como manifestação da própria soberania estatal e, a partir daí, necessita desenvolver ações que viabilizem a convivência social harmônica e pacífica. Com a evolução da humanidade e das sociedades modernas, são desenvolvidas novas relações sociais e surgem diferentes anseios, o que acaba por gerar o aumento da criminalidade sempre que estes deixam de ser atendidos.

Este incremento de ações típicas e antijurídicas, por sua vez, exige adequação do Estado à função de mantenedor da paz social e da ordem pública. Para tanto, ele - o Estado - detém o poder de vencer as resistências suscitadas, quando há a necessidade de sacrifícios e constrangimentos por parte dos particulares.

Após vários períodos históricos de punições exacerbadas e desproporcionais, houve a avocação pelo Estado de tarefas como a definição de condutas criminosas, bem como a punição ao criminoso para, com isso, reprimir a criminalidade e garantir a segurança pública

sem, contudo, ferir os direitos básicos do cidadão. Entretanto, há que se ressaltar que a prevalência será sempre do interesse geral, desde que basiladas as atitudes dos entes estatais nos princípios da verdade e legitimidade das mesmas.

Para evitar o autoritarismo com que houvera sido delineado o Direito Penal, anteriormente ao período humanitário iniciado por Beccaria, formulou-se princípios, entre os quais o celebrizado pela expressão *nulum crimen, nulla poena sine lege*, que se tornou a base da grande maioria das legislações criminais de todo o mundo.

De sorte que a repartição dos poderes do Estado, preconizada por Montesquieu, relegou ao Poder Legislativo a elaboração de leis penais, ao Poder Judiciário o julgamento das querelas e a aplicação das penalidades e, por fim, ao Poder Executivo a execução das penas e a manutenção da ordem. Cabe, então, em aplicação ao princípio dos “freios e contrapesos”, a cada um dos poderes constituídos - Legislativo, Judiciário e Executivo - promover o desenvolvimento dos outros dois e dos três, indistintamente, sempre visando o fim último da realização da Democracia, questionando suas atividades e assegurando os direitos às minorias.

IV.1. O Poder Legislativo

A análise da atuação do Poder Legislativo, cuja missão é a regulação da vida social, editando normas que contenham a conflituosidade e imponham sanções ao descumprimento do “contrato”, mostra a evidente crise do Estado Moderno.

A epidemia de crimes violentos, principalmente contra o patrimônio, é capaz de ameaçar a estabilidade social, não podendo ser confrontado unicamente pela ação repressora.

Em consequência, ocorre também uma epidemia da pena, especificamente das privativas de liberdade, numa verdadeira “inflação legislativa”.

Beccaria⁷ já dispunha que uma lei somente será justa e imune aos ataques tirânicos, no momento que não houver margem à controvérsia. Isto porque, entendia o autor, a possibilidade de interpretação por parte dos juizes — aplicadores das leis — consistiria num mal ao princípio da igualdade e conclui que a prevenção à prática de delitos se daria mediante a elaboração de leis claras, simples, aliada à conscientização do povo da utilidade da segurança coletiva.

A confusão existente entre a proposta anteriormente exposta e a realidade enfrentada, consiste no fato de que os legisladores, ao contrário de fazer valer a clareza e a simplicidade nos textos legais, primam por torná-los sempre mais ambíguos e controvertidos, possibilitando a interpretação conforme o caso em apreço.

Ademais, esforçam-se por criar novos tipos penais e criminalizar condutas apenas moralmente repreensíveis para, com isso, aumentar o arbítrio seletivo do sistema penal, como pretexto para “o exercício de um maior poder controlador”. (ZAFFARONI, 1991)

Este, por sua vez, somente se faz contra aqueles que preenchem determinados requisitos, avaliáveis sua periculosidade e propensão ao crime, utilizando, sem qualquer disfarce, o modelo lombrosiano, que compara o delinqüente a uma espécie de “louco moral”.

Contemporaneamente a Lombroso, Ferri surgia com a Sociologia Criminal, indicando o conceito de pena como medida de “defesa social” e insurgindo-se contra a pena-castigo, já que esta sempre houvera se demonstrado ineficaz em sua função.

Embora a Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”, proíba a aplicação de penas “cruéis”, a ocorrência de barbarismos, atrocidades, torturas e todo tratamento desumano dado aos presos demonstra a ineficácia da norma.

⁷ Beccaria, Cesar. *Dos Delitos e das Penas*, ob. cit.

Há na pena cruel, portanto, uma embutida falta de compaixão, mas revelando, demais disso, desproporção inusitada, exagerada e *desnecessária* entre o ato e a sanção, mediante a utilização de recursos (técnicos ou não) incompatíveis com os foros de humanidade que devem presidir as relações entre as criaturas, mesmo — vale acentuar — na hipótese de cometimento de crimes de estridente gravidade.⁸

Diante do quadro de violência, enfrentado pela sociedade, há quem admita, e até insista como necessária, a adoção da pena de morte para os autores de delitos atrozes e considerados gravíssimos, do ponto de vista do convívio social (como o estupro seguido de morte).

Um dos motivos apontados pelos que defendem esse tipo de punição é a intimidação de quem pensasse praticar tais crimes. Trata-se do velho pensamento de que o castigo deve ser duro e cruel para que outros não ousem infringir as leis vigentes.

“Urge observar aos que acham que mais repressão resolveria alguma coisa que o próprio sistema penitenciário já é usado pela teoria como exemplo de certa função negativa, desestabilizante que o direito vem adquirindo.” (CINTRA JR., 1995)

Esta função negativa consiste na anulação das qualidades do indivíduo, mantendo a atenção voltada à segregação dos criminosos, infratores da ordem posta pelo Estado e, com isso, supostamente garantindo a segurança dos demais, independente da ressocialização necessária àqueles.

Em maio de 1992, o jornal *Diário Catarinense* demonstrava a concordância da maioria da população deste Estado com a pena de morte. As principais vítimas seriam os estupradores, seguidos por homicidas, latrocidias e seqüestradores. Na mesma pesquisa, 68% dos entrevistados alegaram ser o sistema de segurança em suas cidades de péssimo a regular.

⁸ Prade, Péricles. *Limitação Constitucional das Penas Cruéis*, ob. cit.

O importante salientar é que essas questões são cogitadas sempre com vista à situação econômico-social, esquecendo-se, no entanto, que os principais alvos desse tipo de condenação são pessoas normalmente insensíveis ao poder intimidativo da pena, ainda que esta fosse capital. Restaria à pena de morte mais uma função de vingança que de prevenção ao crime.

Beccaria indagava e, a final, concluía: “Qual será o direito que os homens se reservam de trucidar seus semelhantes? (...) A pena de morte não é, pois, um direito, mas é uma guerra da nação contra um cidadão, que ela julga útil ou necessário destruir.”⁹

Doutor em Direito Penal, Luiz Flávio Gomes lembra que, “animados pelas pesquisas de opinião pública, os adeptos do Direito Penal do Terror com frequência sugerem a realização de um plebiscito para que o ‘povo’ decida.”¹⁰

Entretanto, esta tentativa ou qualquer outra no sentido de instituir-se, no Brasil, a pena de morte seriam inúteis, visto ser expressamente contrárias à Constituição, em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a” e por força do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV. Estaríamos diante de algo juridicamente impossível.

O cerne da questão é, porém, o aumento da criminalidade, que leva a população, auxiliada pela propagação de idéias exageradas e desviantes, a requerer respostas mais efetivas do Estado.

Não sendo interessante, do ponto de vista econômico, a este o desenvolvimento de uma política criminal preventiva, unindo transformações sociológicas, antropológicas e psicológicas, restringe-se à adoção de medidas repressivas, que de nada adiantam à contenção da violência e acabam por redobrá-la.

⁹ Beccaria, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, ob. cit.

¹⁰ Gomes, Luiz Flávio, *Pena de Morte e Prisão Perpétua: Ilusão ou Solução?*, ob. cit.

A edição de leis severas jamais conseguirá, exclusivamente, impedir os crimes, principalmente contra o patrimônio, sem a justa distribuição de rendas. “A eficaz prevenção do crime não depende tanto da maior efetividade do controle social formal, senão da melhor integração ou sincronização do controle social formal e informal.”¹¹

Não basta, pois, ter leis duras, que cominem penas altíssimas, proíbam a progressão de regime, a liberdade provisória, etc., quando sua aplicação se dá em menos da metade dos crimes realmente praticados. A infalibilidade das penas e a certeza do castigo, ainda que moderado, à conduta incorreta é o que garante a inibição ao crime.

As leis a serem promulgadas pelo poder competente devem, assim, primar pela justiça da repreensão, não pela rigidez e quantidade da pena. Devem ser proporcionais ao delito e aplicadas de forma rápida, o mais possível próxima ao fato, para que lhe seja retirado o caráter de vingança e se lhe imponha como verdadeira punição inibidora de novos delitos.

Se a severidade da pena inibisse a delinquência, não só dos que nunca praticaram um crime, mas também a reincidência dos já punidos, não se verificaria os inegáveis casos de tráfico de entorpecentes, homicídios e atentados ao pudor, no interior dos estabelecimentos penitenciários.

Tanto assim o é que, compreendendo a grande maioria de crimes menores, que assoberbam o Judiciário, lançou mão o legislador da figura da composição (*compositio*), através da Lei 9.099/95, permitindo a transação penal, com a simplicidade e a oralidade como princípios procedimentares, para a punição de infrações de menor potencial ofensivo.

De forma que, eliminando burocracias, suprimindo fases processuais sem ferir aos direitos do acusado e primando pela agilidade, conseguiu o legislador atingir a grande maioria

¹¹ Garcia-Pablos de Molina, in *Criminologia*, RT, SP, 1992, pág. 78, citado por Luiz Flávio Gomes, ob. cit., pág. 319)

dos crimes leves, os quais normalmente ficavam impunes, seja pelo não processamento ou pela ocorrência da prescrição.

A promulgação de leis mais duras pelo Legislativo, a incrementação do poder de política pelo Executivo, e a aplicação de penas maiores pelo Judiciário, não surtem os efeitos desejados e, com isso, permitem a iniciativa popular na resolução dos conflitos.

IV.2. O Poder Judiciário

Desde a divisão tripartida do Estado, assim como previsto no texto da Carta Magna brasileira, cada um dos poderes possui funções e atribuições bem definidas.

O artigo 5º da Constituição da República de 1988, em seu inciso XXXV, estabelece o princípio da inafastabilidade, quando determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e, com isso, pretende possibilitar a concretização dos objetivos fundamentais fixados em seu artigo 3º e incisos.

“À primeira vista, parece uma heresia dizer-se de um Poder que tem por finalidade a interpretação da lei, caber-lhe a realização da própria finalidade do Estado, na caso, o bem comum dos brasileiros.”¹²

Acontece, porém, que a inadequação ou inoperância de um dos três prismas desse ente público - que é o Estado - acaba por lançar suas responsabilidades e obrigações aos outros que, por sua vez, não foram estruturados para tal situação e, igualmente, são incapazes de cumprir as tarefas a si impropriamente atribuídas, o que resulta, em última análise, na insatisfação do anseio público.

¹² Ferreira, Petrucio. *O Juiz, o Estado Democrático de Direito e a Administração da Justiça*, fonte: OAB-RJ - Internet.

Assinala Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, no artigo “Violência, Repressão ao Crime e Segurança”, publicado na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, em apreço às tarefas transferidas indevidamente do Executivo ao Judiciário que

são completamente estranhas à função jurisdicional, isto é, ao exercício satisfatório da grande e excelsa missão de fazer justiça, dando a cada um o que é seu, de acordo com os mandamentos da ordem jurídica. (...) o exercício dessas tarefas, de caráter tipicamente administrativo, não só prejudica o trabalho judicante como também oferece à população uma imagem irreal do Poder Judiciário, como se suas atribuições fosse idênticas aos outros poderes, de molde a permitir incluí-lo entre os responsáveis por certas leis processuais aditadas ao Código, que ensejam impunidades acoroçadoras de crimes.

As críticas ao Poder Judiciário, geralmente fundamentadas e cobertas de razão, seja quanto à morosidade das decisões ou sua incoerência, no entanto, são injustas no que tange à criação ou proliferação da violência.

Outrossim, se o Judiciário, a exemplo dos demais poderes formadores do ente estatal, o qual chamou a si o direito/poder de punir, encontra-se inadequado ao exercício de determinadas funções e, em outras, atua com deficiência, sinal é de que o próprio Estado deixa de agir.

Evidente o processo de mutação por que passa toda a sociedade moderna e, ao enalço disto, a anacronia desfuncional enfrentada pela estrutura estatal e, especialmente, judiciária, arcaica e alheia às transformações em seu cosmo de atuação.

“Por outro lado, na luta pela **repressão ao crime**, não se pode deixar de perquirir as razões do fenômeno social que tanto atemoriza atualmente o povo brasileiro, isto é o

crescimento descomunal dos delitos com violência física e sexual, principalmente os capitulados entre os mais graves.”¹³

Mas não se restringem ao campo administrativo a desconformidade do Judiciário com a realidade. Aliado ao princípio da anterioridade, alicerça-se o Direito Penal moderno no princípio da legalidade, como contenção de abusos e arbitrariedades, desenvolvido pela Escola Clássica, à qual se filiam Rossi, Carrara, Beccaria e Romagnosi.

Desta forma, impedia-se o processamento e a condenação do autor de uma conduta não considerada criminosa e que, *a posteriori*, assim o fosse.

O respeito a tal princípio, imprescindível à convivência democrática, entretanto, acabou por criar, no dizer de alguns doutrinadores, uma espécie de “esquizofrenia jurídica”, pela qual o penalista ficaria adstrito à aplicação das leis vigentes, não lhe competindo avaliar sua justiça ou injustiça. Como consequência, ter-se-iam verdadeiros tecnocratas penalistas, manipulados pelas classes dominantes e cúmplices de suas artimanhas.

Alessandro Baratta¹⁴ atribui ao caráter fragmentário do Direito Penal a imunidade dos indivíduos pertencentes a estas classes ao processo de criminalização, o qual é dirigido apenas às classes subalternas, excluídas do processo de acumulação capitalista e praticantes de condutas que afrontam suas relações de produção e distribuição.

Da mesma forma é o entendimento da Zaffaroni, para o qual o sistema penal opera seletivamente e deixa impunes as pessoas que não são vulneráveis, dirigindo o exercício de poder a grupos bem determinados e não à repressão do delito. Diz, ainda: “Nossos sistemas penais reproduzem sua clientela por um processo de seleção e condicionamento criminalizante que se orienta por estereótipos proporcionados pelos meios de comunicação em massa.”

¹³ Nogueira, Antonio de Pádua Ferraz. *Violência, Repressão ao Crime e Segurança*, ob. cit.

¹⁴ Baratta, Alessandro. *Criminologia Crítica e Política Penal Alternativa*, Revista de Direito Penal, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1979, vol 23/11, citado por Manoel Pedro Pimentel.

Com isso, o sistema penal escolhe quem será criminalizado, manipula sua vida desde cedo, para que assim pense e aja e, ao assumir o papel a que está estigmatizado, o sujeito colabora para a manutenção do sistema. Aí a razão de serem comumente confundidos crime e pobreza. Entretanto, o que se vê, realmente, é a punição preponderante dos pertencentes às classes mais baixas, gerando a falsa idéia de que a pobreza seria causa da delinqüência.

Desta maneira, a aplicabilidade do Direito Penal depende de sua “vítima” ou alvo, somente deixando recair sua força e seu vigor sobre os menos favorecidos economicamente, sendo assim considerados seus clientes em potencial, concretizando ainda mais a marginalização social.

A Professora Vera Regina Pereira de Andrade¹⁵ divide a seletividade do sistema penal em quantitativa e qualitativa. A primeira se dá com a realização de estatísticas que apresentam uma maior representação da criminalidade nos estratos inferiores da sociedade. “O que ocorre é que a criminalização é, com regularidade, desigual e seletivamente distribuída pelo sistema penal. Desta forma, os pobres não têm uma maior tendência a delinqüir, mas sim a serem criminalizados.” Isto porque, à impossibilidade de atender a todas as situações em que é chamado a intervir, o sistema penal seleciona as que entende deverem ser resolvidas, ou nas quais há a possibilidade efetiva de intervenção.

À tangência da qualitativa seletividade do sistema penal, a escolha das pessoas a serem qualificadas como delinqüentes exime o direcionamento da atenção ao crime, como fato típico e antijurídico, vinculando a ação estatal contra aqueles sintomaticamente perigosos.

Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relaciona a produção dos mais altos, embora mais difusos danos sociais (delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade

¹⁵ Andrade, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão da Segurança Jurídica*. ob. cit.

organizada, graves desviantes dos órgãos estatais) superestima infrações de relativamente menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como delitos contra o patrimônio, especialmente os que têm como autor indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados. (Zaffaroni, 1987, pp. 22 e 32, e Baratta, 1991a, p. 172, 1982b, p. 35, 1993, p. 49, e 1991b, p. 61)

Ao enalço disto e fundamentadas na necessidade seletiva do sistema, surgem em sua defesa conceitos como o de defesa social, que pressupõem a legitimação dos mecanismos de seleção, consubstanciados em um código social (*second code*), imprescindível à continuidade da vida social.

A heterogeneidade de variáveis decisórias extralegais acima referidas tem recebido assim uma recondução unitária a uma imagem estereotipada e preconceituosa da criminalidade que, pertencente ao *second code* da Polícia, do Ministério Público e dos juizes (assim como ao “senso comum” dos cidadãos), condiciona suas subseleções que têm, por outro lado, um caráter conservador e reprodutivo das assimetrias de que, afinal, se alimentam os estereótipos.

E vai mais além, entendendo ser insuficiente o conhecimento tido pelos juizes da realidade dos estratos sociais dos quais advém a maior clientela do sistema penal e, por esta razão, gerador de preconceitos e reprodutor de estereótipos.

Isto se reflete, principalmente, na real aplicação da pena, quando ocorre a possibilidade de substituição da sanção restritiva de liberdade por penas pecuniárias. Ora, as pessoas mais freqüentemente alvejadas pelo sistema penal são as pertencentes aos níveis menos favorecidos e, por conseguinte, sem condições financeiras e econômicas de arcarem com o pagamento de multas, sejam de qualquer montante imaginável.

Com isso, embora a lei preveja a aplicação de penas alternativas à prisão em determinadas hipóteses, à impossibilidade de execução da pena pecuniária, voltam ao enclaustramento das prisões e contentam-se com o cumprimento das reprimendas, cientes da seleção a que foram impostos pelo sistema.

IV.3. O Poder Executivo

Se ao Judiciário cabe a aplicação das leis penais, com o julgamento de criminosos e sua punição com sanções previamente fixadas em lei, é do Executivo o encargo de administrar o sistema penitenciário e adequá-lo à situação de alta criminalidade vivido hoje. O poder político é o campo das decisões que tem como escopo o estabelecimento e conservação da ordem, paz, segurança e justiça de toda a sociedade.

O descumprimento do ordenamento jurídico por parte dos administradores é, pois, o principal responsável pelo agravamento do quadro penitenciário brasileiro, à iminência de um colapso, em função da superlotação e da ausência de condições de abrigo razoáveis aos condenados e presos provisoriamente.

Se a construção de novos presídios para a resolução do problema carcerário no país esbarra na falta de verbas, o mesmo ocorre no que versa sobre recursos humanos e materiais.

Há, no entanto, opiniões de especialistas que contrariam tal fato, entendendo ser o problema do sistema de prisão fechada. Em este persistindo, não se poderia pensar em ressocialização, sobretudo numa sociedade capitalista, guiada fundamentalmente pela liberdade.

Ademais, o método utilizado nas prisões fechadas é incapaz de dar cabo das funções preconizadas pelo instituto moderno da pena, isto é, punir e recuperar, deixando prevalecer a primeira, elegendo valores de segurança e disciplina e relegando a segundo plano a reeducação.

No dizer do Dr. Bismael B. Moraes, “não há, de fato, plano oficial para a prevenção, havendo uma ‘silenciosa simpatia’ pela repressão, emocionalmente mais funesta, pois corre-se atrás do fato consumado, com todos os prejuízos (humanos e materiais) daí advindos.”¹⁶

Perdeu a pena se é que algum dia o teve — qualquer sentido utilitarista, não sendo suficiente para retificar o caráter do delinqüente e fazendo exatamente o oposto do que se propôs, vez que, retirado do eixo familiar, inúmeros pais de família são alojados junto a presos perigosos e multirreincidentes, retirando o fator de sustento de mulher e filhos.

Neste particular observamos que, imposta pelo Estado em substituição às formas de punição vigentes até a Idade Média, verdadeiros massacres contra a pessoa humana, a pena privativa de liberdade, hoje existente, em muito pouco difere daquelas outras. Isto considerando-se a exata dimensão dos maus tratos recebidos pelos detentos e a barbárie praticada pelos próprios, no interior dos estabelecimentos penitenciários, que servem para reforçar a necessidade da violência e de condutas criminosas à sobrevivência.

Pode-se, inclusive, adaptar o conceito durkheimiano de anomia para a situação atual de ineficácia das normas sociais, já que estas não mais orientam as condutas dos governantes, dos presos e, por conseguinte, do cidadão comum.

Cria-se, assim, uma redefinição do que é aceitável e alternativas à normalidade, que passa a ser individualizada, ou contextualizada. Ou seja, mudam-se valores, de modo a satisfazerem desejos imediatos, mesmo sob a exigência do sacrifício das normas vigentes, tornando normais situações e condutas anteriormente inaceitáveis.

A anomia caracteriza-se, principalmente, pelo menosprezo a objetivos públicos, em razão de uma ênfase exagerada a outros, nem tão prioritários, como a violência.

¹⁶ Artigo publicado na Revista Literária de Direito, ano III, nº 18, julho/agosto de 1997.

Assim, acredita-se necessário passar por cima das garantias constitucionais, ignorar a ética e a consciência jurídica democrática, para combater-se o crime, que atormenta a sociedade.¹⁷

A anomia, portanto, surgiria sempre que esses princípios reguladores da vida em conjunto perdessem valorção e dessem lugar a apelos momentâneos e emocionados por “justiça”, seja do ente estatal ou, na falta desta, pelos reais “ofendidos”.

Legitimar a ação do Estado na contenção da criminalidade, ainda que para tanto seja necessário desprezar direitos humanos, é uma das formas de institucionalizar essa anomia e torná-la aprovável. “A utilização desproporcional do poder, o emprego arbitrário da força, da violência contra o administrado constituem formas abusivas do uso do poder estatal, não toleradas pelo Direito e nulificadoras dos atos que as encerram.”¹⁸

A reprodução da violência, aliada à corrupção institucionalizada e à criação de condições para maiores condutas lesivas, são o que forma a estrutura do exercício de poder do sistema penal, projetado diante de um discurso racional para atuar como manifestação do poder social.

Há que se falar, ainda, da incapacidade operativa dos órgãos do poder público responsáveis pela concretização das políticas criminais, resultando na violação aberta da legalidade por seus operadores, de modo ainda mais violento, num movimento cíclico.

¹⁷ A Professora Maria Helena Chiaui, em matéria jornalística exibida pela TV Cultura, discorria sobre a possível compatibilidade entre ética e política, entendendo a primeira como a forma de regulação da vida privada e a segunda como a representação da vida pública, assim manifestada pela supremacia do coletivo sobre o individual. Dizia ela que a impossibilidade de concretização de uma ética social justa passa pela supremacia da liberdade, a vista da desigualdade real existente nas sociedades.

A partir do momento que os homens começam a tratar-se uns aos outros como coisas e não como sujeitos de direito, surge a violência, que é exatamente o maior obstáculo à realização de uma ética equânime, surgindo, então a necessidade da intervenção da política para regulamentar o convívio social e conter a violência. Para tanto, continua Chiaui, o único caminho a ser seguido seria, ainda, o da democracia, capaz de manter a liberdade individual (não de escolha, mas de atingir o possível, dentro de uma sociedade), através de princípios que a garantissem, sem embargo à primazia do interesse público.

¹⁸ Lazzarini, Álvaro. *Abuso de Poder X Poder de Polícia*. ob. cit.

O máximo que os órgãos estruturados para a manutenção da ordem conseguem, com os poucos instrumentos de trabalho postos a sua disposição, é a sustentação das tensões sociais numa situação de latência controlada. A falta de acompanhamento psicológico aos próprios policiais contribui para o agravamento do quadro de agressividade que estes expressam em suas práticas profissionais, como reflexo do constante *stress* a que se sujeitam, além da falta de treinamento específico para situações de pressão.

A militarização da polícia também é outro fator desencadeador de violência, já que práticas atrozistas são comumente sofridas pelos seus integrantes, até mesmo como forma de treinamento, tornando admissível a repetição dessas atitudes contra supostos “bandidos”. (ZAFFARONI, 1991)

Como consequência, há uma tendência cada vez maior em retirar da esfera de competência da Justiça Militar crimes cometidos por policiais militares, que passam a ser julgados pela Justiça Comum, normalmente mais integrada à conflituosidade social.

Em pesquisa realizada pelo Datafolha, constatou-se que a população teme mais a polícia que os bandidos, grande parte após assistir reportagens jornalísticas sobre atrocidades cometidas por policiais militares. Esse número aumenta quando a pesquisa restringe seus dados a negros ou pardos, que são indubitavelmente os mais atingidos pela força policial desvairada, que confunde cor, pobreza e delinquência.

Ressalte-se que não só a ação descontrolada e desconforme com o poder repassado aos entes públicos constitui lesão a direito. “A inércia da autoridade administrativa, deixando de executar determinada prestação de serviço a que por lei está obrigada, lesa o patrimônio jurídico individual. É forma omissiva de abuso de poder, quer o ato seja doloso ou culposos.”¹⁹

¹⁹ Tácito, Caio. *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil (Conceito e Remédios)*, 1959, citado por Álvaro Lazzarini.

Assim, se é dever da polícia manter a ordem urbana, e esta mesma força policial se coaduna com a criminalidade, permitindo o tráfico de drogas em troca de comissões, vendendo armas de uso exclusivo militar e admitindo que as “gangues” se armem fortemente para enfrentar a própria polícia, ocorre, indubitavelmente, uma lesão séria ao “patrimônio jurídico individual e coletivo”.

Não basta que haja a possibilidade de atuação da polícia de forma coercitiva para que se justifique seu ato, mas necessário se faz o respeito à liberdade individual e à ordem social, sob pena de configurar-se o abuso de poder ou desvio de poder.

A efetividade do Estado passa, principalmente, pela plena atuação do Poder Executivo na realização de sua função, visto ter este a poder/dever de “administrar” a vida dos cidadãos (administrados), influenciando fortemente na organização social como um todo.

CAPÍTULO V

A Sociedade Contemporânea

Ao lado da legislação omissa e deturpada, geradora de impunidade, da morosidade do atendimento jurisdicional e das deficiências da atuação policial e do aparelhamento penitenciário deixando de reeducar o criminoso e oferecer a reprimenda adequada, com reflexos na repressão do crime ainda é certo que inúmeros problemas sociais encontram-se sem solução, contribuindo para a proliferação de delitos violentos.

Aí incluem-se o êxodo rural, o crescimento demográfico desordenado, desemprego e subemprego, deficiências das áreas de saúde, educação e moradia, todas circunstâncias que, invariavelmente, contribuem para o lançamento de pessoas honestas em pequenos delitos para a própria sobrevivência, a princípio, e a final implementam os números da criminalidade urbana e rural.

Numa sociedade tão desigual como a brasileira, esses desníveis absurdos, especialmente nas grandes metrópoles, formam um pano de fundo indutor de desvios de comportamento, inclusive de criminalidade, concretizando-se o chavão de que *“a ocasião faz o ladrão”*.

Manoel Pedro Pimentel chega a apostar numa personalidade revolucionária do criminoso contra o patrimônio, “que reage, à sua maneira, a única maneira que está ao seu alcance, contra o sistema que o oprime”. Assim, o mendigo que estende a mão súplice pela esmola e não a recebe, passa a empunhar a arma, não admitindo negativas.

“Hans Von Henting observa com lógica irretorquível: já que três quartos de todos os crimes graves são crimes contra a propriedade, torna-se clara a importância da condição econômica individual.”²⁰

O problema da criminalidade, destarte, passa por uma nova percepção da organização social. Citando René David, temos que, no Oriente, “a preservação da ordem social repousa essencialmente sobre métodos de persuasão, sobre técnicas de mediação, sobre um apelo constante à autocrítica por um lado e ao espírito de moderação e de conciliação por outro.”²¹

Em contrapartida, nas sociedades ocidentais, até os mais íntimos conflitos interpessoais são levados a extremos, resultando comumente em lides judiciais e, portanto, estes deveriam ser revistos, a conduta diária deveria ser repensada.

A realidade, porém, é que as pessoas vêm-se ameaçadas, atemorizadas pela violência, inclusive doméstica e, com isso, requerem uma legislação penal mais dura, penas de morte para crimes “hediondos” e tratamentos humilhantes àqueles considerados bandidos. Muitas vezes, não contentam-se em aguardar a ação policial e judicial e impõem a estes o sofrimento que julgam, eles próprios, ser adequado como resposta à conduta incorreta, num evidente retorno a era da vingança privada.

²⁰ Soares, Orlando. *Prevenção e Repressão da Criminalidade*, ob. cit.

²¹ Citado por Dani Rudnicki, ob. cit. O autor refere-se ainda ao conceito de Direito existente entre os chineses, que o consideram fator de desordem, sendo a Justiça inferiormente valorada com relação aos benefícios da conciliação.

A violência contra a mulher, por exemplo, é um dos maiores fatores de descontrole familiar da era moderna. O marido, desempregado, sem condições de sustentar a família, ao retornar à problemática de sua vida real, externiza sua frustração espancando a mulher, estuprando as filhas e agredindo os filhos, física e moralmente.

A mídia também contribui para o agravamento da situação, proliferando imagens de violência, consumismo, pornografia e permissionismo, aliadas aos maus exemplos de comportamento das autoridades públicas e privadas, que tripudiam sobre as leis e a moral, com a “morte” do cidadão honesto e da família organizada, para a prevalência dos “espertos” e de vidas desajustadas confundindo liberdade com falta de regras.

Publicam-se imagens, textos, fotos e depoimentos capazes de distorcer a própria realidade, de forma tão convincente que há uma verdadeira construção dos fatos, influenciando os hábitos familiares, a educação das crianças e adolescentes e formando opinião até mesmo entre os mais experientes, pela exibição de espetáculos de terror como retratos da vida real.

O medo é o sinal de alarma que nos alerta quanto à necessidade de nos defendermos de um perigo (ou ameaça), precavendo-os contra ele, enfrentando-o, vencendo-o, ou fugindo dele. Se, por um lado, a ausência dessa capacidade é anormal, podendo chegar a ser patológica, por outro lado, o exagero e as distorções das emoções, dos sentimentos e das sensações igualmente o são. A grande maioria da população é constituída por aqueles que têm medo de vir a ser vítimas dessa violência, e que, em números praticamente insuscetíveis de serem conhecidos, provavelmente maiores do que os que aparecem, vêm efetivamente a sê-lo, ou que, em números por sua vez calculáveis, estão sendo, ao mesmo tempo, sujeitos ativos e passivos de uma espécie de elaboração do seu medo, que pode levá-los a serem, eles mesmos, autores de violência.²²

O catedrático Manoel Pedro Pimentel, já em 1980, na conferência de encerramento do “Seminário sobre Violência e Criminalidade”, promovido pela OAB/SP, acertadamente

²² Miotto, Armida Bergamini. Vítimas da violência nos grandes centros urbanos: o medo continuamente estimulado, citado por Sérgio Salomão Shecaira, ob. cit., pág. 136.

referiu-se à verdadeira “campanha de dramatização da criminalidade”, que entendia ser a responsável pelo clima de tensão instituído na sociedade.

Referia-se o nobre jurista, na ocasião, a trabalho realizado por José Manoel de Aguiar Barros²³ quanto a esse tipo de “procedimento”:

O primeiro objetivo da campanha sobre a insegurança e a delinquência é, bem entendido, o de estabelecer uma cortina de fumaça que desvia a atenção dos problemas objetivos que o governo não quer ou não pode resolver. Ele prefere falar do aumento da violência, que daquele do desemprego e dos preços.

O segundo objetivo é de designar responsáveis aqueles que estão o mais afastados possível do governo e da classe social que ele representa. É a técnica bastante conhecida do ‘bode expiatório’. Os responsáveis pelo clima de insegurança, portanto, não seriam os responsáveis pela política econômica e social, mas alguns delinquentes perigosos e violentos.

O terceiro é mais sutil. Focalizando a opinião pública sobre certas categorias de delinquência, desvia-se sua atenção das outras formas de delinquência. Fixa-se assim no pelourinho uma delinquência que transgride as regras do sistema vigente e particularmente o direito de propriedade, para deixar no esquecimento a delinquência que interessa ao sistema. A delinquência do colarinho branco, por exemplo, ou os acidentes do trabalho.

O último objetivo, o mais importante, é o de estimular o clima de medo e portanto de tensão e de violência que justifique o crescente controle do Estado sobre os cidadãos e a existência ou o reforçamento do aparelho repressivo. A existência de uma delinquência contra a qual é importante lutar é, bem entendido, a principal justificação de um aparelho repressivo, da polícia e dos Tribunais.”

Outrossim, a reformulação de valores tradicionais, os quais tradicionalmente exigiam uma moral e condutas intocáveis, são hoje consideradas ultrapassadas e, em nome da liberdade, desconsideradas dando, principalmente aos jovens, a possibilidade de escolher os parâmetros de comportamento certo e errado que entenderem por bem seguir.

De outro lado, os meios de comunicação noticiam a todo momento a impunidade, que insere nas pessoas comuns e leigas a idéia perniciosa da existência de pessoas ou grupos isentos de punição, ou melhor, acima das normas legais. Isto repercute, então, na condução de suas próprias vidas, vez que observam modelos e criam condutas sociais justificáveis.

²³ “A Utilização Político-ideológica da Delinquência”, 8º Congresso do sindicato da Magistratura Francesa, 1975.

Ou seja, observam os desvios de comportamento normalmente aceitos pela sociedade (ainda que por omissão), criam estereótipos do que foge a esse comportamento e é considerado nocivo ao convívio social, fulcrados normalmente em preconceitos e racismos e, diante disso, os meios de comunicação de massas absorvem os modelos, reproduzem-no e formam o comportamento social deturpado. Assim, “a mídia não é um simples espelho da realidade, mas é uma própria intervenção sobre a realidade. A mistura do real e do imaginário traz um processo de intervenção que transmite à realidade cenas do próprio imaginário, além de fazer com que o imaginário se influencie pelo real.”²⁴

E isto não ocorre apenas nos países da chamada “região marginal”, mas também nos países centrais, onde recentemente tem havido uma preocupação acentuada com os índices de cenas de violência exibidas nos programas televisivos e a influência destas na vida das pessoas nas grandes cidades (SHECAIRA, 1995).

Aliam-se, pois, nesse contexto de transmutação da realidade social - indiscutivelmente em crise, a versão deturpada e comprometida com valores desviantes transmitidos pela mídia, a inércia estatal de contenção ao delito, a participação de seus agentes em muitos destes, a inversão de valores morais, a confusão entre liberdade e falta de normas e a ausência de condições básicas de sobrevivência à grande maioria da população, num fenômeno de conturbação social generalizada.

²⁴ Shecaira, Sérgio Salomão. *A Criminalidade e os Meios de comunicação de Massas*. ob. cit.

CAPÍTULO VI

Diagnóstico e Soluções

Propagam-se imagens de uma sociedade descontrolada, violenta, sem valores, sucumbe-se ao poder sensacionalista daqueles que defendem a formação uma suposta legitimidade a medidas de “lei e ordem”, que protejam os indivíduos do medo aterrador que os domina contra a insegurança reinante. Tais medidas, nem sempre fulcradas no respeito aos direitos humanos e à pessoa como sujeito de direito, cumprem a função esperada pela sociedade, qual seja, a *punição* de quem ousa insurgir-se contra a ordem existente.

De modo que, a severidade das medidas repressivas passa a ser não só tolerada, mas ansiosamente esperada, na contenção da criminalidade. Legitimam-se práticas ilegais dentro do próprio sistema penal e, com isso, cria-se uma situação de permissividade aos movimentos populares de controle e resposta aos delitos.

Desvenda-se, aqui, uma significativa parte da face da criminalidade crescente e do aumento da violência. Trata-se de um processo generalizado de desrespeito à lei, fundado na mudança paulatina do comportamento social, que foi aceitando como desculpáveis os **comportamentos desviantes**, e criando um grande número de normas informais desregradoras, que se impuseram em derrogação das normas de cultura até agora existentes.

Desta forma, a realidade tornou transparente a lei, num processo de acromia, estabelecendo-se o princípio já enunciado, em outras condições, por MAQUIAVEL, de que “os fins justificam os meios” e de que “o mundo é dos espertos”.²⁵

Em outras palavras, a partir do momento que permite-se a utilização pelos órgãos do sistema de práticas severas e desproporcionais à configuração da culpa, punindo-se os suspeitos sem qualquer respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, legitima-se, também, a população a agir da mesma forma, por entender-se no exercício de um pleno direito seu, como cidadão, para a manutenção e garantia da paz e tranquilidade a si e aos seus familiares.

E isto não se manifesta apenas nas condutas violentas evidenciadas em qualquer parte das grandes cidades - embora seja essa a forma mais chocante - mas igualmente percebe-se na prática de atos sabidamente ilegais, como o contrabando ou pequenos subornos no dia-a-dia. São atitudes que demonstram a confiança na impunidade e geram a descrença na efetividade da aplicação das leis.

Manoel Pedro Pimentel, no artigo já citado, vai mais além, quando diz que “os infratores das leis ou dos regulamentos, se impunes, ou deixados à indiferença, criarão para os honestos uma sensação de frustração que pode acabar por cansá-los de obedecer e de cumprir as leis que quase todos ignoram.”

A certeza da impunidade gera o menosprezo à lei, e sem lei não há democracia.

“O estado subjetivo de insegurança acaba por influenciar, inexoravelmente, o funcionamento da justiça criminal e intervir na própria criação da legislação penal. Isto se dá através da exploração hábil da variável ‘medo’ do crime que pode distorcer a realidade das estatísticas.”(SHECAIRA, 1995)

²⁵ Pimentel, Manoel Pedro. *Crime e Pena: Problemas Contemporâneos.*, ob. cit., pág. 13.

A partir do momento que tem-se um Judiciário atuante e independente, com práticas otimizadas, informatizado e em sintonia com seu tempo, extingue-se a permanente sensação de insegurança com que vivem os cidadãos e a conseqüente negação da democracia, proporcionando-se credibilidade ao sistema.

A segurança social passa pela independência e tranquilidade com que são resolvidos os conflitos sociais pelo Judiciário, livre das influências da mídia, aplicando a boa técnica jurídica e servindo como âncora à democracia, sem a qual desencadeiam-se práticas oportunistas e “filhotes” da crise.

E o resultado da crise de efetividade por que passa a Justiça traz à tona as reações populares de negação à ordem imposta por um Estado ineficaz em sua função e de auto-resolução dos conflitos, como um retorno ao primitivismo, quando não haviam normas à convivência social e valia mais a força e a impetuosidade do que a razão e a consciência racional de conjunto.

“É preciso combater as ideológicas manifestações dos sentimentos de insegurança e medo que exigem a punição como castigo, num retorno às concepções puramente retributivas da pena.” (CINTRA JR., 1995)

A transformação do quadro atualmente apresentado exige a inclusão de medidas sociais, econômicas, legais e estruturais. O Estado, como ente organizacional e administrativo, precisa incrementar seus órgãos e modernizar suas práticas, a fim de que, em todos os âmbitos de poder, tenham-se respostas eficazes aos conflitos, mas principalmente, diminuindo a incidência destes com a melhora do nível de vida, de escolaridade, de cultura, de saúde, de empregos e conquistando a confiança da população.

A efetividade da prestação jurisdicional, da função mantenedora da segurança pública e da contenção da criminalidade não deve ser cobrada tão somente através de

movimentos autotutelares violentos, com atitudes tão desumanas quanto os crimes que se pretende vingar.

O controle não institucional da Administração Pública e, conseqüentemente, do uso (e abuso) do poder de polícia passa, ainda, pela realização de passeatas, abaixo-assinados, manifestações de entidades civis e partidos políticos, etc., as quais repercutem para o aprimoramento da atuação estatal, vez que esta encontra-se, indiscutivelmente, vinculada à democracia.

A aplicação rigorosa das leis, a certeza de que estas refletem a real necessidade de contenção do crime e não são criadas em momentos específicos, para atender a interesses determinados, além da confiabilidade nos provimentos judiciais, bem como em sua execução, o cumprimento pelos órgãos públicos das normas de atuação e exercício do poder de polícia, contribuem para a evolução do convívio social, sintonizada com a nova consciência presente na sociedade hodierna.

A apuração das infrações é apenas uma das formas de viabilizar-se a convivência social harmônica, que passa, também, pelo tratamento respeitável e digno dispensado aos acusados, por aquele que detém o monopólio da violência física legítima, no dizer de Max Weber: o Estado de Direito.

Essa nova tendência, delineada pela prevalência do caráter preventivo do Estado e pelo repúdio às medidas repressivas desproporcionais, vem se manifestando por todos os lados do planeta. Concluiu-se que a existência de leis severas não impede a prática de delitos, a atuação tardia da Justiça retira o caráter correccional da sanção e o enclausuramento, puro e simples, não cumpre a função ressocializante.

O caráter meramente retributivo da pena, presente nos idos da Lei de Talião, não mais responde aos anseios sociais, embora Tobias Barreto, analisando o fundamento do direito

de punir do Estado, no final do século passado (1886) acreditasse que esta conserva um resto de sua força primitiva na consciência popular.

“A pena privativa de liberdade, como sanção principal e de aplicação genérica, está falida. Não readapta o delinqüente. No testemunho de Evandro Lins e Silva, ‘ela perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime.’”²⁶

O Estado tem o direito/dever de resolver os conflitos formados dentro de seu território, até mesmo como forma de defesa social e em respeito à soberania. Não se pode pretender retirar do mesmo esse poder, sob pena de retroagir-se no tempo. “O direito de punir é uma necessidade imposta ao organismo social por força do seu próprio desenvolvimento.”²⁷

Pensar-se, no entanto, em pena como forma de sacrifício ou de serenar a revolta da vítima não condiz com o atual estágio de evolução da cultura humana. O monopólio do direito de punir do Estado é, outrossim, uma necessidade à garantia da isenção na aplicação da Justiça, não podendo ser repassado ao cidadão ou sequer permitido que dele usufrua ilegitimamente, sob pena de compactuar-se com a volta à barbárie, que tinha a vingança privada como fonte de direito.

De igual, outras medidas precisam e vêm sendo tomadas, no sentido de diminuir-se a inoperância dos órgãos estatais no cumprimento de suas funções. A criação dos juizados especiais criminais, por exemplo, foi um grande passo para desafogar os juízos dos delitos de pequena monta, que envolvem infrações de gravidade mínima e que formam 70% da demanda da justiça criminal.²⁸

²⁶ Jesus, Damásio E. de. *Diagnóstico de Legislação Criminal Brasileira: Crítica e Soluções*. ob. cit.

²⁷ Barreto, Tobias. *O Fundamento do Direito de Punir*, ob. cit.

²⁸ Dados do relatório realizado pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, citado por Damásio de Jesus, ob. cit.

Há, ainda, uma corrente doutrinária que defende, como resposta à falência das instâncias formais de prevenção e repressão ao crime, a discriminação de contravenções, a transformação de determinados delitos sujeitos a ação penal pública para privada, a utilização de penas alternativas entre outras. É a tendência ideológica sustentada no princípio da intervenção penal mínima, decorrente da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, em seu artigo 8º, estabelece que as leis devem fixar “penas estrita e evidentemente necessárias”.

A doutrina tradicional conceitua a norma penal incriminadora como fragmentária, posto que somente classifica como ofensivas as condutas que apresentem-se com maior gravidade e que atinjam os bens mais caros da sociedade, deixando de incriminar as demais e remetendo a solução dos conflitos resultantes destas aos outros ramos do Direito.

Os controles sociais exercem função relevante na manutenção do convívio social harmônico, uma vez que é impossível ao Direito prever todas as hipóteses de conflitos e uma solução ideal para cada qual. O Direito Penal, por sua vez, somente deve ser chamado a atuar quando estes tenham perdido a eficácia ou não sejam capazes de tutelar os indivíduos de forma satisfatória, para a manutenção da paz social.

O problema da inflação legislativa, ademais, é outro fator a ser solucionado, com a mudança na mentalidade dos legisladores, entendendo-se que a multiplicação de normas não auxilia a prestação jurisdicional, ao contrário, gera conflitos de normas e afeta valores de segurança e justiça.

A lei não tem o condão de eliminar a criminalidade, nem tampouco sua inexistência gerará a plena liberdade para a atuação delitiva. As normas morais existem e sempre existiram, e são elas que devem regular a grande maioria dos atos praticados na sociedade, cabendo ao

Direito, tão somente, a regulação de relações e a fixação de normas genéricas de convivência, conferindo o devido tratamento jurídico, quando indispensável.

Pontes de Miranda, quando encerra a sua “Democracia, Liberdade, Igualdade (Os Três Caminhos)”, lembrou que “O que os povos democráticos ou em que o Estado é democrático e liberal têm que fazer, como fim principal, é diminuir a desigualdade humana.”

Eis o fim principal do Estado, como ente jurídico e político, a concretização da democracia, propagando o primado da razão sobre atitudes emocionais dissociadas do conjunto, sempre inspirado em valores profundamente imbuídos da ética social dominante e, em conseqüência, a diminuição das desigualdades.

No intróito à “Constituição Coragem”, o então Presidente da Constituinte, Ulysses Guimarães, decretava que “A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade e a justiça.”

O acesso à Justiça é uma garantia constitucional, ampla e incondicional, e que mantém o equilíbrio do Estado de Direito, evitando a concretização de medidas abusivas e autoritárias. A rapidez da prestação jurisdicional, porém, é imprescindível à perfeita restauração do direito lesado.

Por outro aspecto, a prevenção dos delitos, função primordial do Poder Executivo, exige providências urgentes no sentido de aumentar-se a segurança pública. O incremento do quadro de policiais, a preparação dos mesmos para enfrentarem situações de pressão e risco, bem como para a atuação junto ao cidadão comum, com treinamentos constantes que retirem a mentalidade opressora e inquisitória e uma boa formação moral e psicológica são formas de transpor-se a transitoriedade com placidez e serenidade.

Indispensável, portanto, atitudes sérias e conscientes das lideranças da Nação, para que tomem providências a curto, médio e longo prazos, no sentido de tornar mais eficazes os

instrumentos de controle social, principalmente da criminalidade, propagando entre os cidadãos o discernimento para o problema e que transformem também suas atitudes, a fim de atingir-se um maior equilíbrio social.

A exigência de medidas legislativas, administrativas e judiciais efetivas, aliadas à conscientização da sociedade para o novo papel do Estado, atuante somente quando necessário, junto a um comportamento integrado e coerente com as normas (legais e morais) vigentes, serão - espera-se - suficientes ao alcance da meta final de toda comunidade, qual seja a prosperidade e a paz social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao iniciarmos a presente pesquisa, havia o interesse em determinar as razões por que pessoas ou grupos tomam a iniciativa de resolverem os conflitos, especialmente ligados ao fator criminológico e de violência, seus ou que envolvessem seus parentes, amigos, ou sua comunidade, sem esperarem a ação policial, ou da Justiça, como legítimos instrumentos do poder de punir detido pelo Estado.

Entendemos terem esses movimentos autotutelares fundamento na inatividade da força estatal e, por este motivo, nos propusemos a analisar o que seria a autotutela e de que forma ela se manifestara em diversos momentos históricos, até a época presente, percebendo que ela ainda existe, porém de uma maneira controlada, através de ações legitimamente toleradas de auto-resolução dos conflitos, sem que isto venha a ferir a ordem social.

O problema, no entanto, ocorre a partir do momento que a resolução dos conflitos por mãos próprias passa a não restringir-se àquelas situações previstas em lei, como é o caso da legítima defesa e do estado de necessidade, em que não se pode esperar outra reação a não ser aquela manifestada na situação de risco ou perigo.

Diante de lacunas deixadas pela precária atuação do Estado, em diversos setores da sociedade, especialmente os menos favorecidos economicamente, entende-se a sociedade -

ou certa parcela desta - no direito de atuar na contenção dos delitos, na punição de culpados, na salvaguarda dos seus bens sem, entretanto, preocupar-se com um possível desrespeito ao princípio máximo de convivência em comunidade, que é o direito à vida.

Linchamentos de suspeitos de crimes graves, a contratação de matadores de aluguel ou de justiceiros para garantirem a segurança de determinadas regiões de grandes cidades, onde a atuação da polícia é mínima dando margem à criminalidade, a realização de “justiça com as próprias mãos”, invariavelmente, resultam na proliferação de mais violência e na consecução de novos crimes, que justificam-se nos primeiros, num ciclo infundável de agressão e violência.

Por esta razão, considerando tratar-se de manifestação da crise de legitimidade por que vem passando o Estado Moderno, dentro de suas estruturas arraigadas e obsoletas, sem atingir o grau mínimo de contentamento de seus “súditos” - os mesmos cidadãos que sobrevivem sem condições de saúde, educação, trabalho e assistindo a constantes privilégios em defesa da manutenção das desigualdades sociais - tornou-se preciso o estudo de seus órgãos, visualizando suas funções e o quanto vêm elas sendo (des)cumpridas.

A efetividade da atuação estatal passou a ser o ponto mais importante da pesquisa, posto que tudo dela decorre e tem nela seu fundamento, seja legítimo ou ilegítimo.

Os defeitos são inúmeros, a conjuntura está absolutamente desordenada, sem coordenação com o tempo e o espaço onde está situada. A operação dos órgãos do sistema penal mostra-se sem competência para dirimir os problemas sociais.

A crise afeta igualmente os valores morais, o cumprimento das leis, o respeito aos princípios, demonstrando a necessidade urgente de revisão dos conceitos e modelos de convivência e organização social.

Embora não se pretendesse encontrar uma solução mágica ao problema, a simples visualização das dificuldades existentes, os problemas que acarreta a imprópria atitude dos órgãos estatais, vê-se que há que se tentar encontrar medidas capazes de amenizar a crise característica da transitoriedade e superar os problemas com respostas inteligentes e eficazes.

A transitoriedade, entretanto, não pode servir de “desculpa” para a manutenção desta situação, ou melhor, para a justificação dela. A crise existe em todo o contexto mundial, não sendo privilégio do Estado brasileiro.

Vários outros países têm-se preocupado com a necessidade de intervenção estatal na vida privada, bem como no (des)contentamento gerado quando isto é imprescindível.

Não se duvida que trata-se de um quadro de transformação histórica, iniciado há algumas décadas e que desenvolve-se à velocidade da evolução tecnológica e científica. Estas, por sua vez, inegavelmente afetam as relações de trabalho e convívio social e, por este motivo, espera-se a atuação do Estado na administração desse novo contexto.

A redistribuição de rendas, a utilização de máquinas no lugar de homens (velho receio surgido com a Revolução Industrial, e que se renova hoje com a “Revolução Tecnológica”), exigem uma nova postura da Administração Pública, sob pena de legitimarem-se não só a auto-resolução dos conflitos na esfera civil, como também no âmbito criminal, à medida que somente assim se conseguir manter o controle sobre os níveis de violência.

O ciclo parece fechar-se e a volta à justiça privada (ou à privatização de parcela da responsabilidade pela resolução das lides) mostra-se inevitável.

Depara-se, na verdade, com uma revolução tão fundamental no *modus vivendi*, que nos obriga a buscar em muitos séculos passados um paralelo, como um norte a orientar as próximas atitudes.

Resta saber até que ponto será todo esse quadro benéfico à evolução das sociedades e como se portará o Estado “pós-moderno” diante de seu novo papel.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ARAÚJO JR., João Marcello de. *Sistema Penal Para o Terceiro Milênio*. Atos do Colóquio Marc Ancel. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan.
- ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. *O Direito de Punir na Antigüidade*. in Revista dos Tribunais, vol. 688, fevereiro de 1993, pág. 408-411.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima. *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*. São Paulo: Acadêmica, 1991.
- BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos. Algumas Idéias sobre o Chamado Fundamento do Direito de Punir*. 2ª edição, 1886.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- BRANCO, Vitorino Prata Castelo. *Criminologia*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.
- CAPELLER, Wanda de Lemos. *Fênix e o Eterno Retorno: A Dialética entre a "Imaginação Criminológica" e a Força do Estado*. in Lições de Direito Alternativo 2, Org. Edmundo Lima de Arruda Jr., São Paulo: Acadêmica, 1992, pág. 63-79.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Reforma Penal - 10 Anos*. in Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 12, pág. 130-137.
- CINTRA JR., Dyrceu Aguiar Dias. *Rigorismo Inútil*. in Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 10, pág. 99-104.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

- FIGUEIRA JR., Joel Dias. *O Acesso ao Poder Judiciário*. in *Jurisprudência Catarinense*, vol. 68, janeiro/junho de 1991, pág. 31-54.
- FRANCO, Alberto Silva e outros. *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, 5ª edição rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- GARCIA, José Carlos Cal. *Metodologia Judicial*. in *Paraná Judiciário*, vol. 5, janeiro/março de 1983, pág. 21-29.
- GOMES, Luiz Flávio. *Pena de Morte e Prisão Perpétua: Solução ou Ilusão? (Apontamentos sobre o macabrismo da "nova" política-criminal latino-americana)*. in *Revista dos Tribunais*, vol. 696, outubro de 1993, pág. 313-322.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Teoria Geral do Processo*. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 1993.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Crime: tratamento sem prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.
- HUNGRIA, Nelson e Heleno Cláudio Fragoso. *Comentários ao Código Penal*. vol. I, Tomo II, 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, Parte Geral. 1º vol., 14ª edição rev., São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. *Diagnóstico de Legislação Criminal Brasileira: Críticas e Sugestões*. in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 12, pág. 107-117.
- LAZZARINI, Álvaro. *Abuso de Poder X Poder de Polícia*. in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 14, pág. 288-301.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. vol. 1, 3ª edição rev. e ampl., São Paulo: Ed. Atlas S/A, 1988.
- NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. *Violência, Repressão ao Crime e Segurança*. in *JTACrSP - Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, vol. 89, janeiro/março de 1987, pág. 07-23.
- OLIVEIRA, Gabriel Alves de. *Recuperação Espiritual e Jurídica do Delinqüente*. Os Apóstolos da Liberdade. Editora de Direito, 1996.
- OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *O Conceito de Acusação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: Um Paradoxo Social*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1984.

- PADILHA, Luiz Carlos Cercato. *Privatizar a Administração da Justiça?*, in *Jurisprudência Catarinense*, vol. 72, pág. 55-57.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crime e Pena: Problemas Contemporâneos*. in *JTACrSP - Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, vol. 60, pág. 9-22.
- PRADE, Péricles. *Limitação Constitucional das Penas Cruéis*. in *Revista dos Tribunais*, vol. 637, novembro de 1988, pág. 233-236.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Inconstitucionalidade do "Direito Penal do Terror"*. Curitiba: Juruá, 1991.
- RUDNICKI, Dani. *Sobre a Pena de Prisão*. in *Revista dos Tribunais*, vol. 727, maio de 1996, pág. 345-365.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria do Crime*, São Paulo: Acadêmica, 1993.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *A Criminalidade e os Meios de Comunicação de Massas*. in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 10, pág. 135-143.
- SOARES, Orlando. *Prevenção e Repressão da Criminalidade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.